

Organizadores:

Cristhian Magnus De Marco
Magda Cristiane Detsch da Silva
Gabriela Samrsla Moller
Paulo Junior Trindade dos Santos

Diálogos sobre Direito e Justiça

Coletânea de artigos 2021/2

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro
Revisão metodológica: Donovan Filipe Massarolo
Projeto Gráfico: Saimon Vasconcellos Guedes
Capa: Simone Dal Moro
Diagramação: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F981c Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina.
Campus de Joaçaba
Coletânea de artigos 2021/2 / organizadores
Cristhian Magnus De Marco ... [et al.]. – Joaçaba:
Editora Unoesc, 2022.
912 p. ; 23 cm. – (Série Diálogos sobre Direito e
Justiça, v. 8)

ISBN: 978-65-86158-88-5 (volume 8)
Modo de acesso: World Wide Web

1. Direito. 2. Justiça. I. De Marco, Cristhian Magnus...
[et al.], (org) II. Título. III. Série.

Doris 341

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi
Campus de Chapecó
Carlos Eduardo Carvalho
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Xanxerê
Genesio Téó

Pró-reitora Acadêmica
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Administração
Ricardo Antonio De Marco

Conselho Editorial

Jovani Antônio Steffani
Tiago de Matia
Sandra Fachineto
Aline Pertile Remor
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
César Milton Baratto
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
A (DES) NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO NA DEMISSÃO DE EMPREGADOS PÚBLICOS À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA	9
Edelson de Azevedo Lucena Cristhian Magnus De Marco	
A APLICAÇÃO DO CRIME DE "ESTUPRO VIRTUAL" FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE SEGUNDO O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	45
Mayelli Guerra Sarajane Rodrigues Candeia	
A NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO	79
Alessandra Bortoluzi Savaris Fabiane Christófoli	
A PROBLEMÁTICA APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM CASOS DE TRANSTORNO DISSOCIATIVO DE IDENTIDADE (TDI) NO BRASIL: ENSINAMENTOS DO DIREITO COMPARADO	111
Isabela Aparecida Comaretto Carmen Lucia D'Agostini	
ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA: UM DIREITO HUMANO CONCRETIZADO COM MEDIAÇÕES E CONCILIAÇÕES VIRTUAIS	153
Chirley Fátima Rigon Thaís Janaína Wenczenovicz	
ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS INSTITUÍDAS PELA LEI N. 13.984/2020 À AUTORES DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO	181
Naomi Larisse Gonçalves Maciel Sarajane Rodrigues Candeia	

<p>APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO JUDICIÁRIO CATARINENSE E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DA POSSIBILIDADE E DOS LIMITES</p>	223
<p>Laura Mecabô de Matos Gabriela Samrsla Möller</p>	
<p>AS CONSEQUÊNCIAS DOS DEPOIMENTOS SUCESSIVOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL E A EFICÁCIA DO DEPOIMENTO ESPECIAL PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</p>	257
<p>Ana Carolina Olivo Fabiane Christófoli</p>	
<p>ATIVISMO PROCESSUAL/DIALÓGICO E A AMPLA PROTEÇÃO DEMOCRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS</p>	291
<p>Rafael Pratto Bordin da Rosa Paulo Junior Trindade dos Santos</p>	
<p>COLONIALISMO, COLONIALIDADE E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.....</p>	327
<p>Carola Cristofolini Thaís Janaina Wenczenovicz</p>	
<p>DA BANALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO DIREITO BRASILEIRO A UMA PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO CONCEITUAL: ANÁLISE A PARTIR DE SARLET, NOVAIS, SÁRMENTO E BARROSO.....</p>	341
<p>Luiza Prezotto Gabriela Samrsla Möller</p>	
<p>DIREITO À MORADIA DIGNA E POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO MUNICÍPIO DE CAPINZAL-SC.....</p>	375
<p>Jâniana Bonamigo Gabriela Samrsla Möller</p>	
<p>DIREITO À PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DE COOKIES NO E-COMMERCE</p>	423
<p>Júlia Bossardi Premaor Graziela de Oliveira Köhler</p>	

DIREITOS HUMANOS COMO LIMITAÇÃO ÉTICO – JURÍDICA AO TRANSUMANISMO	455
Tauana Cristina Kieling Gabriela Samrsla Möller	
FAKE NEWS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: uma análise dos impactos na democracia	483
Axe Thiago Almeida Schettini Ribeiro Paulo Junior Trindade dos Santos	
JUDICIALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL: A BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA NO QUE SE REFERE AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)	543
Marina Suellen Dal Bello Fabiane Christofoli	
LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA NO AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA: A (IR)RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELO PAGAMENTO DE SALÁRIOS	577
Lucas Alex de Sales Valéria Jorge Santana Machado	
O TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO PELA PRF: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RECENTES DELIBERAÇÕES DOS PODERES EXECUTIVO E JUDICIÁRIO	621
João Vitor Rusky Miguelão Fabiane Christófoli	
OS NOVOS DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO DO HOMEM NA GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS	657
Nilce da Rosa Néres Valéria Jorge Santana Machado	
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS DIVORCIADOS SOBRE OS ATOS ILÍCITOS DOS FILHOS MENORES	693
Anelise Ozorio Menegat Valéria Jorge Santana Machado	

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO EM CIRURGIAS
PLÁSTICAS: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO
PLÁSTICO PERANTE SEUS PACIENTES 733

Ana Clara Chinato Weissheimer
Valéria Jorge Santana Machado

RESSOCIALIZAÇÃO DE MENORES INFRATORES APÓS
CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA 767

Jérsica Massolini
Willian Batista Casal

TELEMEDICINA: TELECONSULTA E O INAFSTÁVEL SIGILO DA
RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE 823

Roseli de Barros Evangelho
Valeria Jorge Santana Machado

VINCULAÇÃO DOS PROGRAMAS DE GOVERNO ÀS LEIS
ORÇAMENTÁRIAS: UMA BUSCA DA MORALIZAÇÃO E
EFICIÊNCIA DAS PROPOSTAS ELEITORAIS 859

Franciani Alice Rizzi
Cristhian Magnus De Marco

APRESENTAÇÃO

Já são 7 anos de publicação regular desta Coletânea “Diálogos sobre Direito e Justiça”. Em 2021 optamos por produzir dois e-books, um no primeiro e outro no segundo semestre. É possível dizer, com isso, que já se estabeleceu uma cultura de produção científica no Curso de Graduação da Unoesc - Joaçaba.

Obviamente temos muitos desafios pela frente. Gostaríamos de incentivar a produção de artigos que revelem o uso de metodologias inovadoras, ou seja, para além da revisão bibliográfica ou pesquisa básica. Para isso, estamos realizando um constante trabalho nas disciplinas de Metodologia da Pesquisa e Trabalho de Curso I e II, propondo aos alunos: estudos de jurisprudência, entrevistas, estudos de caso e outras modalidades, que possam proporcionar relatórios aprofundados dos problemas da nossa realidade local e regional.

O Curso de Direito possui longa tradição de compromisso social, estabelecido por meio do Núcleo de Prática Jurídica. Em 2021 já foram mais de mil atendimentos realizados à pessoas carentes e vulneráveis. Se aliarmos essa expertise do atendimento jurídico com a produção científica, podemos contribuir enormemente para a construção de uma sociedade mais livre, justa e fraterna. Afinal, como diz Tolstói: “canta tua aldeia e cantarás o mundo”.

Desejamos a todos uma ótima leitura.

Os organizadores.

Cristhian Magnus De Marco
Gabriela Samrsla Moller
Magda Cristiane Detsch da Silva
Paulo Junior Trindade dos Santos

A (DES) NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO NA DEMISSÃO DE EMPREGADOS PÚBLICOS À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Edelson de Azevedo Lucena¹

Cristhian Magnus De Marco²

RESUMO

Pretende-se verificar com este artigo se a demissão de empregados públicos somente deve ser efetivada pelas Estatais mediante a motivação no ato de dispensa desta categoria, em razão das pluralidades de decisões conflitantes a respeito do tema, vez que estes empregados se submetem, em parte, ao regime jurídico de direito público e ainda às normas de direito privado previstas na Consolidação das Leis Trabalhista (CLT). Diversas são as compreensões que emerge em âmbito jurisprudencial e doutrinário quanto à imprescindibilidade de motivação no ato de dispensa destes agentes públicos, pois, ainda que mantenham vínculo empregatício com o Estado sob a égide da norma protecionista de direito privado, a investidura no emprego somente ocorre pela via do concurso público, daí porque subsiste a controvérsia a respeito da necessidade de motivação no ato de dispensa dos empregados públicos de modo a guardar mínima consonância com o ônus da admissibilidade concursal. Para tanto, utilizou-se da metodologia pela abordagem indutiva, mediante revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial. Ademais, realizou-se um estudo paralelo entre os principais e recentes julgados que versam sobre a matéria no âmbito da Suprema Corte e do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave: Administração Pública. Empresa Pública. Empregado público. Demissão. Motivação.

¹ Graduando do Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; edelson.lucena@unoesc.edu.br

² Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); cristhian.demarco@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar a possibilidade ou não de demissão de empregado público por ato imotivado e unilateral da Administração Pública no contrato de trabalho do empregado público celetista, analisando-se os entendimentos apontados na melhor doutrina administrativista, bem assim os principais julgados que versem sobre a matéria no âmbito dos tribunais superiores, conquanto trata-se de matéria não pacífica.

Como norte teórico, partiu-se de um enfoque abrangente do tratamento constitucional dado à administração pública, assim também às estatais, delimitando-se os principais institutos jurídicos aplicáveis à espécie e confluindo-se, enfim, nas divergências que envolve a possibilidade ou não de demissão do empregado público enquanto sujeito às relações contratuais privadas celetista e inafastavelmente subordinado aos princípios e regras que regulam o direito administrativo, numa zona nebulosa de distinção e de certa confusão terminológica.

Demais a mais, face às vicissitudes da matéria e as diversidades de entendimentos a respeito da demissão destes empregados, que operam num limbo de definitividade jurídica, buscou-se alicerçar a análise na jurisprudência dos tribunais superiores e na doutrina administrativista especializada, buscando-se um parâmetro interpretativo de validade ou não da cessação da relação de trabalho quando realizada em tais circunstâncias, ou seja, sem o justo motivo e à revelia dos princípios que regem os atos da administração pública.

A Constituição Federal é cristalina ao determinar ser imprescindível a realização de concurso público de provas e provas e títulos à contratação de empregados públicos nas estatais, em respeito ao corolário principiológico da legalidade, moralidade e impessoalidade que vinculam os atos da administração pública. Daí porque, em razão do ônus de admissibilidade que antecede a contratação do empregado público, exsurge a polêmica que

grassa os principais doutrinadores administrativista e ponto de divergência também entre as decisões dos tribunais superiores, afinal, é mister ou não a motivação no ato da dispensa dos empregados públicos?

Quando perfunctoriamente analisado o tema em exame, tende-se a concluir que se a admissão do empregado público se procede mediante concurso público, nos termos do art. 37, II da CF (BRASIL, 1988), o seu desligamento deve, ao menos, guardar mínima consonância e equabilidade com ônus da admissibilidade a que se submeteu, visando, em princípio, além do interesse público, protegê-lo de eventuais desvios de finalidade praticados pelo agente estatal investido, nesse particular, na competência e com as prerrogativas para desligá-lo.

Tal discussão revela-se importante diante da ausência de posicionamento pacífico sobre a matéria e da multiplicidade de decisões conflitantes a respeito do tema. Com pontuais exceções, os Tribunais Regionais do Trabalho, insurgindo-se ao entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho, têm apresentado em diversos julgados a aceitação da tese de que o ato de dispensa destes empregados, deve ser necessariamente motivado, sob padecimento do vício de nulidade e para que se oportunize à parte lesada a fazer o controle da legalidade dos atos administrativos na via judicial.

Utilizou-se essencialmente da metodologia pela abordagem indutiva, mediante o levantamento e revisão bibliográfica eletrônica a partir da análise de livros em PDF que versam sobre a matéria e, a par disso, a análise da pesquisa jurisprudencial que subsidiou o desenvolvimento do presente trabalho.

Em relação a revisão bibliográfica, optou-se por estudar aqueles que possuem maior prestígio acadêmico na matéria, oportunidade em que se deu significativo enfoque aos seguintes doutrinadores administrativista, a saber: Mazza (2020), Aragão (2013; 2018); Mello (2010); Meireles (2015); Carvalho Filho (2020); Carvalho (2017), Pietro (2020) e Oliveira (2021), extraiu-se os

principais posicionamentos destes autores a respeito do tema sub judice e, ademais, realizou-se um estudo paralelo entre os principais e recentes julgados que versam sobre a matéria, no âmbito da Suprema Corte e do Tribunal Superior do Trabalho.

Grifadas tais considerações, especialmente decompostas do prisma constitucional do Direito Administrativo e demais consectários normativos do ordenamento jurídico e enfeixando o cerne do presente artigo, questiona-se: é ou não necessário a motivação no ato de dispensa do empregado público quando procedida unilateralmente pelo ente estatal?

2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para entender o conceito da Administração Pública deve-se, antes de tudo, entender o conceito de Estado, a forma como se estrutura, organiza, funciona e desenvolve suas atividades finalísticas aos administrados.

Ainda que varie a depender da ótica considerada, sob o prisma constitucional é pessoa jurídica territorial soberana, dotada de personalizado, juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis. Significa que Estado de Direito é a limitação do poder e o exercício do poder dentro da lei (MEIRELES, 2015, p. 64).

Da leitura do art. 2º da Carta Magna, a manifestação da vontade estatal se dá por intermédio da clássica tripartição de funções ou poderes, vale dizer, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, independentes e harmônicos entre si e paritários em suas funções reciprocamente indelegáveis (BRASIL, 1988).

A cada poder se atribui uma correspondente função típica, cabendo, ao Poder Legislativo, a função de elaborar a lei, ao Poder Executivo, a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa) e ao Poder Judiciário a aplicação coativa da lei aos litigantes (MEIRELES, 2015, p. 64).

Com um Estado soberano constitucionalmente organizado e dividido em funções que compõem o Governo dentro de uma divisão política do

território nacional, necessário que se tenha uma mínima estruturação legal das entidades e órgãos que desempenharão as suas funções por intermédio da atuação dos agentes públicos. Noutras palavras, sob um conjunto de regras e princípios, faz-se necessário administrá-la (MEIRELES, 2015, p. 68)

Ensina Mello (1979, p. 59) que administrar significa, além da execução de um serviço, dirigi-lo, governá-lo e exercer a vontade finalística e norteadora a que se deu pretensão, com o objetivo de obter um resultado útil, numa relação de subordinação entre níveis hierárquicos comparados.

A Administração Pública caracteriza-se, nos dizeres de Pietro (2020, p. 187) pela desigualdade hierárquica existente entre administração e administrados e que abrange tanto a atividade superior de planejar, dirigir, comandar, como a atividade subordinada de execução, em complementaridade.

Por seu turno, Meireles (2015, p. 68) entende que a Administração é todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, cujos atos dependem de uma manifestação de vontade externa, com finalidade e motivação cogente a atender uma satisfação coletiva e cujo fundamento reside na indisponibilidade do interesse público e na prevalência do interesse público sobre o particular.

Nesse sentido, qualquer atividade na administração pública dependerá de uma vontade externa e vinculada a uma finalidade chancelada pela sociedade em seus interesses precípuos.

Assim sendo, para atender aos interesses que a sociedade acolheu por relevante em seu tempo, cabe ao Estado, ou quem lhe faça às vezes, movimentar a estrutura administrativa para executar os serviços públicos, visando atender, tanto quanto possível, as necessidades coletivas fundamentais.

Conforme ensina Mello (2010, p. 137) o aparelho estatal exercente de atividades administrativas, compõe-se da pessoa jurídica do Estado, por intermédio dos seus órgãos e pelas pessoas jurídicas auxiliares que integram

a administração indireta, que são as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais. O mesmo autor entende por Administração Pública o planejamento administrativo, sob critérios, repartições de competências pela desconcentração (criação de órgão) ou descentralizando (criação de entidade), de modo a criar uma estrutura administrativa própria, viável, sustentável e tendente a prestação útil à sociedade.

Nessa senda, a Administração Pública é, pois, a materialização estruturada dos meios para se atingir os fins da coletividade e estampados, constitucionalmente, no Capítulo VII, art. 37 do texto constitucional (BRASIL, 1988).

Em âmbito federal, conforme dispõe o art. 4º, inciso I e II do Decreto-lei n. 200/67 (BRASIL, 1967), divide-se em Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios e Administração Indireta, que compreende as entidades dotadas de personalidade jurídica própria, quais sejam: Autarquias; Empresas Públicas; Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas.

Abstraindo-se as demais entidades mencionadas, estabelecer-se-á o foco apenas nas Estatais que integram a Administração Pública Indireta, de modo a delimitar quem são os empregados públicos e o tema em comento.

Pois bem, ensina Mello (2010, p. 152) que empresas Estatais são pessoas jurídicas de direito privado, criadas pelo Estado e autorizado por lei para auxiliá-lo em suas atividades na prestação de serviços públicos e/ou de exploração da atividade econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou às razões de relevante interesse coletivo.

Pra Meireles (2015, p. 459) tais serviços, quando levada a efeito pelo Estado e ainda que revestidos do corolário de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, constituem medidas de intervenção do Estado no domínio econômico na medida em que regulam

e fiscalizam a atividade econômica de natureza privada pela intervenção indireta ou, diretamente, por intermédio das Estatais.

Em complemento, aponta Mello (2010, p. 194) que, nestes casos, ainda que se opere segundo as normas do direito privado, consoante artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), as empresas públicas e sociedades de economia mista são, por definição, instrumentos de atuação do Estado e que transcendem aos interesses meramente privados, razão pela qual, devem observar inúmeras derrogações impostas por outras normas constitucionais, mormente as constantes do artigo 37 da CRFB88, aplicando-se-lhe, imprescindivelmente, às empresas públicas total ou parcialmente dependentes do tesouro (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, para levar a cabo a execução de todas as atividades estatais a que se deu pretensão constitucional e considerando as circunstâncias do momento, além do aparato administrativo, isto é, dos instrumentos de ação do Estado, em particular, por suas empresas públicas, necessário ainda o capital humano para empreendê-lo e executá-lo em diferentes frentes, constituindo-se, em âmbito administrativo, nos chamados agentes públicos.

2.1 DOS AGENTES PÚBLICOS E A FIGURA DO EMPREGADO PÚBLICO

Como boa parte dos conceitos doutrinários em direito administrativo, o conceito de agentes públicos, seguindo a mesma sorte, não goza de unanimidade na doutrina. Todavia, é possível estabelecer razoável entendimento quando se analisa e compara a doutrina especializada.

Diz-se agente público, no entendimento de Meireles (2015, p. 79-80), "todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal, normalmente desempenham funções do órgão a que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer sem cargo."

Nesse diapasão, entende o autor que os agentes públicos comportam cinco categorias distintas, conforme atuem ou não, definitiva ou transitoriamente em alguma função estatal e nomeia-os em: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

Agentes públicos administrativos na acepção de Pietro (2020, p. 1239) são todas as pessoas físicas a serviço do Estado, mediante remuneração paga pelos cofres públicos e compreende os servidores estatutários, os empregados públicos, os servidores temporários.

De modo a não fugir à finalidade do trabalho, atentar-se-á apenas à categoria dos empregados públicos que são espécies do gênero agentes públicos.

Conforme ensina Meireles (2015, p. 519), empregados públicos são todos os titulares de emprego público da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico de direito privado celetista e às normas de direito público.

Ressalta-se que os empregados públicos não ocupam cargo público e, em razão de possuírem regime jurídico previsto na CLT, não adquirem guarida na estabilidade constitucional antevista no art. 41 da CRFB (BRASIL, 1988), por conseguinte, não se submetem ao regime de previdência próprio dos estatutários. Tese, aliás, já superada e que não remanesce dúvidas a seu respeito.

Outrossim, ante a impossibilidade jurídica da subsunção ao regime próprio dos servidores estatutários, enquadram-se obrigatoriamente no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) – INSS, conforme a lei n. 8.213/91 (BRASIL, 1991).

Vale destacar ainda que somente são admitidos mediante concurso público ou processo seletivo que assegure a todos, em igualdade de condições, a possibilidade de participação e ingresso, salvo os casos de livre nomeação e exoneração que foge à finalidade do trabalho.

2.2 DO REGIME JURÍDICO E A CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS PÚBLICOS

As Estatais não podem contratar novos empregados sem a realização do respectivo concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a redação dada pelo art. 37, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ao contratá-los, porém, o empregado público fica sujeito ao regime jurídico de direito privado, com o vínculo contratual celetista, conforme dispõe o art. 173, § 1º, inciso II (BRASIL, 1988), diferentemente do servidor público que, ao ingressar na carreira, ocupa cargo público pelo regime jurídico estatutário.

Em razão das derrogações impostas à Administração Pública em geral, a exemplo dos servidores públicos *stricto sensu*, a contratação de empregados públicos nas Estatais se faz apenas mediante a submissão a concurso público de provas e provas e títulos (art. 37, II, da CRFB) e, uma vez contratados, em regra, submetem-se ao teto remuneratório (art. 37, § 9º, da CRFB) e são proibidos de acumular cargos ou empregos públicos (art. 37, XVII, da CRFB), exceto nos casos permitidos por lei (BRASIL, 1988).

Noutro giro, qualquer aumento de despesa às Estatais somente se procede mediante lei que a autorize (MELLO, 2010, p. 267) e não se lhes aplica o regime falimentar da Lei 11.011/05 (CARVALHO FILHO, 2020, p. 936).

Ainda, conforme ensina Oliveira (2021, p. 250) “da mesma forma, os empregados públicos são agentes públicos para fins penais (art. 327, *caput* e § 1.º, do CP) e submetem-se à Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992).”

Nesta senda, lembra Carvalho Filho (2020, p. 934) que, conquanto sujeito ao regime contratual comum, os litígios entre os empregados e as entidades, decorrentes das relações de trabalho, serão processados e

julgados na Justiça do Trabalho, como estabelece o art. 114 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Por força das obrigações trabalhistas decorrentes da natureza contratual a que se vincula, ao empregado público é garantida a indenização fundiária pelo depósito mensal do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, instituído pela lei n. 5.107/66 (BRASIL, 1966). Por outro lado, ao servidor submetido ao regime estatutário é assegurado o direito à estabilidade constitucional do art. 41 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Para Oliveira (2021, p. 250), em razão da Súmula 455 do TST, resta consolidado que a estabilidade constitucional dos servidores públicos não é extensível aos empregados das Estatais, ainda que contratado mediante aprovação em concurso público, pois, nestes casos, equipara-se ao empregador privado. Adverte ainda que, embora não gozem de estabilidade, são julgados na Justiça do Trabalho e não são livremente demitidos, cabendo, na hipótese, a motivação, face os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

Se, por um lado, não possuem estabilidade, a discussão tormentosa diz respeito à possibilidade ou não de demissão sem a necessidade de motivação do ato administrativo que ensejou a dispensa do empregado público, pois se este somente ingressa no emprego pela prestação de concurso público e, considerando o ônus da admissibilidade e da hipossuficiência do empregado na relação juslaboral, não seria razoável, portanto, admitir-se a demissão do empregado público em desrespeito aos mesmos princípios e normas constitucionais de controle de atuação da Administração Pública.

Com efeito, a motivação constitui-se um parâmetro imprescindível de controle de validade dos atos administrativos e, como bem argumenta Oliveira (2021, p. 250) “assim como não é livre a escolha do empregado público, que deve se submeter ao concurso público, não deve ser livre a sua demissão”.

Numa análise perfunctória, a demissão de empregados públicos se subordina ao regime jurídico de direito privado, no entanto, dada a desproporção que se possibilita entre o modelo de ingresso e as possibilidades despedida abusiva, violadora da boa-fé e da dignidade do empregado, o STF reconheceu, por intermédio dos embargos de declaração opostos no RE 589.998, aos empregados contratados por entidades dotadas de personalidade de direito privado que prestem serviços públicos, garantias diferenciadas quanto aos pressupostos causais que ensejaram a demissão.

Nota-se que o cerne da discussão está justamente na discrepância da aplicação de normas e princípios constitucionais quanto se trata de empregados públicos, haja vista que se exige a investidura no emprego público mediante aprovação em certame, assim como ocorre com os servidores estatutários, mas não se estende àqueles o procedimento que é dado a estes quando ocorre demissão, ou seja, os empregados públicos são demitidos sem que o ato seja justificado e onde há a mesma razão de fato deve haver a mesma razão de direito.

Além disso, numa relação justralhista, destaca-se que o poder do empregador de despedir imotivadamente o empregado não é absoluto, impõe-se a este a garantia constitucional de emprego protegido contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos do art. 7º, I da CF88 (BRASIL, 1988).

Ora, se até em relações privadas há determinados limites ao poder potestativo do empregador para assegurar a proteção aos direitos fundamentais do empregado, àqueles que trabalham nas entidades públicas, deve-se, de igual modo, ser-lhes assegurados a proteção aos direitos fundamentais, tanto maior, quanto maior for a desproporção existente na relação trabalhista com o Estado.

2.3 O EMPREGADO PÚBLICO E A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO

Ressalta-se que a expressão agentes públicos grassa de variados espectros semânticos, todavia, valendo-se da definição de Pietro (2020, p. 1232), pode-se estabelecer que são todas as pessoas físicas, com ou sem vínculo formal com o Estado, exercendo a vontade deste, no exercício da função pública, com a finalidade última de se atingir o interesse público.

Nos dizeres de Mello (2010, p. 244), a expressão Agentes Públicos “designa genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.”

Consigne-se ainda que, além do Art. 327 do Código Penal (BRASIL, 1940), o art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa, lei n. 8.429 (BRASIL, 1998) que define agente público para fins penais, inclui, em seu rol, a figura do empregado público.

Demais disto, os empregados públicos atuam, em geral, nas Estatais que surgem da descentralização administrativa do Estado às atividades voltada à prestação de serviço público ou à exploração de atividade econômica, a depender da finalidade para a qual a entidade foi legalmente autorizada e integram a Administração Pública Indireta.

A propósito, sobre o tema Carvalho (2017, p. 170) afirma que a Administração Pública Indireta decorre da descentralização administrativa, na instituição de uma pessoa jurídica de direito público ou privado à qual se atribui a titularidade e execução de determinado serviço público, sempre por lei que a autorize e com uma finalidade específica.

Nesse sentido, argumenta Meireles (2015, p. 461), que a exploração de atividade econômica pelo Estado é medida excepcional, subsidiária à iniciativa privada e somente quando indispensável à segurança nacional ou a

relevante interesse público e, ao levar a efeito as atividades a que se pretende, necessário o capital humano pela contratação de empregados públicos.

Superados tais conceitos, parte-se doravante à análise doutrinária dos empregados públicos, também conhecidos como servidores trabalhistas ou servidores celetistas.

Para Pietro (2020, p. 1419) “empregados públicos são aqueles contratados sob regime da legislação trabalhista, com as alterações decorrentes da CF, sujeitos à Lei n. 9.962, de 22-2-00, na esfera federal.”

Nesse sentir, Oliveira (2021, p. 250) elenca os empregados públicos submetem-se às normas constitucionais que tratam dos agentes públicos em geral, como ingresso somente por concurso público, impossibilidade de acumulação de empregos públicos com outros empregos, cargos ou funções públicas fora dos casos permitidos por lei, submissão ao teto remuneratório, salvo os empregados das empresas estatais não dependentes do orçamento, enquadram-se no conceito de agentes públicos para fins penais e submetem-se à Lei de Improbidade Administrativa.

Corroborando a lição anterior com a lição de Mello (2010, p. 256), que os empregados públicos “sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral”.

Em que pese a existência do serviço público em ambas as atividades, não se pode olvidar que existe distinção entre emprego público e cargo público quanto ao tipo de vínculo jurídico que liga o agente público ao Estado nas funções que desempenha.

Para Meireles (2015, p. 539) aos cargos públicos, impõe-se-lhe o vínculo jurídico estatutário, ao passo que o emprego público possui um regime jurídico híbrido, com a observância obrigatória das normas do direito do trabalho e, bem como às normas constitucionais que versam sobre investidura, acumulação de cargos, vencimento, dever de licitar, prestação

de contas, princípios constitucionais (motivação, publicidade, transparência, impessoalidade e eficiência).

Nesse mesmo ideal teórico, trazendo à baila o pensamento do professor Mazza (2020, p. 1154) em que pese a predominância do regime jurídico de direito privado aplicado ao emprego público, observar-se-á ainda os princípios e normas do Direito Administrativo, dentre outras, à exigência de concurso público para ingresso e de processo administrativo para demissão.

Nota-se, outrossim, que a presença dos elementos característicos da relação empregatícia de direito privado e as derogações de direito público constituem particularidades que caracterizam o vínculo do empregado público. A aproximação prática do regime jurídico de direito público será tanto maior, quanto maior for a semelhança da natureza de serviço público da Estatal.

Com efeito, no exercício das atividades ao Estado, submete-se a uma relação profissional que mescla aplicação simultânea das normas de direito privado constante da CLT e o regime jurídico-administrativo, por exemplo, respeito ao teto remuneratório constitucional, vedação da acumulação de dois ou mais empregos públicos, salvo os excepcionados por lei e ingresso mediante concurso público de provas e provas e títulos.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA: DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Conforme alhures pontuado e enfeixando o conceito traduzido por Oliveira (2021, p. 161) a Administração Pública Indireta é formada por entidades administrativas, criadas por descentralização legal e vinculadas ao respectivo Ente federado. Inclui-se, dentre elas, as empresas Estatais, que comporta tanto as empresas públicas, quanto as sociedades de economia mista.

Por seu turno, as estatais que a compõe, caracterizam-se, na lição de Aragão (2018, p. 106) por administrar patrimônio público, total ou parcial, conforme possuam ou não receitas orçamentárias próprias, pelo que prestem serviço público ou explorem atividade econômica, nos termos da autorização legislativa.

Nesse desiderato, preleciona Pietro (2020, p. 969) que, no tocante às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, algumas delas executam atividades próprias da iniciativa privada (com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assumidas pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 175 da Constituição) e, por fim, conclui que "Empresa pública é pessoa jurídica de direito privado com capital inteiramente público (com possibilidade de participação das entidades da Administração Indireta) e organização sob qualquer das formas admitidas em direito".

Nesse liame, portanto, as sociedades de economia mista atuam na exploração de atividade econômica em concorrência com o livre mercado e as empresas públicas, por sua vez, destinam-se à prestação de serviços públicos. Daí serem as empresas públicas constituídas por capital exclusivamente público, enquanto que as sociedades de economia mista são constituídas por capital público e privado, com prevalência majoritária do capital público, permitindo-lhe a ação de ouro ou golden share,³ isto é, o controle acionário das ações pelo Poder Público correspondente.

Cuida-se, no sentir de Carvalho Filho (2020, p. 657), de medida de intervenção do Estado no setor privado que, ao se desfazer do controle acionário de uma estatal, em razão do salutar interesse público envolvido, cria ações preferenciais de classe cuja propriedade exclusiva mantém sob seu controle, conferindo-lhe prerrogativas especiais, dentre as quais, o voto

³ Cuida-se de inegável forma de intervenção estatal em pessoa privatizada. Para tanto, podem ser criadas ações preferenciais de classe especial ("golden shares"), de propriedade exclusiva do antigo ente controlador, que conferem a estas certas prerrogativas especiais, inclusive o poder de veto às deliberações da assembleia geral nas matérias previamente indicadas. Sendo situação inovadora, urge que se aprofundem os estudos sobre os efeitos e os limites de forma de intervenção (CARVALHO FILHO, 2020, p. 657).

de minerva ou o poder de veto em discussões consideradas estratégicas ao interesse público.

Já Aragão (2018, p. 385) explica que "as golden shares são instrumentos de garantia de determinadas políticas públicas em favor do Estado, titular do exercício das prerrogativas que delas emanam." Com efeito, atribui-se ao ente estatal as ações privilegiadas com poder de veto sobre matérias sensíveis ao interesse público.

Nota-se, em razão das matérias e dos interesses coletivos envolvidos, que as empresas públicas e sociedades de economia mista adotam um regime jurídico misto, decorrente de uma aproximação formal tênue e miscível entre o direito público e o direito privado, que, no limite, se interseccionam e interagem mutuamente num vácuo normativo ainda não precisamente definido e que enseja às mais variadas divagações decisórias.

Sob a necessária e inarredável aplicação simultâneo de dois regimes jurídicos às empresas públicas e sociedades de economia mista, assim se posicionou Aragão (2018, p. 148) que se trata de um regime jurídico híbrido e atípico, resultante da soma dos elementos que compõe o setor público e o setor privado que, postos no mesmo ambiente, modificam-se mutuamente nas características um do outro.

Nessa mesma perspectiva, posição também adotada por Justen Filho (2016, p. 1312) "o regime jurídico do emprego público é híbrido. Aplicam-se as normas do direito do trabalho sempre que tal não seja incompatível com a natureza pública das atividades e atribuições assumidas pelo sujeito."

Desses lindes se traduz, portanto, que mesmo regidas pelo direito privado, no limite prático, sofrem modificação e sobreposição de exigências públicas pelo direito administrativo de acordo com natureza pública da coisa que a determina e impõe.

4 DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A MOTIVAÇÃO SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS PARA A DEMISSÃO DE EMPREGADOS PÚBLICOS

Diz Fagundes (1979, p. 4), que “administrar é aplicar a lei de ofício”, é agir conforme a lei e nos termos da lei. Noutros termos, significa agir de acordo com o que determina a lei ao caso concreto.

Em razão do interesse público outorgado pela sociedade, impõe-se à Administração Pública, além de agir em conformidade com a lei, a obrigatoriedade de fundamentar solenemente e verdadeiramente os atos administrativos, com os pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão, vinculando-a ao seu controle, no que se convencionou chamar de Teoria dos Motivos Determinantes.

Entende-se, pela teoria dos motivos determinantes, na acepção de Meireles (2015, p. 223) que os atos administrativos, quando motivados, vinculam-se aos motivos expostos para efeitos jurídicos; motivos estes que determinam e justificam a realização do ato e que necessariamente deve existir perfeita adequação entre a descrição e a realidade. Se tal não ocorrer, o ato praticado reputa-se inválido.

Na mesma linha, Pietro (2020, p. 502) entende que a Administração deve indicar expressamente as razões que a levaram a praticar o ato e este somente será válido se os motivos forem verdadeiros, de modo a possibilitar a qualquer pessoa provocar o poder Judiciário a exercer o controle externo da legalidade do ato, isto é, o exame dos motivos e dos pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência, já que a análise do mérito administrativo não compete ao poder judiciário.

Convém expor, desse modo, a lição de Carvalho Filho (2020, p. 264), segundo a qual “se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato”, razão pela qual, a própria administração poderá anulá-

los ou ser compelida a isso, caso provocado pelo controle judicial, com fulcro no art. 5º, inciso XXXV CFRB (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, aplicando-se a Teoria dos Motivos Determinantes aos contratos de trabalho dos empregados públicos, não há um posicionamento uniforme na doutrina e na jurisprudência quanto a necessidade ou não de motivação no ato de demissão do empregado público que labora nas Estatais em razão da heterodoxia de seu regime.

Entende Aragão (2018, p. 149) que quanto maior for a dependência de recursos públicos, maior será o influxo da lógica publicista nas Estatais. Ao revés, quanto maior a independência financeira, maior o influxo da lógica privatista.

Numa análise sumária, abstraindo-se as derrogações do direito público e observando-se somente a natureza contratual da relação jus laboral nas empresas estatais, poder-se-ia estabelecer uma equivalência de direitos destinados aos empregados das estatais e àqueles contratados pela iniciativa privada, hipótese em que a demissão unilateral pela entidade, sem justo motivo e à margem de qualquer processo administrativo poderia, em tese, ser válida. Não se pode olvidar que também cabe a estas empresas e, conseqüentemente aos seus empregados, a vinculação dos elementos obrigatórios da administração pública.

Demais disto, não se pode ignorar que, de um lado, ainda que sob regime jurídico de direito privado, as empresas públicas e sociedades de economia mista são instrumentos de atuação do Estado e operam numa relação hierárquica desigual entre estas e seus empregados, parte hipossuficiente na relação de emprego e, por vezes, sujeitos aos mandos e às pressões políticas de governos, em detrimento das políticas públicas de estado.

É necessário que diga que tanto pela ótica do direito público, quanto pela perspectiva do direito privado, em razão da Administração Pública integrar a relação de trabalho em discrepante desigualdade, deve-se haver limites à dispensa do empregado público, quer pela motivação do ato de

demissão, quer pela proteção dos direitos fundamentais deste, em irrefutável vulnerabilidade perante o Estado.

Das divergências jurídicas aplicáveis decorre as mais variadas decisões e interpretações quanto a motivação ou não no ato de dispensa, sem que haja uma posição única adotada pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais superiores.

De um lado, os que advogam pela tese da necessidade de motivação do ato de demissão do empregado público sustentam que a estes cabem, de modo geral, além das regras privadas celetistas, as derrogações de direito público, a exemplo do teto remuneratório nas empresas dependentes do orçamento público, a proibição de acumular empregos, salvo os casos permitidos por lei, a responsabilidade penal e administrativa, de acordo com a lei de improbidade administrativa e o ingresso no emprego somente se dá por intermédio de concurso público.

De outro, há aqueles que defendem exatamente o oposto, de que a demissão deve ser livre e imotivada, aplicando-se-lhe apenas as regras da CLT (BRASIL, 1943), com ou sem a justa causa trabalhista, em razão do poder potestativo do empregador.

No primeiro caso, pela tese da motivação obrigatória da demissão, ressalta-se as palavras de Meireles (2015, p. 550), que ao empregado público de empresa estatal prestadora de serviço público, o ato de dispensa, deve necessariamente ser motivado, de forma solene e com os pressupostos ou motivos que ensejaram a demissão. Sustenta que a motivação decorre dos princípios da legalidade, da eficiência, da moralidade e da razoabilidade, em face dos quais se assegura a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF/88 (BRASIL, 1988), evitando-se os desligamentos de celetistas motivados por perseguição política ou por outro desvio de finalidade.

Nesse particular, a dispensa do servidor celetista sem motivação idônea do ato administrativo não deve ser acolhida, sob pena de nulidade,

somente se admitindo caso haja fundamento em motivo de interesse público, que, aliás, transcende a justa causa trabalhista.

Nesse desiderato, relevante se faz apresentar a lição de Mello (2010, p. 285) que também advoga pela necessidade de motivação do ato administrativo de demissão do empregado público e demandar uma apuração regular dos desvios de condutas que dão ensejo a justa causa trabalhista, garantindo-se, de qualquer forma, a ampla defesa e o contraditório e, na hipótese de corte de despesas pelo enxugamento de pessoal, a transparência dos critérios que presidirão as dispensas, em razão dos princípios da legalidade e impessoalidade garantidos a todos os cidadãos.

À semelhança dos posicionamentos anteriores, convém apontar o magistral posicionamento do professor Mazza (2020, p. 1154), dispõe que os empregados públicos, ainda que não estáveis, não podem ser demitidos livremente, ao revés, somente podem sofrer demissão motivada e após o devido processo administrativo, com as garantias do contraditório e da ampla defesa a ele inerente.

Ainda na mesma linha, Oliveira (2021, p. 250) manifesta que “a demissão dos empregados públicos não é completamente livre, devendo ser motivada, tendo em vista os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.” Posição também adotada por Carvalho (2017, p. 215) ao dizer que a dispensa de um empregado de entidade da Administração Pública, além de configurar ato administrativo e, pelo fato de estabelecer restrições a um terceiro, deve ser precedido de devido processo legal, com observância do contraditório e da ampla defesa e, como tal, deve ser motivado ao ser praticado.

Extrai-se do excertos encimados que a demissão de um empregado público, consubstanciado em uma penalidade, trata-se de ato administrativo vinculado e deve ser precedido de processo administrativo disciplinar, com as garantias da ampla defesa e do contraditório, possibilitando ao prejudicado, a sindicabilidade da justificativa apresentada para a demissão

e a realidade em que se inspirou a vontade administrativa. Se viciada ou inquinada de vícios de legalidade, a demissão poderia ser anulada pela autoridade administrativa ou por sentença judicial.

Em oposição aos que advogam pela necessidade de motivação do ato de demissão do empregado público, há uma outra vertente doutrinária encabeçada por Carvalho Filho (2020, p. 1230) que defende que os empregados públicos podem ter rescindidos, imotivadamente, o vínculo laboral pela administração, em face da discricionariedade do administrador público, cabendo aos demitidos, no que for cabível, os ônus decorrentes da relação trabalhista, à semelhança da iniciativa privada.

Todavia, cabe destacar que a discricionariedade administrativa, ainda que permita uma certa margem de escolha ao administrador entre duas ou mais opções ao agir, decorre da própria lei e não cabe arbitrariedades, justamente o que se busca evitar à parte hipossuficiente na relação de emprego e não detentor da estabilidade. Assim sendo, considerando-se os princípios basilares da administração pública, mormente a legalidade, impessoalidade, moralidade e a publicidade, impõe-se a esta, pelo princípio da motivação obrigatória, o dever de motivar ao ato caso opte pela demissão do empregado público.

Nesse sentido, já que indubitavelmente não são estáveis, mas em razão da necessidade de seguir critérios objetivos e impessoais para dispensa dos seus empregados, deve-se aplicar o princípio da motivação enquanto elemento substancial da justificativa do pronunciamento tomado. É, pois, um princípio consagrado pela doutrina e jurisprudência como forma de evitar demissões imotivadas (ARAGÃO, 2018, p. 200).

Trata-se de um princípio basilar que encerra em si mesmo a validade fundamental das decisões levadas a efeitos pela administração pública e, portanto, de vinculação necessária a permitir o controle de legalidade dos atos administrativos dentro do ordenamento jurídico pátrio, seja âmbito judicial ou pela via administrativa no exercício da autotutela.

Com efeito, máxime nas decisões administrativas dos Tribunais Superiores e do Ministério Público, exige-se expressa motivação no texto constitucional, arts. 93, IX, ao dispor que, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (BRASIL, 1988). Nesta senda, a redação do 129, § 4º, remete ao Ministério Público a aplicação, no que for cabível, ao disposto no art. 93 (BRASIL, 1988).

Pois bem, em que pese a omissão do constituinte originário, a Lei n. 9.784/99 (BRASIL, 1999, grifo nosso) que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe, no art. 2º, caput, que a Administração Pública obedecerá, dentre outros não expressos no texto, “aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Versa a referida lei no art. 2º, inciso VII e VIII, que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão e observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” (BRASIL, 1999). Além disso, no art. 50 aduz quanto a “obrigatoriedade de motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando, dentre outros, neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses ou imponham, agravem deveres, encargos ou sanções.”

Assim sendo, considerando o influxo das normas de direito público às Estatais, resta evidente que na hipótese de dispensa de empregado público, quando efetuada unilateralmente pelo ente estatal, somente se deve fazê-la à luz do inciso I do art. 50 da Lei 9.784/99 (BRASIL, 1999) e, portanto, motivá-la.

Consigne-se que o art. 54 da lei supracitada dispõe de um rol exemplificativo dos atos que exigem motivação, todavia, o texto de lei não faz distinção entre o ato ser vinculado ou discricionário, razão pela qual, em que pese as divergências que grassa entre alguns autores, deve-se destacar

que a posição majoritária entende que todo e qualquer ato administrativo deve necessariamente ser motivado.

Da análise em comento, como bem pontua Pietro (2020, p. 247): "nas hipóteses em que a motivação é obrigatória, via de regra, dizem respeito a atos que, de alguma forma, direta ou indiretamente, afetam direitos ou interesses individuais, de modo a afastar eventuais excessos e ilicitudes." Por óbvio, em razão da demissão do empregado público afetar direito e interesses individuais da parte mais vulnerável, é, pois, desarrazoado admitir a demissão exclusivamente no interesse potestativo da administração pública, já que o interesse decorre da coletividade.

Cumpre trazer a colação a exposição de Oliveira (2021, p. 521) que entende que, em razão dos princípios constitucionais democráticos, da legalidade, da publicidade e da ampla defesa e do contraditório, bem assim o da transparência pública, a motivação dos atos administrativos, independentemente de previsão legal e constitui óbice à atuação arbitrária da Administração, conferindo maior legitimidade à atuação estatal, servindo como parâmetro importante de controle judicial e social, bem como instrumento inibidor da arbitrariedade administrativa.

Têm-se, outrossim, que a validade formal de todo e qualquer ato administrativo de cunho decisório é imprescindível que esteja amparado em motivação idônea, porque nenhuma competência administrativa é atribuída para que o agente a realize ou decida como bem entender, competindo, em princípio, o dever de agir sempre vislumbrando o interesse público, demonstrando-se fielmente os fundamentos de fato e de direito que ensejaram determinado ato.

Entrementes, sob a ótica da alínea d, art. 2º da Lei n. 4.717/65 (BRASIL, 1965), que regula a ação popular, aduz-se que "a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido".

Desse modo, em face do maior ou menor influxo de normas de direito público nas Estatais, não remanesce dúvida de que a obrigatoriedade da motivação para demissão de empregados públicos deve ser vista como um dever para que se evite as práticas inoportunas e ilícitas, contraproducente à moralidade pública.

Na hipótese de tais atos não coincidirem com o real embasamento da dispensa, reputar-se-á nulo de pleno direito, podendo, inclusive, ensejar a possibilidade de anulação quando inquinado com o vício da ilegalidade e, por oportuno, tornando-se viável a reintegração do empregado ilicitamente desvinculado.

Assim, a motivação e o prévio processo administrativo disciplinar, com as garantias da ampla defesa e o contraditório inerente em caso de punição, constituem exigências obrigatórias por ocasião da dispensa do empregado público como forma de se evitar práticas abusivas e, constituem mecanismo de controle da legalidade.

Em que pese o regime jurídico aplicável aos empregados das empresas estatais ser o de direito privado, inafastável lhe é o influxo dos princípios do direito público, razão pela qual, se o empregado for demitido, deve ter o ato de desligamento motivado, independentemente da justa causa trabalhista, hipótese em que, caso seja este o fundamento para a demissão, deve-se, também, ter a falta grave imputada apurada, com o contraditório e ampla defesa para que ato de demissão seja válido.

5 DAS TESES JURISPRUDENCIAIS A RESPEITO DO TEMA

Inicialmente a jurisprudência e doutrina convergiam em entendimento de que em razão da aplicação da legislação trabalhista, nos termos do art. 173, §1º, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e em face do poder potestativo do empregador, poder-se-ia dispensar livremente os empregados

das Estatais, independentemente de motivação ou das razões que ensejam a demissão.

Na jurisprudência trabalhista prevalecia o posicionamento de que, por serem as Estatais pessoas jurídicas de Direito privado, a demissão de seus empregados, ainda que ingressantes por concurso público, poderia ocorrer imotivadamente em face do poder potestativo do empregador.

Esse era, aliás, o entendimento do TST que assentia a mesma perspectiva dos Tribunais Superiores e entendia pela não motivação no ato de demissão do empregado público, exceto para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, em razão do tratamento equiparado à Fazenda Pública em relação a imunidade tributária e a execução de precatórios, pelo que se editou a Súmula 390⁴ (BRASIL, 2005) e a Orientação Jurisprudencial 247⁵ (BRASIL, 2007) da Subseção I da Seção de Dissídios Individuais, na qual restou sedimentado a questão no âmbito desse Tribunal Superior.

Nessa corrente convergia a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, ao assentar, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento - AI 465.780-AgR⁶ (BRASIL, 2004) de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa,

⁴ Súmulas do TST - Súmula TST 390 - Servidor público. Estabilidade. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável. CF/88, art. 41

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/88. (ex-OJ 265/TST-SDI-I - Inserida em 27/09/2002 e ex-OJ 22/TST-SDI-II - Inserida em 20/09/2000). II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ 229/TST-SDI-I - Inserida em 20/06/2001). Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25/04/2005.

⁵ OJ 247 SDI-1. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. n. 143/2007) - DJ 13.11.2007 I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. (Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 247 SDI-1, de 20 de junho de 2001, alterada pela Res. n. 143/2007, Publicação: 13/11/2007)

⁶ EMENTA: SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EMPREGADO. ESTABILIDADE. A decisão agravada está em conformidade com entendimento firmado por ambas as Turmas desta Corte, no sentido de que não se aplica a empregado de sociedade de economia mista, regido pela CLT, o disposto no art. 41 da Constituição federal, o qual somente disciplina a estabilidade dos servidores públicos civis. Ademais, não há ofensa aos princípios de direito

que as disposições constitucionais que revestem os atos administrativos, em especial aos servidores públicos, não se aplicam aos empregados públicos que se submetem à Consolidação das Leis do Trabalho, sendo-lhes inaplicável a estabilidade constitucional do art. 41 da CF88 (BRASIL, 1988) em razão das garantias do seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário.

Com efeito, entendia-se que a aplicabilidade das normas de dispensa trabalhista aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado restava em plena consonância com o disposto no § 1º do art. 173 da Lei Maior, sem que conflitasse com o art. 37, caput e II, da Carta Federal (BRASIL, 1988).

Todavia, em julgamento do RE 589.998/PI⁷ (BRASIL, 2013), de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, a respeito da dispensa imotivada de empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ETC, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, fixou tese no sentido de que os empregados públicos das Estatais não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CRFB (BRASIL, 1988) mas que, no entanto, sua dispensa deve ser motivada para evitar arbitrariedades pelo abuso de poder e desvios de finalidade.

Da decisão exarada, reafirmou-se que não se trata de estender a estabilidade constitucional dos estatutários aos empregados públicos,

administrativo previstos no art. 37 da Carta Magna, porquanto a pretendida estabilidade não encontra respaldo na legislação pertinente, em face do art. 173, § 1º, da Constituição, que estabelece que os empregados de sociedade de economia mista estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. Agravo regimental a que se nega provimento (AI 465.780-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

⁷ EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I – Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC n. 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho (Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.03.2013).

pois a questão é pacífica na jurisprudência da Suprema Corte. Trata-se, em princípio, de exercer as garantias constitucionais inerentes ao Estado de Direito ao assegurar àqueles que se sentirem prejudicados, a possibilidade de contestação judicial ou administrativa.

A Suprema Corte, por ocasião do julgamento da RE 589.998/PI, além de sedimentar a inaplicabilidade da estabilidade constitucional aos trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista, entendeu que às empresas públicas e sociedades de economia mista devem assegurar que os princípios da impessoalidade e da isonomia, observados no momento da admissão por concurso público, sejam também respeitados por ocasião da dispensa e, portanto, devem juridicamente motivar em ato formal a demissão de seus empregados, em razão do princípio da solenidade das formas.

A inflexão no entendimento adotado pelo STF influiu as controvérsias judiciais sobre o tema e os Correios, via embargos de declaração, insurgiu-se contra a tese fixada e em razão da repercussão geral, outras Estatais também se mostraram contrárias à real abrangência da tese fixada, pois seriam prejudicadas e, na ocasião em que se encontrava o processo, tentaram fazer parte na qualidade de Assistente Simples ou *amicus curiae*.

Todavia, dado a fase recursal de julgamento e ante a ausência de requisitos do art. 499 do CPC (BRASIL, 2015), os pedidos de assistência foram negados pelo relator Min. Luís Roberto Barroso e os embargos de declaração parcialmente acolhido, restringindo-se a tese a apenas aos empregados dos Correios⁸ (BRASIL, 2018).

⁸ DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DO TRABALHO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA DE EMPREGADOS DA ECT. ESCLARECIMENTOS ACERCA DO ALCANCE DA REPERCUSSÃO GERAL. ADERÊNCIA AOS ELEMENTOS DO CASO CONCRETO EXAMINADO. 1. No julgamento do RE 589998, realizado sob o regime da repercussão geral, esta Corte estabeleceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever de motivar os atos de dispensa sem justa causa de seus empregados. Não houve, todavia, a fixação expressa da tese jurídica extraída do caso, o que justifica o cabimento dos embargos. 2. O regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-A, § 7º, do CPC/1973 (e do art. 1.035, § 11, do CPC/2015), exige a fixação de uma tese de julgamento. Na linha da orientação que foi firmada pelo Plenário, a tese referida deve guardar conexão direta com a hipótese objeto de julgamento. 3. A questão constitucional

Demais disto, além do acórdão do Recurso Extraordinário 589998-PI, em julgamento do Recurso Extraordinário n. 688267/CE⁹ (BRASIL, 2019) de repercussão geral, a Suprema Corte ventilou a possibilidade de se vincular a necessidade de motivação da dispensa à atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista em que atua, conforme explore ou não atividade de natureza econômica visando a obtenção do lucro. Desde então, sobrestou-se a em decisão e permanecem suspensos todos os casos que tenham relação com a matéria.

Nesse contexto, se levado a caso a tese ventilada pela Suprema Corte, tratando-se de empresa pública que se destine à prestação de serviços públicos, deve-se ater aos interesses públicos e motivar a dispensa, ao passo que a empresa pública ou sociedade de economia mista se destine à exploração de atividades econômicas e vise o lucro, em razão da lógica do mercado e da livre concorrência, admitir-se-ia a demissão de seus empregados sem a necessidade de motivação.

Ao que parece, a tese proposta pelo STF ganhou força com o Procurador-Geral da República - PGR, Augusto Aras, que assinou parecer ARESV/PGR n. 200307/2020¹⁰ de 07 de Julho de 2020, em manifestação

versada no presente recurso envolvia a ECT, empresa prestadora de serviço público em regime de exclusividade, que desfruta de imunidade tributária recíproca e paga suas dívidas mediante precatório. Logo, a tese de julgamento deve estar adstrita a esta hipótese. 4. A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório. 5. Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. (STF – ED RE: 589998 PI – PIAUÍ, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 10/10/2018, Tribunal Pleno).

⁹ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DE SEUS EMPREGADOS ADMITIDOS APÓS APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da necessidade de motivação para a dispensa de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista admitidos por meio de concurso público. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. (BRASIL, 2019) (STF – RG RE: 688267 CE – CEARÁ 0123200-05.1997.5.07.0010, Relator: Min ALEXANDRE DE MORAIS, Dta de Julgamento: 13/12/2018, Tribunal Pleno – meio eletrônico, Data de Publicação: Dje-026 11-02-2019). (BRASIL, 1996).

¹⁰ RECURSO EXTRAORDINARIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSAO GERAL. TEMA 1022. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EMPRESA PUBLICA. DISPENSA IMOTIVADA

ao recurso extraordinário RE 688.267/CE de relatoria do Min. Alexandre de Moraes em que defende que todas as estatais que atuam em regime de concorrência podem demitir empregados sem ter de apresentar justificativa e àquelas que prestam serviço público, em razão dos princípios afetos ao direito administrativo, não possuem a plenitude potestativa do empregador comum e devem motivar os atos em caso de demissão.

Se, ao julgar o recurso extraordinário RE 688.267/CE prevalecer na Suprema Corte o entendimento quanto a necessidade de motivação do ato de desligamento do empregado, a depender da natureza do serviço prestado e da maior ou menor dependência do orçamento público, abrir-se-á leque para novos questionamentos, pois, existem empresas públicas que, além de prestarem serviços públicos em monopólio, atuam também em livre concorrência com o mercado, a exemplo dos Correios, tamanho a complexidade da temática abordada.

Ainda que não se tenha concorrido para um ponto de convergência e dada a mutabilidade social ao transcorrer dos momentos, o que se reflete nas impermanências das decisões da suprema corte, nota-se que as especificidades da matéria já restam significativamente delimitadas e

DE EMPREGADO ADMITIDO POR CONCURSO PUBLICO. PRINCIPIOS DA ADMINISTRACAO PUBLICA. PRESTACAO DE SERVICOS PUBLICOS E EXECUCAO DE POLITICAS PUBLICAS. EXPLORACAO DE ATIVIDADE ECONOMICA EM SENTIDO ESTRITO. DIFERENCIACAO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Recurso Extraordinario representativo do Tema 1022 da sistemática da Repercussão Geral: "Dispensa imotivada de empregado de empresa pública e de sociedade de economia mista admitido por concurso público". 2. As empresas estatais, apesar de ostentarem natureza jurídica de direito privado, podem sofrer maior ou menor derrogação do regime de direito privado em favor de regras de direito público, tendo como escopo a concretização do interesse público. 3. A influência das normas de direito público sobre os atos praticados por empresas estatais e impactada pela natureza jurídica que ostentam, pelo tipo de serviço público prestado e pela atividade econômica desenvolvida, inclusive para os fins da relação jurídico-empregatícia e para a necessidade de motivação dos respectivos atos de demissão, tendo em conta a dinâmica do regime concorrencial a que eventualmente se submetam e a necessidade de segurança e controle sobre os atos praticados em nome do interesse público. 4. Propostas de teses de repercussão geral: I – As sociedades de economia mista que atuam em regime de monopólio ou que são responsáveis pela execução de políticas públicas e as empresas públicas têm a obrigação de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. II – As sociedades de economia mista que exploram atividade econômica stricto sensu em regime de concorrência podem dispensar seus empregados sem motivação em ato formal, ressalvada a possibilidade de controle jurisdicional do ato, se verificada ilegalidade ou abuso de poder. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário e fixação das teses sugeridas. PARECER ARESV/PGR n. 200307/2020 (BRASIL, 2020).

inteligíveis quanto a atuação entre regras de direito público e direito privado, restando apenas ao Supremo Tribunal Federal estabelecer em definitivo qual o entendimento basilar a ser adotado.

Como bem pontua Aragão (2018, p. 200), a exigência de motivação e objetividade da dispensa de empregados de empresas estatais estão jungidas apenas aos princípios do art. 37 da CRFB (BRASIL, 1988), pois, para além da proteção aos empregados, busca-se evitar arbítrios por parte de uma entidade que, mesmo sendo de direito privado, também integra a Administração Pública.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que uma das finalidades da Administração Pública é garantir o interesse da coletividade, na estrita observância da lei, em face dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o particular.

De modo a satisfazer os interesses gerais da coletividade, a Administração Pública realiza suas atividades via desconcentração ou descentralização, repartindo competências e criando uma estrutura administrativa própria à prestação útil à sociedade.

Da descentralização da administração pública indireta, em razão do imperativo de segurança nacional e de relevante interesse coletivo, mediante lei que autorize, cria-se, dentre outras, as figuras das Estatais que atuarão na prestação de serviços públicos ou explorarão atividade econômica, sob regime jurídico de direito privado.

Ainda que se tratem de instrumentos de ação do Estado à satisfazer os interesses coletivos, o ingresso de empregados públicos nos quadros das Estatais ocorre por intermédio de concurso público de provas ou de provas e título, garantindo-se, dentre outros princípios, a isonomia e a impessoalidade no processo.

Submetem-se a um regime jurídico híbrido e atípico, com observância de normas de direito público imiscuída às normas de direito privado, havendo, assim, descentendimentos quanto a aplicação dos institutos aos casos concretos.

A despeito das divergências existente entre os doutrinadores e da espera de julgamento das ações no STF, salienta-se que os empregados públicos das estatais não gozam da estabilidade constitucional estatutária, no entanto, em razão do interesse público envolvido, do ônus da admissibilidade e da circunstância de integrarem a Administração Pública, qualquer que seja a causa da demissão, se por fato do empregado que interfira na relação de emprego ou por razão de interesse público, o ato formal de desligamento deve necessariamente ser motivado para que seja juridicamente válido, conquanto tratar-se de elemento integrante do ato administrativo.

Noutro giro, se o motivo da demissão consistir no cometimento de falta grave, deve-se apurar os fatos imputados via sindicância ou processo de apuração, em que se assegure as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório, estejam estas convencionadas ou não em acordos ou convenções coletivas e, uma vez constatada a veracidade da falta grave atribuída ao empregado público, ter-se-á, assim, consubstanciada a motivação idônea a ensejar a demissão.

Ademais, ante a condição híbrida do regime jurídico aplicável, caso as razões da demissão residam em motivos outros de interesse público e que em nada diz respeito ao empregado público isoladamente considerado, a exemplo da redução de gastos com corte de pessoal, conquanto idoneamente motivado dentre os critérios de eleição de este ou aquele empregado num contexto coletivo e geral, o ato de dispensa, na hipótese, considerar-se-á juridicamente válido em seu mérito administrativo, cabendo aos prejudicados, caso queiram, a inafastabilidade do controle judicial.

Do mesmo modo que não existe liberalidade e potestatividade da administração pública em nomear empregado público, pugna-se que, de

igual modo, também não deve ocorrer por ocasião do desligamento. Nessa hipótese, apenas o interesse público primário ou por razões que dizem respeito ao empregado é que deve necessariamente constituir o motivo da demissão, evitando-se arbítrios de toda sorte e influência de decisões político/ideológico que, malgrado os efeitos, restam, às vezes, inquinadas de ilegalidade por desvio de finalidade, ainda que revestido do manto de interesse público.

De toda sorte, a motivação do ato administrativo que dá ensejo à dispensa do empregado público não se confunde juridicamente com a justa causa trabalhista e constitui parâmetro imprescindível e inafastável para o controle da legalidade e, para além de assegurar a proteção aos direitos fundamentais do empregado público, viabiliza o exercício da ampla defesa e do contraditório pela parte hipossuficiente da relação empregatícia.

Além disso, no Estado Democrático de Direito é preciso demonstrar que a Administração Pública, ao agir, além de visar o interesse público, o fez de modo legal e imparcialmente, recaindo-lhe, inevitavelmente, um ônus argumentativo para justificar a legalidade da respectiva demissão.

Por fim, assenta-se que a garantia da estabilidade não se confunde com o dever de motivar os atos de dispensa dos empregados públicos, que, se assim levados a efeito e concretizada a demissão, a eles farão jus apenas às verbas rescisórias previstas na legislação trabalhista.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Acórdão noREx 589.998-PI, decidindo sobre a necessidade de motivação no ato de dispensa do empregado público. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT e Humberto Pereira Rodrigues. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 mar. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2627681&numeroProcesso=589998&classeProcesso=RE&numeroTema=131>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Agravo Infringente n. 465780-CE. AI 465780 AGR, Relator(a): Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 23/11/2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 23 nov. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur11699/false>. Acesso em: 28 abril 2022.

BRASIL. Agravo Infringente n. 465780-CE, que trata de decisão orientando sobre a não incidência do princípio administrativo da estabilidade à figura do empregado público. s.n. Relator: Min. Joaquim Barbosa. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Brasília, 18 fev. 2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14740133/agregno-agravo-de-instrumento-ai-465780-ce>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988..

BRASIL. Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 17 de nov. 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. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jun. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 set. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm. Acesso em: 16 d nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 5452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 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. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Parecer ARESV/PGR n. 200307/2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE688267_VCMLF.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no REx 589.998-PI, decidindo sobre a necessidade de motivação no ato de dispensa do empregado público. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT e Humberto Pereira Rodrigues. Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 20 mar. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjr241434/false>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb .decl. No recurso extraordinário 589.998 Piauí. Embargante: empresa brasileira de correios e telégrafos - ect. Embargado: Humberto Pereira Rodrigues. Relator: min. Roberto barroso. Decisão em 10 de out. de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 out. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2627681>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Re 688267 RG / CE - repercussão geral no recurso extraordinário. Relator(a): Alexandre de Moraes, tribunal pleno, julgado em 13/12/2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 dez. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral10262/false>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 247 SDI-1, de 20 de junho de 2001, alterada pela Res. n. 143/2007, Publicação: 13/11/2007, que dispõe sobre a impossibilidade de dispensar o empregado público imotivadamente. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 nov. 2007. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_241.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

CARDOSO, Mariana Mendes. **Dispensa do empregado público**: a obrigatoriedade de motivação do ato. Curitiba, 2006. Disponível: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/47252>. Acesso em: 16 mar. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020

CARVALHO, Mateus. **Manual do Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: Juspodvm. 2017.

FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JUSTEN FILHO, Marçal. **urso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. 31.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A APLICAÇÃO DO CRIME DE “ESTUPRO VIRTUAL” FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE SEGUNDO O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Mayelli Guerra¹

Sarajane Rodrigues Candeia²

RESUMO

O presente artigo propõe-se a averiguar a aplicabilidade do crime de estupro virtual no atual ordenamento jurídico brasileiro, sob a ótica do princípio da legalidade. Pretende-se verificar a constitucionalidade das recentes condenações que deram origem ao termo, vez que inexistente frente ao arcabouço penal. Embora o Brasil disponha de legislação sobre crimes cibernéticos, não há adequação típica do estupro cometido em âmbito virtual, resultando em discussões acerca de sua legalidade. O espaço virtual, embora contribua para a propagação instantânea de informações e conexão dos indivíduos, tem se tornado cenário de cometimento de crimes, entre eles os de cunho sexual. Considerando que a sociedade vive em constante mudança e evolução, ascende a necessidade da tipificação clara dos crimes cibernéticos contra a dignidade sexual, de modo que o Estado garanta, efetivamente, a segurança dos usuários. Dessa forma, a pesquisa tem como fito a ponderação entre as condenações por estupro virtual e a proteção do princípio constitucional da legalidade, o qual dispõe que somente será responsabilizada a conduta prevista em lei. Para tanto, o artigo emprega o método hermenêutico de abordagem, por meio da análise doutrinária e jurisprudencial, com ênfase nas primeiras decisões das Cortes brasileiras que utilizaram o termo estupro virtual. Neste contexto, a junção do caráter ilícito da conduta, junto a necessidade de efetiva punição ao agente e segurança à vítima, trará a presente pesquisa uma nova perspectiva sobre sua admissibilidade constitucional.

Palavras-chave: Estupro virtual. Tipificação. Legalidade. Constitucional.

¹ Graduanda do Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mayelli.guerra@hotmail.com

² Mestranda em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp; sarajanerc@yahoo.com

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro tipifica, em seu art. 213, o delito de estupro como crime contra a dignidade sexual, consubstanciado no título VI. Após necessárias alterações, tornou-se prescindível o contato físico entre a vítima e o opressor para a consumação do delito, fato que ensejou recentes condenações por estupro virtual. Embora a atual redação do tipo penal seja abrangente, não há menção quanto à sua prática em ambiente cibernético, e a utilização deste termo provoca discussões sobre a afronta ao princípio constitucional da legalidade.

Considerando o avanço da tecnologia e com ela o aumento da criminalidade sexual, a justiça penal vem carecendo de adequação legal para a punição de tais delitos, no sentido de prestar resposta efetiva e justa às vítimas. Contextualizando a relevância e atualidade do tema, em 2017 houve a primeira condenação por estupro virtual no Brasil, decretada pelo Tribunal de Justiça do Piauí. Em consequência da abertura de precedente, diversos outros estados, como Minas Gerais, por exemplo, passaram a admitir a prática deste delito, punindo os agentes com base na legislação existente.

Em consequência disso, há discussão quanto a constitucionalidade de tais condenações, uma vez que, em tese, vão em contraponto ao princípio da legalidade no direito penal. Este assunto é de grande importância no âmbito científico e social, vez que a junção do caráter ilícito da conduta, com a necessidade de efetiva punição ao agente e segurança à vítima, trará a presente pesquisa uma nova perspectiva sobre sua admissibilidade constitucional.

Nesse contexto, os aplicadores do Direito se deparam com importantes objeções: é possível a condenação do agente pelo crime de estupro previsto no art. 213 do Código Penal? Caso positivo, existe afronta ao princípio constitucional da legalidade? Dessa forma, frente a hesitação dos juristas

entre a aplicação ou não do crime de estupro virtual, substancializa-se a indagação do trabalho.

Quanto à hipótese, considerar-se-á que o crime de estupro virtual, cometido no ciberespaço, poderá ser punido com adequação e interpretação ao art. 213 do Código Penal, cabendo aos aplicadores do Direito a ponderação na análise do caso em concreto, diante da incidência dos requisitos necessários para a tipificação do delito e sua controvérsia com o princípio da legalidade.

O objetivo geral é cooperar com a coletividade científica e com o sistema penal brasileiro, com reflexões e discussões acerca do crime de estupro virtual, conduta ilícita cometida no âmbito digital, amparado na doutrina, legislação e jurisprudência brasileiros.

O trabalho é dividido em três seções; na primeira, faz-se uma contextualização histórica sobre os crimes sexuais ao longo do tempo, com ênfase nas condutas atuais. Na segunda seção, fala-se sobre o crime de estupro e seus elementares, adentrando-se no estupro cometido no meio virtual.

Logo após, na seção três, discorre-se acerca do princípio constitucional da legalidade e suas controvérsias quanto ao crime de estupro virtual. Em seguida, analisa-se os posicionamentos jurisprudenciais, com ênfase nas teses definidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

O presente artigo utilizará o método hermenêutico de abordagem, de modo a analisar o problema de pesquisa considerando o disposto na Constituição Federal, bem como nas legislações infraconstitucionais. A fundamentação será baseada nos posicionamentos doutrinários, nos compilados jurisprudenciais e no ordenamento jurídico atual.

Conclui-se, por fim, que o Estado democrático de direito deve tipificar as novas condutas ilícitas, de modo a garantir a segurança de seus membros. Inobstante, os princípios constitucionais não são absolutos; dessa forma,

cabe ao magistrado, enquanto não houver expressa menção na legislação, arrazoar o caso concreto com a disponibilidade de sanções.

Portanto, segundo o que será evidenciado no decorrer do presente trabalho, poderão ocorrer condenações pelo crime de estupro virtual, ainda que alheio ao arcabouço legislativo, com menção ao art. 213 do Código Penal, enquanto o ordenamento jurídico não o incluir como um fato típico, antijurídico e culpável.

2 CRIMES SEXUAIS NO TEMPO

Os crimes sexuais – ou crimes contra a dignidade sexual – constantemente fazem parte da vida em sociedade, ensejando diversas reprimendas penais, à luz da cultura de cada povo. É evidente que a história vem impregnada de moralismos machistas, os quais impunham aos indivíduos, especialmente às mulheres, padrões medianos e socialmente aceitáveis quanto a sua vida sexual (ESTEFAM, 2009, p. 12).

Desde os tempos remotos, o privilégio biológico do homem – como ser humano mais forte – permitiu-o afirmar-se soberano, enquanto a mulher estava condicionada à figura de posse e desejo, não tendo possibilidade de escolher o próprio destino, seu lugar na sociedade e suas leis (BEAUVOIR, 1970, p. 26). Em consequência, o sexo feminino era submetido a comportamentos voluptuosos e abusivos, como se costumeiros fossem.

Na Idade Antiga, esteio para a construção das civilizações, os crimes contra a dignidade sexual valiam-se da índole da mulher como forma de justificativa para as sanções. O violentador era punido com a própria vida, caso a vítima fosse desposada, ou seja, prometida em casamento (virgem, honesta); na hipótese de ser mulher desonrosa ou “da vida” (não virgem), a pena incidia no pagamento em pecúnia ao genitor, além do casamento como reparação do infortúnio (HUNGRIA, 1981, p. 103).

Com o decorrer dos anos, entre a Idade Média e Moderna, embora a mulher ainda fosse considerada propriedade alheia, alguns preceitos misóginos e ultrapassados foram superados. Entre eles, o espectro do feminino como símbolo de castidade e recato, além da irrelevância quanto às características pessoais da vítima de crimes sexuais (NUCCI, 2021, p. 999). Atualmente, como efeito de incansáveis lutas feministas dentro do panorama democrático mundial, as mulheres conquistaram seu lugar de fala e de direito na sociedade; no Brasil, foi possível mudar a atenção do legislador para a proteção da dignidade humana, ao invés dos bons costumes e moral pública.

Isso porque, após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual tem como premissa a dignidade, tornou-se urgente a necessidade de diminuir a distância entre a realidade cotidiana e os dispositivos legais, de modo que estes sejam eficazes de acordo com as necessidades dos cidadãos (ESTEFAM, 2009, p. 13).

Com amparo nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, o Código Penal brasileiro tutelava, em sua redação original, os crimes sexuais como "crimes contra os costumes". Entretanto, após a modernização do comportamento da coletividade, houve relevante necessidade de evolução da legislação penal, uma vez que não mais se substancializam no seio social os princípios antes considerados éticos no tocante à sexualidade. Nos dias atuais, entende-se que os "bons costumes" ou "moral pública" estão significativamente distantes do comportamento machista e patriarcal (NUCCI, 2021, p. 999).

No ano de 2009, o Título VI da Parte Especial do Código Penal (BRASIL, 1940) sofreu sensível mudança estrutural com o advento da Lei n. 12.015, passando a ser redigido como "crimes contra a dignidade sexual". A alteração foi oportuna e calcada no princípio constitucional da legalidade, porquanto a nova redação do tipo penal buscou adequar-se à primazia da realidade, sem representar atentado à moralidade ou à ética social, vez que ambas são mutáveis (NUCCI, 2021, p. 1002).

Os crimes sexuais também encontram amparo em legislação especial, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) - todas com o mesmo escopo: respeitar e proteger a liberdade e dignidade sexuais dos indivíduos, de ambos os sexos e de todas as faixas etárias, como esfera de ação que somente eles podem atuar, sem imposição de terceiros. Sublinhe-se, à propósito, a busca da aplicação mais adequada da lei ao ideal de justiça, de acordo com a concretude da sociedade (GENTIL; MARCÃO, 2017).

É certo que o progresso da sociedade, proporcionado pela globalização, influenciou a forma de conexão entre as pessoas. O acesso às novas tecnologias de informação resultou na criação de um ambiente virtual, capaz de impactar positiva e negativamente os usuários. Isso porque, considerando a alta incidência de crimes cometidos no mundo físico, agora multiplicam-se com as facilidades decorrentes do mundo digital.

O espaço virtual – ou ciberespaço – é realidade indispensável aos indivíduos, vez que atua como instrumento de transmissão de informação e interconexão mundial, servindo como meio de transformação em todas as esferas da vida social. Após a Revolução Tecnológica, em meados dos anos 60, as tecnologias de comunicação tornaram-se uma nova forma de organização da sociedade, fonte fundamental de produtividade e poder, a depender dos países e de suas culturas (CASTELLS, 2006, p. 43). Considera-se virtual toda e qualquer entidade “desterritorializada”, na qual os indivíduos são capazes de manifestarem-se em diferentes momentos e locais, de modo simultâneo, sem estarem presos a um tempo específico (LÉVY, 1999, p. 94-95).

Imprescindível é perceber que a internet se tornou um direito aos cidadãos, ao passo que hoje as liberdades constitucionais são refletidas a partir dos impactos que as tecnologias produzem no dia a dia. Sua expansão possibilita que os indivíduos exerçam, por meio dela, todo e qualquer tipo de atividade, seja de cunho profissional, educacional, afetivo ou de lazer. O direito à informação está expresso no art. 5º da Carta Magna de 1988

(BRASIL, 1988), atuando como garantia fundamental para o desenvolvimento da sociedade globalizada.

A outro tanto, a tecnologia revela um poder de dimensões inimagináveis para quem dela se utiliza com má intenção. Protegido pela tela, o indivíduo passou a ter maior sensação de liberdade, pois, representado por um usuário anônimo, têm as mesmas condições que os demais, ou seja, todos os usuários estão no mesmo patamar, vez que condição social e aparência, neste meio, são irrelevantes (SYDOW; CASTRO, 2015). A facilidade de enviar, produzir, acessar e apagar em uma fração de segundos dificulta a investigação e punição criminais, resultando na vulnerabilidade do espaço cibernético (CRESPO, 2017).

É neste cenário pós-moderno e amplamente tecnológico em que os criminosos passaram a atuar, especialmente no que diz respeito à satisfação de sua lascívia. Isso pois os crimes cibernéticos são circunspectos, ou seja, podem ser cometidos a qualquer momento e lugar simultâneos, além da incansável modernização dos aparelhos utilizados para sua prática. O crime virtual é considerado "toda ação típica, antijurídica e culpável, cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão" (FERREIRA, 2000, p. 210).

A partir da década de 70, no Brasil, os crimes sexuais cometidos nos meios virtuais foram evoluindo junto às novas formas de relacionamento entre os indivíduos, alastrando-se descoordenadamente. Desde então, a internet exerce papel importante como novo palco para cometimento de antigos crimes, ao passo que provoca atenção dos institutos jurídicos. Segundo dados da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, em 2020 as denúncias por exposições de imagens íntimas nas redes, no Brasil, ocuparam o terceiro lugar no ranking, perdendo apenas para problemas com saúde mental e dados pessoais. De 2017 a 2020, tais denúncias contra crimes sexuais aumentaram 18%, uma porcentagem significativa em nível nacional (SAFERNET, 2020).

Uma das condutas mais manifestas é conhecida como "*revenge porn*", ou pornografia de vingança, a qual consiste na exposição, por meio das redes sociais, de conteúdo privado da vítima, com quem o opressor manteve relacionamento afetivo. Embora a captura de imagens ou vídeos possa ter sido consentida, o compartilhamento ocorre contra sua aceitação, com o objetivo de humilhá-la perante a sociedade, causando profundo temor.

No ano de 2018, foi incluído no Código Penal o art. 218-C, regulamentando e criminalizando a conduta ilícita da pornografia de vingança, *in verbis*:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. (BRASIL, 1940).

Outro delito que vem ganhando destaque nas redes é a "sextorsão", em que o agente constrange a vítima, utilizando imagens ou vídeos de conteúdo erótico que a envolvem. O opressor, por meio de grave ameaça, promete divulgá-lo caso a vítima não ceda às suas exigências que, na maioria dos casos, são vantagens econômicas indevidas (CUNHA, 2016, p. 458). O neologismo nasce da junção das palavras "sexo" e "extorsão", utilizado por meio de uma relação de poder para a obtenção de favores. Tal como na pornografia de vingança, o agente é, geralmente, ex-companheiro da vítima ou alguém que com ela tenha relação de superioridade (SYDOW; CASTRO, 2015).

Na sextorsão, a vítima é constrangida a ter relações sexuais com alguém, entregar-lhe mais imagens pornográficas, dinheiro ou outra exigência, sempre sob a ameaça de divulgação das imagens originais caso ela não o faça. Tal prática pode ser enquadrada em diversos tipos penais, a depender da vantagem exigida pelo agente; quando demandar valor patrimonial, encaixa-se no art. 158 do Código Penal, que trata da extorsão em sentido próprio. Quando envolver mais favores de cunho sexual, caracteriza o crime de estupro virtual, aplicando-se à conduta a tipificação constante no art. 213, do Código Penal, foco do presente artigo (CUNHA, 2016, p. 459).

Sobreleva mencionar que as modalidades supracitadas são consideradas, sem exceções, como crimes formais. Portanto, não se exige o efetivo resultado, bastando, para fins de consumação, o constrangimento da vítima, realizado no momento da ameaça, seja física ou psicológica.

A ausência de adequação típica no atual arcabouço jurídico brasileiro, que traduza estas novas modalidades de crimes na letra expressa da lei, gera grande insegurança jurídica na internet. Utiliza-se, por analogia, os artigos supracitados, a depender do entendimento de cada magistrado, bem como a Lei n. 12.737/2012 (BRASIL, 2012), conhecida por “Lei Carolina Dieckmann”, a qual prevê exclusivamente a punição da invasão às redes sociais da vítima e o posterior compartilhamento de conteúdo privado (SIDOW; CASTRO, 2015). Não obstante, a Lei n. 12.965/2014 (BRASIL, 2014), intitulada como “Marco Civil da Internet”, estabelece direitos e deveres para os usuários das redes no Brasil, sendo utilizada também no combate aos crimes cibernéticos, em face às lacunas existentes.

A segurança informática necessita de urgente proteção, considerada como bem jurídico-penal de natureza difusa, uma vez que sua afetação pode trazer prejuízos a toda coletividade, à medida em que os riscos amedrontam os seus usuários (SYDOW, 2009). A justiça penal deve adequar-se a essa nova realidade, no sentido de prestar resposta efetiva às vítimas quando da ofensa de sua dignidade sexual.

Isto posto, dentre o conjunto de delitos considerados como sexuais, esta pesquisa limitar-se-á em analisar apenas o estupro, previsto no art. 213 do Código Penal. Junto às elementares do tipo penal, será realizada correlação à evolução da tecnologia, o que culminou na existência do estupro virtual.

3 ESTUPRO COMETIDO NO MEIO VIRTUAL

Esclarecido o conceito de crimes sexuais, sua evolução histórica e a incidência da tecnologia como meio para cometimento de ilícitos, este item dedica-se a explorar o delito de estupro e sua relação direta com o mundo digital.

O *nomem juris* estupro vem de *stuprum*, do direito romano, considerado como aquilo que inclui todas as relações carnavais (GRECO, 2011, p. 455). O crime está previsto no art. 213 do Código Penal, *in verbis*: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (BRASIL, 1940).

Tal redação sofreu alterações com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009 (BRASIL, 2009), seguindo a tendência europeia, passando a abranger diversas condutas que, outrora, não se enquadravam na acepção originária do crime. Inicialmente, resguardava apenas a liberdade sexual da mulher, de modo a não ser obrigada a manter conjunção carnal contra sua vontade. A liberdade sexual do homem nunca foi o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, até as mudanças introduzidas em 2009, porquanto a hipótese de uma mulher constrangê-lo ao ato era incabível à década de 40.

Em sentido amplo, a nova epígrafe do delito, como crime comum, tem como escopo proteger a liberdade e dignidade sexuais de todos os indivíduos, para que possam exercer o direito de dispor sobre o próprio corpo e suas relações (GRECO, 2019, p. 444). A inviolabilidade carnal deve ser respeitada inclusive pelo cônjuge, uma vez que inúmeras mulheres eram

– e ainda são – submetidas a práticas sexuais contra sua vontade, em razão de serem consideradas propriedades de seus parceiros (BITENCOURT, 2020, p. 50), porque a cópula *intra matrimonium* era considerada recíproco dever dos cônjuges (HUNGRIA, 1981, p. 114-115).

Uma das mudanças mais relevantes foi a junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor como um único tipo penal. Este último, antes previsto no art. 214 do Código Penal, caracterizava-se por, *in verbis*: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal” (BRASIL, 1940). De toda sorte, após o advento da Lei n. 12.015/2009 (BRASIL, 2009), o crime de estupro não é mais caracterizado apenas pela conjunção carnal entre homem e mulher; tal entendimento foi superado entre a maioria dos doutrinadores, ainda que tardiamente, incluindo a prática de qualquer outro ato libidinoso cometido de maneira forçada ou não consensual, sem a exigência de um sujeito ativo em específico.

Em observância a redação atual do delito, entendem-se que os elementos objetivos do tipo penal consistem em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, enquanto o elemento subjetivo é, unicamente, o dolo, ou seja, a intenção de praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, com a finalidade de satisfação da lascívia (GRECO, 2019, p. 441).

Como constrangimento, tem-se por pressuposto obrigar alguém a fazer – ou deixar de fazer – algo que não deseje. O ofendido deve deixar claro o seu não consentimento (JESUS, 2020, p. 99). Não é necessária uma resistência heroica, a ponto de colocar em risco a própria vida; não se deve entender por adesão quando a vítima, vencida pela exaustão, medo ou trauma psíquico, desistir de si mesma (HUNGRIA, 1981, p. 107). Entrementes, no momento em que há dissenso detectável e dentro dos limites da

razoabilidade contra ao ato pretense pelo agente, e este faz uso de violência, seja física ou psicológica, há constrangimento (NUCCI, 2021, p. 1010).

Junto ao constrangimento ilegal, há o emprego de violência ou grave ameaça. A violência, por seu turno, pode ser tanto física quanto moral; a primeira, *vis corporalis*, consiste em força material contra a própria vítima, como chutes, socos, puxões, ou seja, qualquer ato capaz de impedir a sua resistência, tolhendo-lhe o movimento corpóreo (JESUS, 2020, p. 103). É possível que o autor se valha de qualquer instrumento para praticá-la e, inclusive, a violência pode ser empregada de forma mediata, ou seja, contra alguém que o ofendido esteja emocionalmente ligado (BITENCOURT, 2020, p. 54-55).

A violência moral, ou *vis compulsiva*, consiste na própria ameaça, em que o opressor pressagia mal grave e realizável, ao ponto de a vítima dispor a liberdade e dignidade do próprio corpo. Ela representa um impasse psíquico à atuação da livre vontade, tão eficiente quanto a violência física (HUNGRIA, 1981, p. 109). O infortúnio prenunciado deve ser futuro, imediato e determinado, capaz de surtir efeito coativo e intimidador, sendo relevante e desprezível psicologicamente, ainda maior do que a própria violação sexual (BITENCOURT, 2020, p. 55).

Vale ressaltar que é irrelevante o grau de magnitude da ameaça, conquanto seja consideravelmente grave de acordo com a capacidade de resistência da vítima (MIRABETE; FABRINI, 2021, p. 444). Isso significa que se deve levar em consideração a realidade cultural do ofendido, analisando a promessa objetiva e subjetivamente, vez que cada um possui sua própria perspectiva de ameaça (NUCCI, 2021, p. 1010-1011).

O autor, na maioria esmagadora dos casos, faz parte do ciclo de convivência da vítima, portanto utiliza-se de pretextos que sabe lhe serem de expressiva importância, atingindo o efeito moral desejado. Não obstante, a ameaça pode ocorrer por meio de gestos, palavras, ações ou qualquer outro meio capaz de intimidar (BITENCOURT, 2020, p. 54).

A conjunção carnal, na acepção restrita do termo, consiste na relação entre homem e mulher, com a introdução do órgão sexual masculino na cópula vaginal feminina. Não estão compreendidos neste elemento o coito anal e oral, porquanto refere-se apenas às vias comuns – *secundum naturam* – (HUNGRIA, 1981, p. 106). Para sua configuração, não é relevante a ejaculação do homem, ou o rompimento do hímen na hipótese de a vítima ser virgem; basta a penetração, seja completa ou incompleta (NUCCI, 2021, p. 1007).

Considerando a absorção do anterior crime de atentado violento ao pudor pelo delito de estupro, tem-se outro elemento importante: o ato libidinoso. Tal expressão é extremamente ampla, abrangendo tudo aquilo que a conjunção carnal restringe. Por libidinagem entende-se a conduta lasciva, voluptuosa, que objetiva a satisfação sexual; para tanto, não é necessário o contato físico entre o autor e a vítima (LIMA, 2016, p. 44). Neste contexto estão inseridos o coito anal, oral, a introdução de dedos ou objetos nas partes íntimas da vítima, a masturbação, ou seja, todo ato fundado na obtenção do prazer sexual do agente.

No que diz respeito ao beijo lascivo, embora exista divergência doutrinária, entende-se por libidinoso quando há introdução da língua, com evidente descarga de apetite sexual (HUNGRIA, 1981, p. 105-106). Impende destacar a desnecessidade do ofendido em ter consciência da libidinagem; basta que o fato agrida o homem de moralidade média, independentemente do entendimento fisiopsicológico da vítima (JESUS, 2020, p. 101).

No tocante ao núcleo do tipo penal, verificam-se duas possibilidades de atingi-lo: a vítima praticar, ou permitir que com ela se pratique a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Na primeira hipótese, a vítima é quem age, de forma direta, constrangida pelo emprego de violência ou grave ameaça; um exemplo é a automasturbação, na qual o ofensor ocupa a figura passiva em apenas visualizar, sem manter contato físico.

O verbo permitir remete à inércia do ofendido que, compelido pelo agressor, se submete aos atos sexuais por ele empregados. Como se pode verificar, é incontroversa a desnecessidade de contato físico entre autor e vítima, tema já pacificado pela decisão unânime da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2016 (BRASIL, 2016); entretanto, inexistente crime sem a participação material desta, ou seja, é necessária alguma ação por parte do ofendido, seja ativa ou passiva, em relação ao seu próprio corpo (JESUS, 2020, p. 101-102).

O único elemento subjetivo do crime é o dolo, caracterizado como específico, vez que a prática do núcleo do tipo visa um objetivo especial, ou seja, a satisfação da lascívia, por meio da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. Não se admite a modalidade culposa, porquanto o dolo, fenômeno puramente psicológico, é composto por dois elementos: a consciência e a vontade de praticar o crime, o qual estará consumado no momento do constrangimento, em razão de sua natureza formal (CAPEZ, 2020, p. 218).

Com o advento das novas tecnologias, o crime de estupro adquiriu outras formas de consumação. Em razão da conexão virtual entre os indivíduos, os criminosos passaram a aproveitar este cenário para satisfazerem sua lascívia, muitas vezes anonimamente, mediante ameaça às suas vítimas.

O termo estupro virtual surgiu como consequência das novas formas de superexposição da vida privada dos indivíduos, que passaram a utilizar os meios tecnológicos para relacionarem-se uns com os outros, especialmente em tempos de isolamento social. Por meio das telas, é possível compartilhar sentimentos, fotografias, localizações e intimidades, seja para diminuir a distância entre amigos e familiares, seja apenas para ganhar *likes* e visualizações.

Cada vez mais, o ser humano necessita divulgar seu dia a dia na internet como forma de aprovação social. Contudo, é com a mesma facilidade e rapidez que materiais indesejados caem nas redes, atingindo proporções

que podem ser devastadoras psicológica e emocionalmente aos usuários. Além disso, os aparelhos eletrônicos são suscetíveis de invasão por hackers, colocando em risco a privacidade e segurança por meio de poucos segundos.

Caracterizado por uma modalidade de sextorsão, o estupro virtual consiste na ameaça do agente, que detém a posse de material de cunho sexual da vítima, em divulgá-lo, se esta não satisfizer suas exigências, as quais se restringem a novos conteúdos lascivos. Estão presentes os elementos objetivos e subjetivos do crime de estupro, consubstanciado no art. 213 do Código Penal; entretanto, o ato é cometido em ambiente virtual.

Como sujeito ativo, não se exige critério específico, podendo figurar qualquer indivíduo. Na grande maioria dos casos, é pessoa conhecida da vítima, com quem manteve relacionamento amoroso; em razão da intimidade, o ofensor possui acesso a fotos ou vídeos privados da vítima, quando ele mesmo não o produz, com ou sem permissão. Em hipóteses menos comuns, o agente, que não faz parte do ciclo social da vítima, invade seus aparelhos eletrônicos, obtendo conteúdo íntimo de maneira ilícita. Da mesma forma, pode figurar como sujeito passivo do crime qualquer pessoa.

Na posse do material privado, o agente constrange a vítima, por meio de grave ameaça; aqui, tem-se a violência moral, cometida por meio da internet, considerando que nesta modalidade de crime não há contato físico entre opressor e ofendido. Para tanto, o criminoso pode utilizar-se de um perfil anônimo, dificultando a sua identificação; ato contínuo, entra em contato com o alvo pelas redes sociais, momento no qual o constrange, ameaçando divulgar o conteúdo íntimo na internet, caso suas exigências não sejam cumpridas.

Embora distante fisicamente da vítima, o criminoso a constrange, tolhendo-lhe a liberdade de pensar e agir por si mesma. A ameaça grave e possível atinge psicologicamente o ofendido, a ponto de submeter-se às imposições do violador, enviando-lhe mais conteúdo íntimo. A promessa pode consistir na divulgação do material, expondo sua intimidade, ou

qualquer outra circunstância que a amedronte. Em casos semelhantes, têm-se o exemplo utilizado pelo doutrinador Masson (2021, p. 13):

Pensemos na situação em que o sujeito, apontando uma arma de fogo para a cabeça do filho de uma mulher, exige que esta, em outra cidade, se auto masturbe à frente da câmera do celular. Estão presentes as elementares típicas do art. 213, caput, do Código Penal: houve constrangimento da mulher, mediante grave ameaça, a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, razão pela qual ao agente deverá ser imputado o crime de estupro.

O termo surgiu no Brasil no ano de 2017, quando o magistrado Luiz de Moura, do Estado do Piauí, condenou um indivíduo a pena de prisão, após constranger sua ex-companheira, anonimamente, por meio da rede social *Facebook*, a enviar-lhe um vídeo íntimo, sob a grave ameaça de divulgar uma fotografia da vítima nua, que havia tirado quando da constância do relacionamento. Após a instrução processual, o juiz entendeu, em harmonia com a doutrina atual, tratar-se de crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, cometido em âmbito virtual (SILVA, 2017).

Em decorrência de tal decisão inédita, ascenderam-se diversas discussões, uma vez que a legislação é silente quanto a conduta que motivou a primeira condenação. Como justificativa, adotou-se a tese de que o estupro é real, apenas praticado por um novo *modus operandi*, o ambiente virtual (MEIRELES, 2017). Isso porque as consequências decorrentes da violência afetam, da mesma forma que o estupro físico, a esfera íntima da vítima, que sofre grande abalo psicológico e emocional, inclusive responsáveis por grandes taxas de suicídio em contexto mundial.

Em razão da ampliação proporcionada pela Lei n. 12.015/2009, há defensores do *decisum* prolatado pelo magistrado do Piauí. Entretanto, o

Delegado Geral de Polícia Civil de Minas Gerais aposentado, Jeferson Pereira Botelho, opõe-se à tese, sob argumento da ofensa ao princípio da legalidade:

Defender a existência de prática de crime de estupro virtual como no caso concreto de Piauí, não obstante, o respeito por posições em contrário, acredito que seria o mesmo que utilizar-se do direito penal como soldado na linha de frente e não soldado de reserva. Seria a mais frontal violência ao princípio da legalidade, em especial, agressão à função legislativa. A meu sentir, aqui o Poder Judiciário estaria se arvorado de suas funções de dizer o direito para criar tipos penais onde a lei não previu, uma forma de ativismo judicial perigoso e prospectivo, a ameaçar gravemente o estado de direito, mesmo porque aprendemos no interior que o sapateiro não vai além das sandálias. (BOTELHO, 2017).

A nova redação do delito de estupro possibilitou diversas interpretações extensivas, abrindo caminho para precedentes, como do estupro virtual. O argumento de que se trata apenas de um novo modo de execução, e não um novo crime, encontra respaldo nas elementares do art. 213 do Código Penal; todas estão preenchidas, com foco no constrangimento pela violência moral, considerando a inexistência de contato físico. Os atos praticados pela vítima, embora transmitidos pela rede social, são físicos, vez que é oprimida a agir em si mesma.

A outro tanto, há que se ponderar que a legislação brasileira pouco regulamenta os crimes cometidos no ciberespaço, em que pese sejam frequentes. Em observância ao princípio constitucional da legalidade, os aplicadores do direito devem cumprir o que diz, expressamente, o texto da lei. A interpretação extensiva viabiliza excepcionalidades, ao passo que ofende a segurança jurídica e o estado de direito.

Em que pese o estupro virtual seja considerado novidade no Brasil, em outros países é observado há tempos. No ano de 2009, uma cidadã americana

recebeu um e-mail com o assunto intitulado “leia e seja inteligente”. No conteúdo da mensagem haviam fotos da vítima sexualmente explícitas, além de seu endereço de trabalho e informações sobre sua família. O invasor exigiu que a vítima enviasse mais conteúdo pornográfico, no prazo de vinte e quatro horas; caso contrário, ou na hipótese de ela contatar a polícia, ele publicaria o material na internet.

As autoridades policiais americanas, quando da investigação, descobriram que o cibercriminoso atingiu outras 230 vítimas, dentre vários países do mundo. Em decorrência do sistema jurídico adotado pelos Estados Unidos, qual seja o *common law*, não há tipificação deste crime na legislação penal, sendo chamado coloquialmente por *sextorsion*; no caso em específico, o agressor foi condenado a seis anos de prisão, pelos delitos de invasão de computador e escuta telefônica (WITTES et al., 2016).

É evidente que a engenhosidade dos criminosos evolui em decorrência das facilidades da tecnologia. A outro tanto, as equipes de investigação dispõem, mediante preparo, de novas formas e instrumentos para obtenção de provas. Aliados ao judiciário, os agentes policiais podem acessar o endereço IP (Internet Protocol) dos usuários, identificando a rede que o opressor utiliza, além de inúmeras outras alternativas existentes na segurança informática.

A intenção é que, conseqüentemente, as vítimas possam sentir mais confiança e proteção quando efetivarem as denúncias, porquanto poderão ter conjunto probatório mais robusto, de modo a afastar possíveis dúvidas quanto a veracidade dos fatos por elas alegados. De toda sorte, nesses casos a materialidade possui maior valor probatório do que apenas a palavra da vítima, devido às técnicas de investigação que possibilitam acesso às conversas e localizações em tempo real.

A utilização do termo estupro virtual ocasionou intenso debate quanto à ofensa ao princípio constitucional da legalidade. Isso porque, a premissa básica do direito penal é a impossibilidade de condenação por crime que

não esteja previsto no compilado legal. O próximo capítulo busca entender a conexão do direito penal ao constitucional, sopesando a autonomia do magistrado e a observância das normas.

4 O ESTUPRO VIRTUAL, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Superados o contexto e o surgimento do estupro virtual, passa-se a averiguar sua relação com o princípio constitucional da legalidade. A Constituição democrática brasileira de 1988, inspirada na Revolução Francesa e nos ideais iluministas, estruturou em seu ordenamento que todo o direito deve expressar-se por meio de leis. Neste contexto pós-monárquico, o legislador empenhou-se na formação do Estado de Direito, similar ao modelo inglês da *Rule Of Law*, no qual impera o governo das leis e não mais o governo dos homens (MENDES; BRANCO, 2017, p. 761).

Contrapondo-se às liberdades individuais, sobrevém o princípio da legalidade ou da reserva legal, basilar no direito brasileiro. Historicamente, possui raiz na Carta Magna Inglesa de 1215, a qual dispunha que nenhum homem poderia ser preso ou privado de sua propriedade sem o julgamento de seus pares ou pela lei da terra (NUCCI, 2015, p. 82).

Foi com a Declaração dos Direitos do Homem, na Revolução Francesa, que o princípio ganhou força, passando a ser recepcionado pelas constituições dos demais Estados democráticos (JESUS, 2011, p. 105). A Constituição brasileira incorporou essa noção de que somente em razão de lei pode-se responsabilizar os indivíduos, tornando-a explícita em seu art. 5º, inciso II. O princípio da legalidade afasta o poder autoritário e individualista dos governantes, submetendo-os à soberania do povo por intermédio da lei (MENDES; BRANCO, 2017, p. 757).

O Código Penal dispõe, em seu art. 1º, que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940). Tal

redação, idêntica ao inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, remonta à expressão utilizada pelo filósofo alemão Ludwig Andreas Feuerbach (século XIX): “nullum crimen nulla poena sine lege”. Isso significa que, em sentido estrito, somente pode ser considerado crime determinada conduta que esteja tipificada em lei anterior ao seu cometimento. Engloba-se, aqui, o princípio da anterioridade, no qual a regra penal incriminadora deve ser constituída antes da conduta subjetiva praticada (MORAES, 2020, p. 136).

A tipicidade é a exata adequação de determinada situação cotidiana à redação geral do fato criminoso; por isso, o legislador deve ater-se a realidade quando da elaboração da legislação abstrata (NUCCI, 2015, p. 82-83). Em outras palavras, o tipo penal deve ser vinculado ao mundo da vida, ou seja, ao dinamismo social de cada época, sob pena de tornar-se apenas um espectro punitivo (ROSA, 2013, p. 35-36).

O escopo do princípio da legalidade é garantir segurança jurídica à sociedade, com a limitação do poder do Estado face às liberdades constitucionais. Isso porque a correlação entre legalidade e liberdade foi destacada pelo legislador brasileiro, ao afirmar que as condutas não tipificadas como crime são consideradas legais (ou atípicas), portanto, não passíveis de punição.

Em matéria penal há maior relevância, em razão da existência das sanções; não basta que o crime esteja previsto em lei, de forma clara e estrita, é necessário que esta seja anterior ao fato delituoso, evitando a vontade discricionária do julgador (CUNHA, 2019, p. 94). Não é facultado ao Estado criar punições por analogia, vez que seu exercício de poder é condicionado e inflexível, conforme as regras do jogo democrático constitucional, devendo agir somente quando expressamente autorizado (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 48).

É neste ínterim que irrompe o debate sobre a legalidade da condenação por estupro virtual, crime alheio à legislação penal brasileira. De um lado, há a real ocorrência do fato, considerando o aumento do uso das redes sociais nos tempos atuais; de outro, não há legislação adequada que preveja

o estupro cometido no espaço cibernético, de forma clara e estrita. Uma conduta, para não ferir o princípio da legalidade, deve estar tipificada em lei.

Como um membro da sociedade, o juiz não pode sujeitar outro indivíduo a uma pena inexistente; ao ser mais rigoroso que a lei, estará praticando injustiça, acrescentando uma reprimenda mais gravosa que a já instituída (BECCARIA, 1999, p. 10-11). A lacuna penal ocorre porque a lei não é ajustada conforme a evolução social, a qual exige constantes mudanças em sua estrutura; inovar, criando condutas criminosas não tipificadas por lei, é um retrocesso ao modelo repressor de Estado Absoluto, há muito já superado pela democracia (BOTELHO, 2017).

Foi sob este viés que surgiu a Convenção de Budapeste (BUDAPESTE, 2001). Os Estados Europeus e demais signatários uniram-se e formularam um mandamento internacional de apoio ao combate aos crimes virtuais no ambiente globalizado, definindo as condutas criminosas e as sanções aplicáveis, por meio de estratégias conjuntas entre seus países membros.

Como alternativa para evitar a condenação inadequada ou deixar de punir criminosos no ciberespaço, a Câmara dos Deputados aprovou, em outubro de 2021, a adesão do Brasil à Convenção. Conforme o entendimento da Procuradora da República e coordenadora do Grupo de Apoio sobre Criminalidade Cibernética, Fernanda Teixeira Souza Domingos (DOMINGOS, 2021), "a adesão à Convenção de Budapeste não pode ser mais adiada e revela-se medida necessária e urgente a fim de possibilitar que o Brasil faça frente a essas ameaças cibernéticas da atualidade". A matéria será enviada para apreciação do Senado Federal.

Inobstante, os princípios constitucionais não são absolutos. Tanto é verdade que os magistrados devem equilibrar a aplicação da lei de acordo com o caso em concreto. Após a compreensão das divergências acerca do estupro virtual e do princípio da legalidade, passa-se à análise das decisões judiciais.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento, por meio do Habeas Corpus n. 70.976-2016 (BRASIL, 2016), sobre a desnecessidade de contato físico entre agressor e vítima no crime de estupro, vez que não é a única forma de ofensa à dignidade sexual. O Ministro relator, Joel Ilan Paciornik, sustentou que “a contemplação da lascívia configura ato libidinoso previsto no art. 213 do Código Penal sendo irrelevante, para a consumação do delito, o contato físico entre ofensor e ofendido”.

Em consequência da referida tese firmada pelo STJ, houve a primeira condenação por estupro virtual no Brasil, em 2017, na cidade de Teresina, Piauí. Após denúncia da vítima, a qual foi compelida a enviar conteúdo privado sob ameaça de divulgação, a Central de Inquéritos de Teresina ordenou que a rede social *Facebook* fornecesse as informações e localização do agressor; com a posse do material solicitado, foi possível identificá-lo e decretar sua prisão. Nas palavras do Delegado Daniel Silva, responsável pela investigação:

Embora no caso não ocorresse contato físico entre a vítima e o agente, esta foi constrangida a praticar o ato libidinoso em si mesma. Nessa situação, o juiz Luiz de Moura, em sintonia com a doutrina, entendeu que houve a prática do crime de “estupro virtual” perpetrado em autoria mediata ou indireta, pois a ofendida, mediante coação moral irresistível, foi obrigada a realizar o ato executório como longa manus do agente. A decisão é inédita no país e vem para consolidar a ideia de que a internet não é terra de ninguém, visando acabar com as práticas daqueles que se escondem no anonimato da internet para o cometimento de crimes, além de servir de alerta para que novas vítimas, sofrendo abusos parecidos, compareçam às Delegacias de Polícia para denunciar. (SILVA, 2017).

A segunda condenação pelo mesmo crime registrada no país ocorreu em Carmo do Paraíba, Minas Gerais, ainda no ano de 2017. Um jovem foi

acusado de constranger inúmeras vítimas, entre 16 e 24 anos, por meio das redes sociais, a enviarem-lhe fotos e conteúdos sexuais, sob pena de morte. O Ministério Público responsável pela acusação indicou a prática de diversos crimes, entre eles o estupro virtual. Entretanto, o magistrado procedeu a desclassificação desta conduta específica, em razão da atenção ao princípio da legalidade, que determina que a lei penal deve ser prévia e escrita. Na oportunidade, o juiz entendeu que a conduta melhor se amolda no art. 241-D da Lei n. 8.069/1990.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou, no ano de 2008, a criminalização de condutas sexuais praticadas em âmbito virtual. O art. 241-D da referida lei dispõe, *in verbis*: "aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso [...]" (BRASIL, 1990). A necessidade de tipificação exsurgiu face a quantidade de crimes contra a dignidade sexual dos vulneráveis, que carecem de proteção Estatal.

Segundo este raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça negou Habeas Corpus em favor de um homem de 33 anos de idade, condenado por estupro virtual de vulnerável. Segundo o relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, os fatos praticados pelo criminoso por meio telemático, contra a vítima de apenas nove anos de idade, forçada a praticar atos libidinosos em si mesma, caracteriza o verdadeiro estupro virtual (BRASIL, 2021).

Em semelhante decisão proferida pelo relator (BRASIL, 2020a), apurou-se que a vítima, de dezessete anos, trocou com o acusado imagens íntimas pelo aplicativo de comunicação *SnapChat*, oportunidade na qual teve suas fotos hackeadas pelo agressor. Com o material em seu acervo, passou a ameaçar a menor a ter relações sexuais, sob pena de ter sua intimidade exposta nas redes.

A defesa do acusado insistiu no trancamento da ação penal, sob argumento de que a denúncia de estupro virtual é "surreal", vez que atípica frente ao arcabouço legislativo. Contrapondo-se, o relator sustentou que

diante dos novos meios de abuso sexual que a tecnologia possibilita, junto ao fato de o crime de estupro ser complexo em sentido amplo, estão presentes as exigências para caracterização do crime previsto no art. 213, §1º do Código Penal.

Em 2018, mais um criminoso cibernético atingiu a dignidade sexual de inúmeras mulheres. Extrai-se do Recurso em Habeas Corpus n. 91.792 – Distrito Federal (BRASIL, 2018) que o condenado possuía mais de nove mil arquivos de mulheres e meninas nuas e praticando atos sexuais. Utilizava-se dos aplicativos de comunicação em rede para atrair as vítimas, como *SnapChat* e *Tinder*, passando-se por mulher, a fim de conseguir imagens íntimas. Consta da decisão que motivou a prisão temporária do agente:

Após adquirir a confiança dessas mulheres, elas se despiam em frente às câmeras e praticavam atos sexuais, os quais ele capturava de sua webcam. Em 2014, disse que usando os nomes de GABRIELLE, GABRIELE, GABRIELA ou JULIA conseguiu que várias mulheres lhe enviassem vídeos e imagens pornográficas. Entretanto, a partir de 2016, passou a fazer exigências a essas mulheres, sobretudo daquelas que lhes encaminhavam as imagens de seus rostos. Estas exigências seriam vídeos pornográficos, conforme sua orientação, inclusive exigindo a introdução de objetos no ânus e na cavidade vaginal. (BRASIL, 2018).

O Ministro relator, Antonio Saldanha Palheiro, manteve a condenação proferida em primeira instância, atentando ao argumento de que existiam indícios de materialidade e autoria dos crimes de ameaça, estupro virtual e tentativa de extorsão, negando provimento da revogação da custódia cautelar do acusado.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua vez, em casos análogos, vem aplicando o crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, junto ao crime de extorsão, disposto no art. 158 do mesmo diploma

legal. Entende-se que a exigência de mais favores sexuais, sob pena de divulgação do conteúdo íntimo na internet, caracteriza a vantagem indevida de que trata o delito de extorsão:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E O PATRIMÔNIO. ESTUPRO E TENTATIVA DE EXTORSÃO (CP, ART. 213, CAPUT, E ART. 158, CAPUT, C/C ART. 14, II) SENTENÇA CONDENATÓRIA [...] CRIME DE EXTORSÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA EM RAZÃO DA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE. DESPROVIMENTO. **PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS. AGENTE QUE CONFESSOU TER FEITO LIGAÇÕES PARA A VÍTIMA NO DIA DO CRIME E ASSUMIU TER POSTADO AS IMAGENS ÍNTIMAS DA VÍTIMA NA INTERNET. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.** - Não há falar em ausência de comprovação da materialidade delitiva quando há, nos autos, elementos suficientes para assegurar que o agente exigiu a vantagem indevida por meio de ligações telefônicas e, frente à sua recusa, divulgou fotos íntimas da vítima em sites na internet [...]. SENTENÇA MANTIDA. - Recurso conhecido e desprovido. (SANTA CATARINA, 2020, grifo nosso).

Foi neste cenário que o Deputado Lucas Redecker apresentou o Projeto de Lei n. 3.628 de 2020 (BRASIL, 2020b), visando aumentar as penas do crime de estupro de vulnerável e tipificar o crime de estupro virtual de vulnerável. A proposta pretende inserir no Código Penal o art. 217-B, *in verbis*:

Estupro virtual de vulnerável

Art. 217-B. Assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, menor de 14 (catorze) anos a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por

enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. (BRASIL, 2020b).

Como fundamento, argumenta-se que, embora já existam decisões jurisprudenciais equiparando o estupro virtual ao real, alguns juristas e doutrinadores, como Jeferson Pereira Botelho, ainda demonstram resistência em razão do princípio da legalidade que norteia o direito penal, conforme já mencionado anteriormente. A tipificação proporcionará mais segurança jurídica, ao passo que observará a proporcionalidade das penas para cada tipo penal (BRASIL, 2020b, p. 3). O projeto de lei atualmente está sujeito à aprovação em plenário.

De toda sorte, as Cortes brasileiras vêm, em sua maioria, posicionando-se pela aplicabilidade do crime de estupro virtual, com escopo legislativo no art. 213 do Código Penal (BRASIL, 1940) e no art. 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Em que pese analogicamente, o Estado busca fundamentos para criminalizar esta recente conduta, demasiadamente reprovável e passível de punição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade sexual dos indivíduos é um bem jurídico que deve ser tutelado pelo Estado, independentemente do período histórico em que esteja inserida. A legislação brasileira prevê, por meio do Código Penal, um compilado de condutas consideradas ilícitas no tocante à sexualidade e, do mesmo modo, existem leis especiais que coadunam ao mesmo objetivo.

O Estado democrático de direito é consectário do positivismo; isso significa que as leis devem estar codificadas de modo claro e preciso, característica decorrente da teoria *civil law*, também adotada pelo Brasil. A Constituição Federal reforça essa premissa com a incidência do princípio da legalidade, ou da reserva legal. Tal princípio foi incorporado pelo Código

Penal, garantindo que um indivíduo somente poderá ser responsabilizado por crime já previsto na legislação.

Considerando que os avanços tecnológicos modificaram o cenário de relações entre as pessoas, em razão das facilidades existentes, a criminalidade também adotou essa nova roupagem. Favorecido pelo anonimato, o agente criminoso pode cometer diversos ilícitos, inclusive os de cunho sexual.

Neste cenário surgiu o termo estupro virtual, em que o opressor constrange a vítima a cometer atos libidinosos em si mesma, por meio de webcam, sob pena de sofrer mal injusto e grave. Ocorre que não há previsão legal desta modalidade de estupro no atual ordenamento jurídico, ensejando diversas críticas por parte de doutrinadores e juristas, em razão da supremacia do princípio constitucional da legalidade.

Por um lado, entende-se que a utilização do termo estupro virtual ofende o princípio da legalidade e a função legislativa, vez que não está inserido no ordenamento jurídico, de modo que somente o legislador detém a autoridade para instituir crimes, representando os interesses da sociedade (BECCARIA, 1999, p. 10).

A outro tanto, faz-se necessária a tipificação das condutas sexuais cometidas no espaço virtual, sem obscuridades para a interpretação do julgador, possibilitando maior segurança aos indivíduos que, diariamente, deparam-se com fatos inovadores à mercê da impunidade. Além disso, a codificação de tais crimes propiciará a ação legítima dos órgãos governamentais ao executá-la.

Em que pese haja ofensa ao princípio constitucional da legalidade, é necessário que o Estado preste resposta efetiva às vítimas dos crimes cometidos no espaço cibernético, além de proporcionar capacitação técnica aos operadores do direito no que diz respeito à inovação na investigação e obtenção de provas. Enquanto não houver clara incorporação do estupro virtual como modalidade criminosa, cabe ao magistrado utilizar os

precedentes jurisprudenciais para responsabilizar o opressor, afastando a sensação de impunidade aos ilícitos cometidos na internet.

Por fim, entende-se urgente e necessária a instituição do crime de estupro virtual no arcabouço legislativo, com sanção proporcional à conduta praticada. Isso porque, ao tratar de dignidade sexual, a legislação deve ser precisa e taxativa. Entretanto, enquanto perdurarem as lacunas existentes, considera-se possível a condenação por estupro virtual em analogia ao art. 213 do Código Penal (BRASIL, 1940), sem ofensa ao princípio da legalidade, porquanto o ato ilícito não deixa de causar extremo constrangimento à vítima, assim como na ocorrência do estupro físico.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4. ed. Tradução: Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial (Arts. 213 a 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553617067/pageid/50>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BOTELHO, Jeferson Pereira. Estupro Virtual: Sextorsão, ativismo judicial e cabotismo midiático. **Jus.com.br.**, Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59910/estupro-virtual-sextorsao-ativismo-judicial-e-cabotismo-midiatico>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei n. 3628, de 03 de julho de 2020. Aumenta as penas do crime de estupro de vulnerável e tipifica a conduta de estupro virtual de vulnerável. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 3 jul. 2020a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01urw98cgtokol38q-ge6h4k3f0643487.node0?codteor=1909909&filename=PL+3628/2020. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940. Institui o 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. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 611511 SP 2020/0231778-2. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 11 set. 2020. **JusBrasil**, Brasília, DF, 2020b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 663863 SP 2021/0132861-3. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 8 set. 2021. **JusBrasil**, Brasília, DF, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 70976 MS 2016/0121838-5. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgado em 2 ago. 2016. **JusBrasil**, Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 91792 DF 2017/0295532-2. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 1 fev. 2018. **JusBrasil**, Brasília, DF, 2018.

BUDAPESTE. **Convenção sobre o cibercrime**. Série de Tratados Europeus/135. Budapeste, 2001. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuaacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial arts. 213 a 359-h. 18. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553619221/pageid/78>. Acesso em: 15 jan. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: R. V. Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/CRIMES_DIGITAIS/Px9nDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=crimes+cibern%C3%A9ticos&printsec=frontcover. Acesso em: 10 maio 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Especial (art. 121 ao 361). Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral (art. 1º ao 120). 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. Adesão do Brasil à Convenção de Budapeste é necessária e urgente, defende MPF em audiência pública. **Ministério Público Federal**, 2021. Disponível em: mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/adesao-do-brasil-a-convencao-de-budapeste-e-necessaria-e-urgente-defende-o-mpf-em-audiencia-publica. Acesso em: 18 jun. 2021.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais** – Comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. **Direito e Internet**: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2000.

GENTIL, Plínio Antonio Brito; MARCÃO, Renato Flávio. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=djtnDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 15 maio 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 8. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Método, 2019. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530985875/epubcfi/6/18\[%3Bvnd.vst.idref%3Dpart2\]/4/5340/5:23\[o%20C%2CP%5E\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530985875/epubcfi/6/18[%3Bvnd.vst.idref%3Dpart2]/4/5340/5:23[o%20C%2CP%5E]). Acesso em: 20 mar. 2021.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, v. VIII**: Arts. 197 a 249. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito penal 3**: parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública (arts. 184 a 288-A do CP). São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553619887/pageid/96>. Acesso em: 20 abr. 2021.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução: C. I. da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPODVM, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal – parte especial**: Arts. 213 a 359-H. 11. ed. São Paulo: Método, 2021.

MEIRELES, Luciano Miranda. A realidade do estupro virtual. **Revista Parquet em Foco**, Goiânia: ESMP-GO, v. 1, n. 1, p. 47-50, set./dez. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Parquet-em-Foco_n.01.pdf, 2017. Acesso em: 13 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte especial**, arts. 121 a 234-B do CP. 36. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597028010/epubcfi/6/78\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml37\]!/4/6/2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597028010/epubcfi/6/78[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml37]!/4/6/2). Acesso em: 22 jun. 2021.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597025156/epubcfi/6/34\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15\]!/4/6/2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597025156/epubcfi/6/34[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15]!/4/6/2). Acesso em: 16 jun. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530993443/epubcfi/6/56\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml26\]!/4/6\[cap28\]/2/1:5\[p%C3%ADt%2Culo\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530993443/epubcfi/6/56[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml26]!/4/6[cap28]/2/1:5[p%C3%ADt%2Culo]). Acesso em: 20 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SAFERNET. Indicadores da Central de Denúncias de Crimes Cibernéticos. **SaferNet**, 2020. Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/index.html>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0067373-19.2012.8.24.0023. Relator Carlos Alberto Civinski. **JusBrasil**, Florianópolis, 30 jan. 2020.

SILVA, Daniel. Primeira prisão por estupro virtual no Brasil é decretada no Piauí. **Tribunal de Justiça do Piauí**, 2017. Disponível em: <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/primeira-prisao-por-estupro-virtual-no-brasil-e-decretada-no-piaui/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SYDOW, Spencer Toth. **Delitos informáticos próprios**: uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15062011-161113/publico/Dissertacao_Mestrado_versao_final_formatada_padroes_US.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Laura Camargo de. Sextorsão. **Revista dos Tribunais**, [S. l.], v. 959, set. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.959.09.PDF. Acesso em: 18 abr. 2021.

WITTES, Benjamin *et al.* Sextortion: cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault. **Brookings**, Washington, DC, 2016. Disponível em: <https://www.brookings.edu/research/sex-tortion-cybersecurity-teenagers-and-remote-sexual-assault/>. Acesso em: 22 jun. 2021.

A NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO

Alessandra Bortoluzi Savaris¹

Fabiane Christófoli²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo primordial a abordagem analítica de modo a identificar a natureza jurídica da qualificadora do §2º, inciso VI do artigo 121, do Código Penal, que tipifica o crime de feminicídio. Sobre o prisma divergente; tanto na doutrina quanto a jurisprudência, no sentido de determinar qual a natureza: se subjetiva ou objetiva. Desta maneira, estão abordados mediante a contemporaneidade com os devidos aspectos e ordenamentos sociais e jurídicos de forma ampla, aguerrido do resgate desde os aspectos históricos do direito das mulheres na sociedade e do feminicídio como problema social, até o estado atual. Por este viés, está representada também a própria lei, que inseriu a qualificadora no ordenamento jurídico, explanando o seu conceito, origem e evolução; arguindo acerca das teorias que a envolvem, segundo o entendimento pretoriano adotado pelos tribunais superiores, acerca da sua natureza jurídica.

Palavras-chave: Feminicídio. Natureza jurídica. Qualificadora. Subjetiva. Objetiva.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa identificar em demonstrando a natureza jurídica da qualificadora do Feminicídio, prevista no art. 121, §2º, inciso VI do Código Penal e inserida pela Lei n. 13.104/15, bem como a sua classificação em subjetiva ou objetiva por meio da análise de correntes doutrinárias e de

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); alessandrabsavaris@gmail.com

² Professora orientadora; Professora pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Civil e pós-graduada em Direito Público – Direito Constitucional e Administrativo na Unoesc; Advogada no Núcleo de Prática Jurídica; fabiane.christofoli@unoesc.edu.br

entendimentos dos Tribunais de Justiça, com ênfase nos de Santa Catarina, e do Superior Tribunal de Justiça.

Embora a lei que introduziu a qualificadora no ordenamento jurídico complete cinco anos, ainda há uma problemática quanto à classificação de sua natureza jurídica; se esta seria subjetiva, vinculada à motivação e à pessoa do agente e não ao fato por ele praticado; ou objetiva, associada à infração penal em si, tais como o meio, o modo de execução do crime e o tipo de violência empregado.

Com a entrada em vigor da Lei 13.104/15 que alterou o art. 121 do Código Penal para inserir a qualificadora do feminicídio, surgiu a dúvida quanto à natureza desta qualificadora, se seria objetiva ou subjetiva. Seu esclarecimento é de relevante importância, pois dependendo da interpretação; há uma mudança significativa nos casos envolvendo determinados crimes. Pois, seguindo o entendimento de que a qualificadora seria subjetiva, o principal problema abordado é que, na hipótese de homicídio privilegiado, o quesito do feminicídio resta prejudicado. Ademais, em caso de concurso de agentes, sendo pela qualificadora subjetiva, esta não se comunica aos demais agentes que participaram do delito. Por outro lado, partindo do pressuposto de que a qualificadora do feminicídio seria objetiva, surge o questionamento da possibilidade de esta subsistir com as qualificadoras subjetivas, como motivo fútil ou torpe; pois o motivo fútil é aquele considerado como insignificante e desproporcional com a ação ou omissão do agente, e o motivo torpe seria indigno e desprezível, que causa repugnância.

2 BREVE HISTÓRICO LEGAL E SOCIOCULTURAL

Primeiramente a abordagem proposta neste estudo em elementar a inserção acerca do Feminicídio, segundo tipificação legal regida pela Lei n. 13.104/2015. Faz-se oportuna uma breve menção ao histórico legal e cultural, no que concerne às relações da sociedade com as mulheres.

Historicamente, a mulher veio sendo considerada como um membro menos importante no seio das famílias e sociedades primitivas, cujas únicas funções cedidas a elas, eram relativas ao tocante da provenção a criação dos filhos e associação as tarefas domésticas. Segundo Muniz e Fortunato (2018), os primeiros questionamentos acerca da exclusão das mulheres enquanto cidadãs só veio a ocorrer no século XVIII com o surgimento das teorias iluministas. No entanto, mesmo sendo discutida entre homens considerados cultos, esta ideia não foi bem aceita inicialmente por sua maioria, haja vista que grande parte dos filósofos e escritores que integravam a sociedade, consideravam como mulher ideal, e parâmetro àquelas submissas, silenciosas e castas; condenando qualquer pensamento de empoderamento.

O domínio da classe masculina veio sendo cultuada de forma contínua, para que estas tenham plena consciência da real posição e função na sociedade a ela(s) imposta. Uma das formas da dominação exercida e prática recorrente, é por meio da violência, não sendo restrita meramente à violência física, mas também a psicológica, de modo que a liberdade de pensamento, de decisão e reflexão sejam coagidas, intentando a diminuição e o constrangimento. Isto fazia com que as mulheres que viviam sob domínio dos homens abdicassem a si mesmas, demonstrando a superioridade masculina (MUNIZ; FORTUNATO, 2018).

A violência contra as mulheres não é um problema atual, estando presente nas mais diversas sociedades desde os primórdios da civilização. Tal violência encontra escopo em uma situação de subordinação na ordem sociocultural patriarcal, em que a discriminação e perpetuação de estereótipos das mulheres se prolonga ao longo da história. Ainda com a relação de poder e domínio exercido pelos homens passando de geração em geração, independentemente de classe social, a influência desta cultura não ficou restrita às relações familiares e pessoais, mas abrangendo também a política, com esparsos movimentos que visam incluir com equiparidade

os gêneros sociais. Consequentemente dessa influência patriarcal exercida no meio político brasileiro, a legislação sempre esteve em uma posição desfavorável para as mulheres. Pois, considerando que as normas são criadas com o objetivo de organizar e disciplinar os conflitos que ocorrem relativos a conduta humana, e tais leis são criadas por homens, e para os homens, as mulheres ficavam a mercê de qualquer apreciação de expressiva mudança organizacional ou comportamental na conjuntura formada, por não serem consideradas indivíduos detentores de maiores direitos.

Durante o período colonial e imperial do Brasil, não houveram proposições de leis que visassem a proteção das mulheres. Ressalta-se que o desprezo com a parte feminina da população não partia apenas da sociedade, mas também do Estado que, por não as considerar como cidadãs que pudessem exercer o direito de voto, até mesmo serem votadas. Ocorrendo a famigerada alteração somente em 1932, com o reconhecimento dos direitos políticos às mulheres ao sufrágio universal.

Para Gebrim e Borges (2014) lecionam que, do início do século XX até a década de 70, a legislação era restrita a normas de direitos humanos genéricas que incluíam a proibição de discriminação por gênero dentre outras, mas sem colocar a mulher como um coletivo que necessita de proteção diferenciada. Contudo, contrariando a própria legislação, prevaleciam as normas que discriminavam as mulheres, como por exemplo a que prescrevia a extinção da punibilidade do crime pelo casamento da vítima com o autor do crime ou com terceiro, ou até mesmo a que permitia que o marido traído assassinasse a esposa.

No início dos anos 70, a sociedade internacional passou a reconhecer a problemática da violência de gênero, sobretudo pela pressão exercida por movimentos feministas, que acarretou na criação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), pelas Nações Unidas no ano de 1979, sendo este o primeiro documento internacional, preconizando direitos humanos exclusivamente

as questões acerca da violência contra a mulher. Em razão da atenção dada pela comunidade internacional, os países da América Latina iniciaram movimentos de reforma interna. Inicialmente, houve a revogação de dispositivos que institucionalizavam a violência contra a mulher, bem como a descriminalização de crimes como o adultério, o rapto e a sedução. Em seguida, “começaram a surgir leis específicas para coibir a violência e a discriminação de gênero, além de regulamentar o papel do Estado na prevenção, no atendimento das vítimas e persecução dos responsáveis” (GEBRIM; BORGES, 2014).

Com o advento da inserção da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) considerada como um marco legal na legislação brasileira, sobretudo no quesito protetivo à mulher, dado avanço da violência de gênero e a omissão de legisladores. Seu objetivo consta como erradicadora das mais diversas formas de violência; criando mecanismos que coíbam e previnam a violência doméstica e familiar contra a mulher. Também dispõe sobre a “criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (MENEZES, 2015).

Apesar do avanço contido na Lei supra, o legislador não incluiu em seu texto um rol de crimes, ou seja, não havia nenhuma tipificação legal em casos de homicídios praticados contra mulheres. Diante desse cenário, o legislador editou a Lei 13.104/2015, na qual inseriu a qualificadora do feminicídio, entendido como a morte da mulher em razão da condição do sexo (feminino).

3 A MULHER NA SOCIEDADE E O FEMINICÍDIO COMO PROBLEMA SOCIAL

A violência contra a mulher é algo presente em nossa sociedade, não podendo ser vista como casos isolados ou casuais, visto que se trata

de uma prática enraizada culturalmente que permeia suas regularidades e estabelecidas por questões de gênero em seu exercício e utilizadas como forma de controle social da mulher.

A origem da dominação do masculino sobre o feminino é remota, não sendo possível mensurar o tempo em abrangendo aspectos culturais, morais, psicológicos e sexuais, projetando-se nas mais diversas estruturas e camadas sociais.

Para Beauvoir (2015 apud OLIVEIRA; COSTA; SOUZA, 2015), "o ser masculino e o ser feminino não são uma condição natural ou aleatória, é na verdade uma construção social que impõe a superioridade de um, o masculino, sobre o outro, o feminino."

A predominância da figura do patriarcado encontra-se enraizada em um contexto sociocultural de dominação masculina e opressão feminina. Esta organização social, considerada como um dos mais antigos sistemas de dominação-exploração social, é regida por dois princípios básicos nos quais as mulheres são hierarquicamente subordinadas aos homens. É por meio deste sistema de dominação, presente na maioria das estruturas estatais e sociais, que são mantidas as formas de divisão sexual do trabalho, perpetuando a violência contra as mulheres de maneira natural.

Segundo Rocha (2007) estabelece que a violência é uma prática regular em que é possível identificar dentro dela um ciclo vicioso dividido em fases distintas. Na primeira delas, chamada de "tensão do homem/medo da mulher", o homem utiliza dos mais diversos pretextos que possui para justificar a violência cometida. Na segunda fase, denominada como "agressão homem/cólera ou tristeza da mulher", há o agravamento dos atos de violência, momento em que a vítima fica em estado de vulnerabilidade e em grande risco, comprometendo sua integridade física e psicológica. A terceira fase, também conhecida como "desresponsabilização do homem/culpabilização da mulher", o agressor atribui a responsabilidade de seus atos à fatores externos, minimizando a situação envolvida. Neste estágio, a

vítima internaliza a culpa e tenta modificar o próprio comportamento visando afastá-la. Por fim, a última fase é a “lua de mel”, é neste momento de cessar da violência em que ocorrem os pedidos de ajuda e de desculpas, inclusive com promessas do agressor, ofertando presente e tendendo à reconciliação. Entretanto, como todo ciclo, após certo tempo ele recomeça e, tendo a mulher a lembrança mais recente da última fase em que ainda se sente vulnerável e culpada pela violência perpetuada, não conseguindo romper com o vínculo existente, mesmo que isto lhe cause intenso sofrimento. Não obstante, a cada ciclo iniciado, há a tendência do aumento gradativo das agressões, que ao final pode culminar com o feminicídio.

3.1 OS REFLEXOS DOS RELACIONAMENTOS ABUSIVOS NOS CASOS DE FEMINICÍDIO

Segundo dados obtidos no Mapa da Violência 2015, o Brasil contabiliza uma média de 4,8 assassinatos a cada 100 mil habitantes, dado este, que coloca o país em 5º lugar no ranking internacional nesta modalidade de crime.

Dos 4.762 homicídios de mulheres registrados em 2013 pelo SIM, 2.394, isso é, 50,3% do total nesse ano, foram perpetrados por um familiar da vítima. Isso representa perto de 7 feminicídios diários nesse ano, cujo autor foi um familiar. 1.583 dessas mulheres foram mortas pelo parceiro ou ex-parceiro, o que representa 33,2% do total de homicídios femininos nesse ano. Nesse caso, as mortes diárias foram 4. (WAISELFISZ, 2015, p. 72).

Os relacionamentos abusivos são influenciados pela cultura do machismo de forma que as próprias vítimas não são capazes de reconhecer a violência a que são submetidas. Esta ideologia coloca o homem em posição para dominar a mulher, devendo esta ser submetida às vontades e

poder daquele e, com esse objetivo, o homem vê como direito seu o exercício da violência contra sua companheira para que ela assuma o papel que ele considera como correto.

Em uma análise dos relacionamentos em que os companheiros possuem perfil machista e violento, a agressão física não ocorre logo de plano. Na maioria dos casos inicia-se com a violência psicológica, aterrorizando a vítima e deixando-a vulnerável emocionalmente.

Segundo Hirigoyen (2006, p. 14):

Se quisermos diminuir as assustadoras estatísticas da violência no casal, será preciso intervir a partir do surgimento dos primeiros sinais, isto é, bem antes de ter início a agressão física, sendo relevante que se discuta e conheça mais sobre a violência contra a mulher, uma vez que esta fere e interfere na vida da mulher.

A violência psicológica é, de certa forma, mais perigosa pois, mesmo que as mulheres sejam conscientes de que a violência física seja inaceitável, o mesmo não ocorre com àquela. Geralmente acreditam que a percepção da sua realidade é falsa, que na verdade ela está exagerando e interpretando mal a situação em que vive, colocando sempre em dúvida a sua capacidade de sentir e viver.

Buscando um conceito de relação abusiva, Barreto (2015 apud NUNES et al., 2019, p. 9) explica que:

[...] é aquela em que predomina o excesso de poder sobre o outro, tendo como principais indicativos o ciúme e a possessividade, o controle exercido sobre as decisões e ações do parceiro e as tentativas de isolar o outro do convívio social, até mesmo familiar, além de ser violento, tanto verbal como fisicamente.

Até a década de 70 não existiam estudos sobre os impactos da violência conjugal e os abusos cometidos sobre a mulher, visto que era considerado um assunto totalmente privado cuja frase “em briga de marido e mulher não se mete a colher” perpetua até os dias de hoje.

Um dos maiores problemas de enfrentamento à esse tipo de relacionamento encontra-se na romantização dele pela mídia, naturalizando comportamentos problemáticos presentes no dia a dia, eternizando a ideia de que o amor é indissociável da posse.

Geralmente, o relacionamento abusivo vem acompanhado de múltiplas agressões, sendo elas não apenas físicas, mas também psicológicas, sexual e por meio do abuso econômico, estando as definições previstas no art. 7º da Lei 11.340/06, comumente conhecida como Lei Maria da Penha.

4 DISTINÇÃO ENTRE FEMINICÍDIO E FEMICÍDIO

Inicialmente, o que qualifica o feminicídio não é o femicídio, que contempla unicamente a morte de mulher.

Nesta contenda Mariana Lemos de Campos leciona que:

Embora muitas vezes sejam utilizados como sinônimos, as palavras não possuem o mesmo significado. Feminicídio é o termo designado para o homicídio de uma mulher em razão da condição do sexo feminino, ou seja, pelo simples fato de ser mulher. Alguns autores, como Marcela Lagarde (2004) defendem que o feminicídio é um assassinado de mulheres pautado em gênero, em contextos de negligência do Estado em relação a estas mortes (CAMPOS, 2017, p. 9).

De acordo com Meneghel e Portella (2017), “um dos primeiros registros que se tem acerca do emprego da expressão é de 1976 no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres em Bruxelas”, utilizado por sua

organizadora, Diana Russel, uma escritora e ativista feminista que o definiu como uma forma de terrorismo sexual ou genocídio de mulheres. Tal Tribunal foi criado para que os crimes cometidos contra as mulheres no mundo todo, fossem expostos à comunidade mundial e discutidos apropriadamente.

Posteriormente, conforme traz Diniz (2015 apud SOARES, 2017) foi utilizado em "Ciudad Juarez", no México, na década de 90 em decorrência das centenas de mulheres que desapareceram, sendo violentadas, torturadas e assassinadas, sem que houvesse punição para os criminosos ou proteção por parte do Estado. Diante deste cenário, a então deputada mexicana e antropóloga, Marcela Lagarde, considerou que apenas o femicídio como homólogo ao homicídio não era suficiente para penalizar seus agentes, visto que se restringia a lei penal. Desta forma, apresentou o termo feminicídio para representar o conjunto de violações a direitos das mulheres em que o Estado é delatado como omissor, negligente e conivente, conforme disposto pelas Diretrizes Nacionais Femicídio de 2016.

Segundo Greco (2017, p. 76), a doutrina divide o feminicídio em três categorias:

- Femicídio íntimo: entende aquele cometido por homens com os quais a vítima tem ou teve uma relação íntima, familiar, de convivência ou afins;
- O Femicídio não íntimo: é aquele cometido por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência;
- O Femicídio por conexão: é aquele em que uma mulher é assassinada porque se encontrava na "linha de tiro" de um homem que tentava matar [...].

Além das três categorias, há diferentes espécies de feminicídio segundo Sadalla et al (2019), sendo elas:

- a) feminicídio simbólico heterogêneo: quando um homem mata uma mulher motivado pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
- b) feminicídio simbólico homogêneo: ocorre quando uma mulher é assassinada por outra mulher motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
- c) feminicídio homoafetivo: violência ocorrida entre duas mulheres dentro do contexto de violência doméstica ou familiar, em que uma acaba assassinada pela outra;
- d) feminicídio aberrante por erro *in persona*: o autor mata uma mulher em contexto familiar ou por menosprezo e erra a sua identidade, atingindo uma mulher diversa;
- e) feminicídio aberrante por *aberratio causae*: quando há erro sobre o nexa causal. Ocorre quando o agente, imaginando já ter matado a mulher, pratica uma nova conduta que vem a ser a causa efetiva da sua morte;
- f) feminicídio aberrante por *aberratio ictus*: advém de um erro de execução, em que o agente ou a agente, ao invés de atingir a mulher alvo, atinge outra que não possua relação.

4.1 RAZÕES E CONDIÇÕES DO SEXO FEMININO

Para que ocorra a configuração da qualificadora ao feminicídio, o sujeito passivo deve ser uma mulher, agüerrido de tal prática, em razão das condições e ou fragilidades do sexo feminino. No entanto, com o advento das ideologias contemporâneas de gênero, hão diversas discussões sobre quem pode ser considerada mulher.

Outrossim a doutrina traz três posições para identificar a mulher com o objetivo de aplicar a qualificadora do feminicídio, no entanto, diante da

ausência de julgados sobre o assunto, a discussão, até o momento, restringe-se à definição doutrinária. O primeiro a ser abordado em discussão é o

[...] critério psicológico; no qual deve ser desconsiderado o critério biológico para identificar como mulher, devendo ser aceita toda aquela em que o psíquico ou aspecto comportamental é feminino. Ele ocorre mesmo que alguém que seja do sexo masculino, psicologicamente, acredite ser do sexo feminino. O segundo critério é o jurídico cível em que se considera o sexo que consta no registro civil. Deste modo, se houver decisão judicial para a alteração do registro de nascimento, alterando o sexo, haverá um novo conceito de mulher. Assim, somente é considerado sujeito passivo do crime de feminicídio aquele que for portador de um registro oficial que declare expressamente o seu sexo como feminino. Em terceiro, há o critério biológico, mais conservador que os demais, pois considera apenas a concepção genética ou cromossômica para definição de mulher. Desse modo, mesmo que haja a cirurgia de mudança de sexo, não é possível a aplicação da qualificadora pois a alteração é apenas estética. (BITTENCOURT, 2018, p. 90).

Para a correta aplicação da lei, Greco (2015) leciona que "somente o critério jurídico traz a segurança para efeitos de reconhecimento do conceito de mulher".

Segundo Bittencourt (2018), "o conceito de mulher é abrangente, bem como as vítimas não são necessariamente parceiras do autor"; concomitantemente leciona também que:

O substantivo mulher abrange, logicamente, lésbicas, transexuais e travestis, que se identifiquem como do sexo feminino. Além das esposas, companheiras, namoradas ou amantes, também podem ser vítimas desse crime filhas e netas do agressor, como também mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantenha vínculo familiar com o sujeito ativo. (BITTENCOURT, 2018, p. 87).

Na doutrina existem duas correntes acerca da inclusão da mulher transexual como vítima do feminicídio. A primeira, mais conservadora, defende que a transexual, por não ser considerada mulher geneticamente, não podendo figurar como vítima pois mesmo com a cirurgia ela passaria a ter apenas o órgão genital feminino. A segunda, mais moderna e majoritária, diz que é possível a transexual ser vítima de feminicídio, desde que suas características sexuais sejam alteradas de modo permanente e irreversível, além retificar seu registro civil.

Por fim, seguindo a corrente de Greco, o doutrinador Bittencourt (2018), conclui que somente quem for oficialmente identificado como mulher, por meio de sua documentação civil, pode ser o sujeito passivo de tal crime, haja vista, que não cabe ao juízo penal a correção ou incorreção da natureza sexual do indivíduo.

Segundo Nucci (2016) traz como ponto relevante para o debate a inserção da condição do sexo feminino na legislação visto que,

[...] se o legislador houvesse criado a qualificadora como "matar mulher", além de ser muito simples, estaria repetindo o *caput* do art. 121 que utiliza a expressão "matar alguém" que envolve tanto o homem quanto a mulher. Desta forma, a fim de justificar a criação da qualificadora, surgiu a expressão condição do sexo feminino, além de conferir maior proteção à mulher em razão da sua inferioridade física e dominação masculina ao longo dos séculos. Conclui que o homem mata ou lesiona a mulher porque se sente mais forte, de modo que o feminicídio confere uma tutela maior às mulheres por serem o sexo fragilizado nas relações domésticas e familiares. (NUCCI, 2016, p. 605).

4.1.1 Violência doméstica e familiar contra a mulher

Para que ocorra o crime de feminicídio, não basta que a vítima seja mulher, é imprescindível que a agressão tenha sido baseada no gênero bem como ocorrido no âmbito da unidade doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto.

Assim versa o art. 5º da Lei Maria da Penha:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006).

Bittencourt (2017) explica que, ao inciso I do §2º-A do art. 121, exige uma dupla característica para a situação fática, pois o crime deve ocorrer em violência doméstica e familiar, como uma única coisa. Isso porque nem toda violência doméstica é familiar, assim como nem toda violência familiar é doméstica. Um exemplo clássico da doutrina é o marido em uma discussão com sua esposa por questões relacionadas à dependência de drogas, acaba matando-a, nesse caso, embora o homicídio seja decorrente de uma

violência doméstica, não envolveu uma relação familiar, de modo que não poderá ser enquadrado como feminicídio.

4.1.2 Menosprezo ou discriminação à condição de mulher

Segundo o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010), menosprezar é “ter em menos conta ou em pouco apreço, desprezar”, podendo ser entendido no contexto da violência como desprezo, repulsa pela pessoa. Já a discriminação é tratar diferente pelo simples fato da vítima ser mulher, estabelecendo claras diferenças entre os sujeitos em razão do gênero.

Nesse caso, a vítima não precisa ser parente ou possuir uma relação com o agente, podendo inclusive ser uma desconhecida. Por exemplo, um homem que mata uma mulher por entender que as mulheres como um todo, não podem estudar em universidade, poderá ser concebido como um caso típico de feminicídio por menosprezo e discriminação.

Além da definição disposta no dicionário, o Brasil, ao ratificar convenções internacionais que objetivam a proteção dos direitos humanos das mulheres, incluiu a Convenção de Belém do Pará (1994) que, em seu art. 6º, estabeleceu que:

O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

- a. o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e
- b. o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação. (COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 1994).

Além desta, a Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral em 1979, consta em seu art. 1º uma definição para a discriminação contra a mulher:

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (BRASIL, 2002).

5 A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

A inserção da qualificadora do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com a sanção da Lei 13.104/2015, onde a qual dispõe que este incidirá quando o homicídio cometido for contra mulher em razão da condição do sexo feminino, bem como deve envolver violência doméstica e familiar e/ou menosprezo à condição de mulher, nos termos do art. 121, §2º-A do CP.

A partir da promulgação da referida lei, doutrinadores e juristas discutem acerca da natureza jurídica da qualificadora, existindo uma grande divergência sobre o tema, em especial pela falta de clareza do legislador ao criar esta qualificadora específica, o que pode prejudicar o julgamento de homicídios que foram cometidos contra mulheres, pois a sua incidência dependerá da análise individual de cada magistrado.

De um lado, temos doutrinadores como Cunha (2018), Cezar Roberto Bittencourt (2018) e Cavalcante (2015) que defendem a ideia da qualificadora

ser de natureza subjetiva. De outro, juristas como Nucci (2016) que são adeptos da teoria em que a qualificadora é objetiva.

Nucci entende que o

Feminicídio nada mais é do que uma continuidade da proteção da tutela da vida da mulher, a qual inicia-se com a Lei Maria da Penha, considerando o seu homicídio um crime hediondo e cujo o qual a pena deve ser superior ao homicídio simples pela qualificadora inserida no ordenamento jurídico pelo legislador. (NUCCI, 2016, p. 229).

Promulga também que “as qualificadoras são circunstâncias na prática de um crime, em que a lei acrescenta uma pena mais elevada em razão da sua gravidade objetiva” (NUCCI, 2016).

Elas podem ser subdividas em objetivas (materiais ou reais) e subjetivas (ou pessoais). Sendo que as circunstâncias objetivas são as que se relacionam com os meios e modos de realização do crime, do tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades da vítima. Já as circunstâncias subjetivas (de caráter pessoal) são as que só dizem respeito à pessoa do participante, sem qualquer relação com a materialidade do delito, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes. Desta forma, enquanto as qualificadoras objetivas dizem respeito ao crime e as formas de execução (meios e modos), as subjetivas vinculam-se ao agente e conectam-se com a motivação do crime.

5.1 QUALIFICADORAS SUBJETIVAS

Conforme já dito acima, as qualificadoras subjetivas são interligadas diretamente ao agente e sua motivação. Desta forma, não se podem comunicar com os demais coautores e partícipes do crime, a não ser que estes tenham conhecimento das circunstâncias em que deverá ocorrer. Ainda, como não há

conexão com os meios e modos de execução, torna-se incompatível com o privilégio, excluindo-se a possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, ou seja, quando há a incidência de uma qualificadora, mas o crime foi cometido após violenta emoção seguida de injusta provocação da vítima.

No Código Penal, as qualificadoras de ordem subjetiva estão descritas nos incisos I, II, V e VII do art. 121, §2º, quais sejam: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; e VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

Faz-se necessário uma breve diferenciação do motivo torpe e motivo fútil pela importância na aplicação dessas circunstâncias nos crimes de feminicídio. O primeiro é tido como altamente desproporcional ou inadequado quando comparado com a ação do agente, enquanto o segundo é tido como desprezível e repugnante (PRADO, 2019, p. 765). Ainda segundo o autor “o motivo torpe provoca acentuada repulsão, sobretudo pela ausência de sensibilidade moral do executor”.

5.2 QUALIFICADORAS OBJETIVAS

Em conformidade com o ante explanado, as qualificadoras objetivas referem-se ao meio e modo de execução e, por esta razão, comunicam-se com os demais agentes no concurso de pessoas.

Encontram-se apresentadas no artigo 121, §1º, incisos III e IV do Código Penal: III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; e

IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

5.3 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Após a análise dos tipos penais existentes na qualificadora do feminicídio, surge a discussão acerca da sua natureza jurídica, havendo divergência entre doutrinadores e tribunais.

Cumprido destacar a importância prática da presente discussão, haja vista que, optando pelo entendimento da natureza subjetiva: a motivação do crime deve ser trazida no decorrer do processo e abordada fortemente quando do plenário; se for levantada a tese do homicídio privilegiado e, tendo sido ela acatada, restará prejudicado o quesito referente ao feminicídio; em caso de concurso de agentes, as qualificadoras subjetivas não se comunicam aos demais coautores ou partícipes. Em compensação, caso seja pela natureza objetiva, pode subsistir a qualificadora do feminicídio com as qualificadoras do motivo torpe ou do motivo fútil que são subjetivas; as qualificadoras objetivas comunicam-se aos demais coautores ou partícipes, desde que ingressem na esfera de conhecimento dos agentes.

Sendo o feminicídio uma qualificadora de natureza subjetiva, não se comunicará aos demais coautores ou partícipes e nem a possibilidade de coexistência com o homicídio privilegiado.

Em contrapartida, entende-se como de natureza objetiva, a comunicação aos demais coautores ou partícipes possibilitando subsistir ou não, com as qualificadoras de motivo torpe ou fútil.

5.3.1 Teoria da natureza subjetiva

Trata-se da corrente majoritária e defendida por grandes doutrinadores como Cunha (2018), sob o argumento de que a qualificadora pressupõe

uma motivação especial, pois “não é o homicídio contra a mulher que atrai a qualificadora, mas o homicídio *porque se trata de uma mulher*” de modo que, somente as circunstâncias do fato podem amparar a incidência da qualificadora. Desta maneira, ainda que o conceito de violência doméstica extraído da Lei Maria da Penha seja um fato objetivo, ele não afasta a subjetividade da lei.

Seguindo este raciocínio, para que o homicídio seja qualificado como feminicídio, faz-se necessária uma valoração da vontade do agente que cometeu o crime, ou seja “realizar uma análise subjetiva na psique do agente ativo, para identificar se o crime teve como força motriz (elemento volitivo) o menosprezo ou a discriminação da condição de mulher da vítima” (MESSIAS, CARMO e ALMEIDA, 2020).

Nesse mesmo sentido Masson disserta:

O reconhecimento da violência doméstica ou familiar contra a mulher não é suficiente para a configuração do feminicídio. O inciso I do § 2º-A deve ser interpretado com sintonia com o inciso VI do §2º, ambos do art. 121 do Código Penal. Em outras palavras, o feminicídio reclama que a motivação do homicídio tenha sido as “razões da condição do sexo feminino”, e daí resulte a violência doméstica ou familiar. (MASSON, 2018, p. 74).

O juiz Márcio André Lopes Cavalcante também é adepto à corrente de que “[...] a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pois entende que ela está relacionada com a esfera interna do agente, e por não ter relação com o meio ou modo de execução, excluindo a possibilidade dela ser objetiva” (CAVALCANTE, 2015).

Ainda, os autores como Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini alegam que:

Apesar do Código Penal permitir a coincidência das circunstâncias privilegiadoras do art. 121, §1º de cunho

subjetivo com as qualificadoras de ordem subjetiva do art. 121, §2º, incisos III e IV, o reconhecimento do homicídio qualificado-privilegiado afasta a hipótese do feminicídio. (CARDOSO; MEDEIROS, 2015).

Isso posto, segundo os autores, não é possível pensar em um feminicídio que tenha ocorrido por motivo de relevante valor moral ou social ou após injusta provocação da vítima.

Sendo a qualificadora subjetiva, uma de suas consequências encontra-se na hipótese de concurso de pessoas visto que, conforme disposto no art. 30 do Código Penal, as circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam. Salvo quando elementares do tipo," o feminicídio só poderá ser reconhecido aos demais coautores ou partícipes quando estes tiverem a mesma motivação para o cometimento do crime". É o que lecionam Capez e Prado (2016 apud SOARES, 2017).

Outra problemática apresentada pelos doutrinadores contrários a esta corrente está na impossibilidade do feminicídio-privilegiado. O privilégio está previsto no §1º do artigo 121 do Código Penal como causa de diminuição da pena, podendo haver uma redução da pena de um sexto (1/6) até um terço (1/3).

Art. 121. Matar alguém:

[...]

§1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (BRASIL, 1940).

Segundo Capez e Prado:

Sendo a qualificadora do feminicídio considerada subjetiva não existirá a figura do feminicídio-

privilegiado, pois tanto o homicídio privilegiado quanto o dolo específico do feminicídio são de natureza subjetiva e, portanto, incompatíveis. Nessa mesma linha de raciocínio, as demais hipóteses de homicídio doloso qualificado por motivo torpe ou fútil também serão incompatíveis com o privilégio por serem ambos de ordem subjetiva (CAPEZ e PRADO, 2016 apud SOARES, 2017, p. 48).

Ademais, segundo Barros (2019) sendo a qualificadora subjetiva, a sua cumulação com as qualificadoras de motivo torpe e motivo fútil, ambas de natureza subjetiva, considera-se *bis in idem*, haja vista que o homicídio de uma mulher pela condição do sexo feminino, já é considerado como um motivo torpe/fútil.

5.3.2 Teoria da natureza objetiva

Em dissonância com a opinião dos doutrinadores acima expostos, temos uma corrente minoritária de juristas defensores de que a qualificadora é objetiva; “pois descreve uma violência específica contra a mulher, de modo que, aos jurados, será incumbido uma avaliação simples e objetiva acerca da existência de uma das hipóteses de violência doméstica e familiar previstas na legislação” (PIREZ apud BIANCHINI, 2016).

Nesse mesmo sentido, explica Nucci (2016):

Trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Não aquiescemos à ideia de ser uma qualificadora subjetiva (como o motivo torpe ou fútil) somente porque se inseriu a expressão “por razões de condição de sexo feminino”. Não é essa a motivação do homicídio. O agente não mata a mulher porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis;

podem, inclusive, ser moralmente relevantes. Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo. Exemplificando, pode-se matar a mulher, no ambiente doméstico, por motivo fútil (em virtude de uma banal discussão entre marido e esposa), incidindo duas qualificadoras: ser mulher e haver motivo fútil. Essa é a real proteção à mulher, com a inserção do feminicídio. Do contrário, seria inútil. Fosse meramente subjetiva (ou até objetivo-subjetiva como pretendem alguns), considerar-se-ia o homicídio supra ilustrado como feminicídio apenas. E o motivo do agente? Seria desprezado por completo? O marido/companheiro/namorado mata a mulher porque se sente mais forte que ela, o que é objetivo, mas também porque discutiu por conta de um jantar servido fora de hora (por exemplo). É essa a lógica adotada pela Lei Maria da Penha. Pune-se a lesão corporal contra a mulher, dentro do lar, como lesão qualificada (art. 129, § 9.º, CP), independentemente do motivo. Aliás, se for torpe, por exemplo, acrescenta-se a agravante (lesionou a mulher para receber o valor de um seguro qualquer, ilustrando). Sob outro aspecto, a qualificadora é objetiva, permitindo o homicídio privilegiado-qualificado. O agente mata a mulher em virtude de violenta emoção seguida de injusta provocação da vítima. O companheiro surpreende a companheira tendo relações sexuais com o amante em seu lar, na frente dos filhos pequenos. Violentamente emocionado, elimina a vida da mulher porque é mais forte – condição objetiva, mas o faz porque ela injustamente o provocou. Podem os jurados, levado o caso a julgamento, reconhecer tanto a qualificadora de crime contra a mulher como a causa de diminuição do § 1.º do art. 121. (NUCCI, 2016, p. 605, grifo do autor).

Sendo ela de natureza objetiva, poderá se comunicar com os demais coautores e partícipes no concurso de pessoas por estar relacionado diretamente com os meios e modos de execução do crime. Ainda, é perfeitamente possível a cumulação com as outras qualificadoras do artigo

121, §2º que tenham caráter subjetivo, sem que seja caracterizado *bis in idem*.

A respeito do feminicídio-privilegiado, conforme a jurisprudência do STF, são compatíveis com o privilégio apenas as qualificadoras de natureza objetiva, pois aquele possui natureza subjetiva.

5.3.3 Teoria mista

Além das teorias acima apresentadas, há uma terceira, menos popular, mas que traz maior coerência para a correta aplicação do dispositivo legal. Segundo os adeptos dessa corrente, como Souza e Barros (2016), o inciso I do §2º-A do artigo 121 teria caráter objetivo pois para sua incidência basta que o homicídio seja cometido em um contexto de violência doméstica e familiar, enquanto o inciso II seria puramente subjetivo haja vista depender de uma análise do *animus domini* do autor do fato.

5.4 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Além da análise teórica, é fundamental um estudo acerca da jurisprudência dos tribunais superiores na aplicação real da qualificadora em casos concretos, bem como seus entendimentos, pois é a jurisprudência que determinará como ela será empregada.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, foi pioneiro ao decidir sobre a cumulação da qualificadora do feminicídio com a de motivo torpe/fútil, determinando que aquela seria de natureza objetiva. A decisão foi proferida no Acórdão n. 904781, 20150310069727RSE, no qual o réu fora denunciado pela prática do homicídio com motivo torpe, bem como pela morte de mulher em contexto de violência doméstica e familiar. No caso em questão, a decisão *a quo* pronunciou o réu pela infração do art. 121, §2º, inciso I, do Código Penal, mas que afastou a qualificadora “d”, inciso VI sob a alegação

de que a condição feminina, já estava inclusa na torpeza, pelo sentimento egoístico de posse. O Ministério Público recorreu da decisão, requerendo a inclusão do feminicídio na pronúncia do réu, justamente pelo crime ter sido cometido por sentimento de posse por parte do autor dos fatos.

No voto do relator, o senhor desembargador George Lopes ressaltou que para ser enquadrado como feminicídio, o simples fato do homicídio ser cometido contra a mulher não é suficiente, devendo desdobrar-se de uma convivência *more uxório*, mesmo que esta já tenha sido extinta, ou seja proveniente de uma relação íntima de afeto que caracterize a existência de violência doméstica e familiar ou o menosprezo e/ou discriminação da mulher. Salientou que a qualificadora do feminicídio foi criada visando uma maior proteção à mulher e, utilizá-la como substituto do motivo torpe/fútil seria equivalente a desconstituir o esforço do legislador a conferir a proteção visada. Ainda, explicou que ambas as qualificadoras podem coexistir sem objeções, pois enquanto a torpeza encontra-se conectada à motivação do agente, o feminicídio estará presente sempre que a situação seja dentro de um contexto de violência doméstica e familiar.

In casu, o relator constatou que o réu conviva em união estável com a vítima e possuía um sentimento de posse e dominação que, segundo ele, caracteriza-se como "típico daqueles relacionados a questões de gênero", tendo sido corroborado pelo depoimento das testemunhas nos autos. Desta forma, diante do reconhecimento da relação íntima entre autor e vítima, entendeu que o homicídio ocorreu inegavelmente pela convivência entre eles, sendo devida a incidência da qualificadora do feminicídio para o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nesse mesmo sentido vêm decidindo o Superior Tribunal de Justiça, a fim de consolidar o entendimento a nível nacional e uniformizar as decisões proferidas por outros tribunais, sob o fundamento de que o feminicídio não está ligado à motivação do crime, mas sim à uma condição especial da vítima, podendo concorrer com as demais qualificadoras de natureza subjetiva.

No Recurso Especial n. 1.739.704, o Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul recorreu do acórdão proferido pelo TJRS que afastou o motivo torpe do primeiro fato descrito na denúncia, e, em relação ao segundo e terceiro fato, afastou o feminicídio. No caso em tela, a denúncia descreveu o homicídio praticado em face da ex-companheira do réu (1º fato), da sobrinha e do filho da vítima (2º fato) e da sua ex-sogra (3º fato). O juízo de origem decidiu que, em relação ao primeiro fato, o crime teria sido cometido pelo menosprezo à mulher, constituindo o objeto da qualificadora do inciso VI do §2º do art. 121 do CP mas que, sob pena de caracterizar *bis in idem*, as qualificadoras do feminicídio e motivo torpe não poderiam coexistir por terem caráter subjetivo, prevalecendo o feminicídio pelo critério da especialidade. No que concerne ao segundo fato, entendeu que não houve feminicídio pois a conduta do réu fora motivada por motivo fútil, visto que só os matou por estarem na residência ao tempo do ocorrido para afetar a felicidade da ex-companheira. Desse modo decidiu sobre o terceiro fato, pois sua ex-sogra não foi assassinada por ser mulher, e sim por não aprovar o relacionamento do réu com a sua filha. No voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, relator do caso, foi destacado que não existem dúvidas da natureza subjetiva do motivo torpe, mas quanto ao feminicídio, por ser ligado à uma condição especial da vítima, seria objetiva. Assim, votou pelo provimento do recurso para que fossem reestabelecidas as qualificadoras do motivo torpe no primeiro fato e do feminicídio nos segundos e terceiros fatos, pois cabe ao Conselho de Sentença a análise acerca de sua caracterização.

No que condiz à jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o entendimento é pacificado no sentido do feminicídio possuir a natureza jurídica objetiva. No julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 5002820-90.2019.8.24.0067, a votação foi unânime para determinar que “Na medida em que a qualificadora do feminicídio ostenta natureza objetiva, vez que está relacionada à condição especial da vítima, não há falar-se em incompatibilidade no reconhecimento conjugado com a qualificadora do

motivo fútil". Deste modo, evidenciada a relação de violência doméstica e familiar ou de menosprezo e discriminação à mulher, fica clara a tipificação do feminicídio. Ainda, traz precedentes do STJ para fundamentar a ausência do *bis in idem* com a cumulação do motivo fútil em razão das distintas naturezas jurídicas das qualificadoras em questão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto no presente trabalho, compreende-se que o feminicídio consiste no assassinato de mulheres em razão da discriminação ou menosprezo à sua condição de gênero – mulher. Sob ao qual, embora o agente ativo possa ser tanto masculino quanto feminino, a considerar na égide do conceito jurídico o sujeito passivo ser sempre uma mulher.

Tal prática vêm sendo perpetuada ao longo dos séculos, sendo marcada pela dominação patriarcal na sociedade, cujo reflexo incide não apenas na conduta privada dentro das relações interpessoais, mas também no comportamento público por intermédio do desempenho do Estado, no combate à violência contra mulher. Neste condão foi editada a Lei Maria da Penha em 2005, considerada como um marco na legislação brasileira, no condizente aos direitos garantistas do sexo feminino; as mulheres. No entanto, por não prever em seu texto legal a tipificação como crime da violência propriamente dita, principalmente aquela que leva a cabo a vida da mulher, surgiu a Lei do Feminicídio, incluída no rol de crimes hediondos, com o objetivo de enrijecer a punição para aqueles que cometem tais delitos.

A corrente majoritária compreende que ela possui natureza subjetiva, estando interligada ao agente e sua motivação pois este comete o crime contra a mulher pela condição da vítima.

Em contrapartida, a corrente defende que a qualificadora possui natureza objetiva defendendo que a violência descrita é específica contra mulher, estando ligada ao gênero da vítima, cabendo aos jurados uma análise

objetiva da existência da violência doméstica e familiar ou do menosprezo e/ou discriminação à mulher por parte do réu.

A terceira teoria apresentada, cuja opinião indica a qualificadora como mista (subjetiva e objetiva), parece ser a mais apropriada para a aplicação da norma, visto que trata de maneira isolada cada uma das circunstâncias previstas no §2-A do artigo 121 do Código Penal. Por este segmento, o inciso I cuja previsão é de violência doméstica e familiar, objetiva apenas a existência dessa situação para que seja caracterizado o crime de feminicídio. Já o inciso II que dispões sobre o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, seria subjetivo; por estar ligado à motivação do agente, devendo ocorrer uma análise do seu *animus domini*.

A jurisprudência mostra-se mais pacífica ao julgar casos envolvendo a qualificadora do feminicídio, principalmente após a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e da uniformização desencadeada pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidindo de forma majoritária que esta possui natureza objetiva, pois, sendo assim, pode cumular com as outras qualificadoras de ordem subjetiva; como por exemplo o motivo torpe/fútil, além de possibilitar a existência do homicídio privilegiado-qualificado, garantido que o desejo do legislador de aplicar uma pena mais severa para aqueles que cometem crimes dessa ordem.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio Privilegiado: O Privilégio de Matar Mulheres**. Gen Jurídico, 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/04/05/feminicidio-privilegiado-o-privilegio-de-matar-mulheres/>. Acesso em: 23 set. 2020.

BIANCHINI, Alice. A Qualificadora do Femicídio é de Natureza Objetiva ou Subjetiva. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, 18 out. 2016. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/femicidio.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual**. CONJUR, 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>. Acesso em 24.04.2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. 07 dezembro 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 24/04/2020.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n. 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 n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 mar. 2015. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 24 abr. 2020.

CAMPOS, Mariana Lemos. **Feminicídio como nova qualificadora do homicídio e seus requisitos típicos**. [S. l.]: Diritto & Diritti, 2017.

CARDOSO, Rafaella; MEDEIROS, Rafaela Vieira. **A natureza da qualificadora do feminicídio**. Canal Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/312325267/a-natureza-da-qualificadora-do-feminicidio>. Acesso em: 23 set. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários ao tipo penal do feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP). **Dizer o direito**, [s. l.], 2015. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do-feminicidio>. Acesso em: 23 set. 2020.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra A Mulher, "Convenção de Belém do Pará"**. Belém do Pará, 1994. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 24 abr. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **STJ: Qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva**. 2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/05/stj-qualificadora-feminicidio-tem-natureza-objetiva/>. Acesso em: 18 out. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o Dicionário da língua portuguesa**. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de Gênero: tipificar ou não o feminicídio? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 202, 2014.

GRECO, Rogério. **Feminicídio**: comentários sobre a lei n. 13.104, de 9 de março de 2015. 2015. Disponível em: <http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Niterói: Impetus, 2017.

HIRIGOYEN, Marie France. **A violência no casal**: da coação psicológica à agressão física. Tradução: Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. 256 p.

MASSON, Cleber, **Direito Penal**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2018.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s. l.], v. 22, n. 9, p. 3077-3086, set. 2017.

MENEZES, Adahra Catharinie Reis. **A Tipificação do Feminicídio sob a ótica do homicídio de mulheres no Estado de Roraima**. 2015. 84 f. TCC (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2015.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; CARMO, Valter Moura do; ALMEIDA, Victória Martins de. Feminicídio: Sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 28, n. 1, p. e60946, 2020.

MUNIZ, Alexandre Carrinho; FORTUNATO, Tammy. Violência Doméstica: da cultura ao direito. **Violência contra a mulher**: um olhar do Ministério Público Brasileiro. Brasília: CNMP, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Elaine C. *et al.* **Feminicídio: Influência do Contexto Sócio-Histórico**. Anápolis: Centro Universitário de Anápolis – Unievangélica, 2019. 21 p.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A.; COSTA, Mônica Josy Sousa; SOUSA, Eduardi Sérgio Soares. Feminicídio e Violência de Gênero: aspectos socio-jurídicos. **Revista Tema**, [s. l.], v. 16, n. 24/25, p. 21-43, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 2450 p.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. **Casas-abrigo no enfrentamento da violência de gênero**. São Paulo: Veras Editora, 2007.

SADALLA, Nachara Palmeira *et al.* A Lei do Feminicídio: Sua aplicabilidade e consequências. **Revista de Direito da Faculdade Estácio do Pará**, Belém, v. 6, n. 9, p. 1-25, jun. 2019.

SOARES, Luciana Rosa de Moraes. **A Natureza Jurídica da Qualificadora do Feminicídio no Crime de Homicídio: O Posicionamento da Doutrina e Jurisprudência**. Brasília: Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora de. Questões controversas com relação à Lei do Feminicídio (Lei n. 13.104/2015). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 111, p. 263-279, jan/dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133512/129524>. Acesso em: 23 set. 2020.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 24 abr. 2020.

A PROBLEMÁTICA APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM CASOS DE TRANSTORNO DISSOCIATIVO DE IDENTIDADE (TDI) NO BRASIL: ENSINAMENTOS DO DIREITO COMPARADO

Isabela Aparecida Comaretto¹

Carmen Lucia D'Agostini²

RESUMO

Neste artigo pretende-se analisar a efetividade da aplicação de medida de segurança às pessoas que possuem transtorno dissociativo de identidade (TDI). Busca-se analisar as psicopatologias, especialmente o transtorno dissociativo de identidade, em face do comportamento humano, as suas principais consequências e a efetiva atuação do Estado. Com efeito, as psicopatologias quando observadas sob o viés da criminalidade tornam-se um problema, caso constatado que não exista estrutura adequada para detectar a sua existência e aplicar a medida mais pertinente. Nesse sentido, o TDI possui difícil diagnóstico por ser muito confundido com a esquizofrenia quando não realizada uma adequada análise adequada da situação por profissionais treinados adequadamente, conseqüentemente sem o diagnóstico não é possível aplicar a medida de segurança, fazendo com que o indivíduo não tenha o tratamento adequado, voltando a cometer atos ilícitos. Dessa forma, a pesquisa tem como intuito compreender a efetividade da aplicação da medida de segurança em relação às pessoas com TDI levando em consideração a situação carcerária brasileira. O presente artigo utiliza o método dedutivo, baseando-se no procedimento técnico bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Direito Penal. Transtorno dissociativo de identidade. Medida de segurança. Eficácia.

¹ Graduanda do Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; isacomaretto@hotmail.com

² Professora orientadora; Docente da Universidade do Oeste de Santa Catarina; carmen.dagostini@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto versa sobre a aplicação da medida de segurança às pessoas com transtorno dissociativo de identidade dentro dos presídios brasileiros, sob o viés da falta de avaliação de personalidade dos indivíduos durante a fase processual e a sua execução, conforme previsão legal do art. 59 do Código Penal. O tema se insere no contexto do direito processual penal ao abordar o papel do Estado em relação a essa população carcerária cujo tratamento pode deixar de ser adequado, no contexto do direito constitucional, ao estudar sobre os direitos fundamentais das pessoas, e, no contexto das ciências sociais, ao analisar as consequências que a falta de tratamento adequado a esses indivíduos pode gerar a eles mesmos e a sociedade.

A população carcerária brasileira é uma das maiores do mundo e conta com uma grande diversidade de personalidades, fato que gera a falsa perspectiva aparentemente de que a aplicação da lei penal não está sendo da maneira adequada. Contudo, percebe-se que a população carcerária em sua maioria não passa por um processo de estudo e acompanhamento psicológico, fato que impossibilita a identificação dos agentes portadores de transtornos clássicos, ou seja, aqueles que privam a pessoa da capacidade de entender aquilo que fez ou controlar os seus próprios atos, e, conseqüentemente, dificultam a aplicação das medidas corretas, como a medida de segurança, gerando problemas futuros para o indivíduo e a sociedade.

Diante deste contexto pairam algumas dúvidas: quem no Brasil passa pela avaliação psicológica de transtorno dissociativo de identidade? Quais os efeitos de que parte da população carcerária não sejam avaliadas? O que o direito comparado (nos casos em que se realiza a avaliação) pode nos ensinar?

Para tanto, a presente pesquisa propõe-se a, utilizando-se do método dedutivo, mediante análise de direito comparado e dados atuais e históricos, resolver as questões levantadas. A hipótese é a de que a medida de segurança não está sendo adequadamente aplicada, notadamente no que diz respeito ao transtorno dissociativo de identidade. Há uma gama de pessoas que sofrem de transtornos e não passam pela adequada avaliação, o que pode gerar uma equivocada e ineficaz aplicação de reprimenda criminal. Nesse ponto, inclusive, há uma aparente desigualdade na aplicação da medida de segurança, na medida em que pessoas de classe mais abastadas utilizam como “saída” para evitar as penas, recebendo um tratamento adequado, enquanto quem por vezes mais precisaria, e que possui menos recursos, econômicos e informativos, não recebe a medida ideal.

O objetivo geral é identificar se e como se dá o tratamento para as pessoas com transtornos psicológicos e psiquiátricos clássicos, como o transtorno dissociativo de identidade, no âmbito da política criminal, e analisar qual a previsão legal do tema acerca da aplicação correta da medida de segurança.

A justificativa do presente trabalho é a de que, tendo em vista a aparente baixa efetividade da aplicação de medida de segurança, aliada a pouca estrutura de estabelecimentos e procedimentos adequados, a pesquisa é necessária para esclarecer como é importante aprimorar o sistema, em virtude das diversas consequências que a sua não aplicação adequada pode gerar, não só ao apenado, como também, e principalmente, à sociedade em que convive.

A primeira seção de desenvolvimento versará sobre as psicopatologias, um breve histórico da compreensão social acerca de distúrbios de ordem psicológica e tratamentos historicamente utilizados, abrindo-se o enfoque especificamente em relação ao transtorno dissociativo de identidade (TDI) e ao diagnóstico para a doença, complexo e, contudo, necessário, ainda mais

quando se trata de matéria que envolve o interesse social, como é o Direito Penal.

Após, em novo tópico, será trabalhado a questão relativa à medida de segurança, como ocorre sua aplicação no Brasil e como foi seu desenvolvimento histórico, bem como comparando-se institutos semelhantes de outros países em análise de Direito Comparado.

Por fim, novo desdobramento abordará a (in)efetividade da medida de segurança no sistema jurídico-penal brasileiro, notadamente em relação ao diagnóstico e à avaliação de pessoas portadoras de transtorno dissociativo de identidade (TDI).

Para tanto, a pesquisa utilizou de bibliografias nacionais e internacionais, além de análise de legislação e julgados de tribunais, com o fim de compreender e especificar a utilização da medida de segurança. Além disso, foram utilizadas referências doutrinárias que abordam não só as psicopatologias em si, como também a compreensão jurídica que a elas se deu ao longo da história e atualmente, à luz dos princípios constitucionais e legais que norteiam a sistemática processual penal e de execução criminal.

2 PSICOPATOLOGIAS

Na presente seção analisa-se, inicialmente, como o homem passou a compreender as psicopatologias através de estudos e a observação do comportamento humano.

Na sequência, adentra-se em um breve histórico a respeito das práticas criminosas e a legislação aplicada às pessoas com transtorno dissociativo de identidade, com destaque para a efetividade da aplicação da medida de segurança, propiciando o tratamento adequado ao indivíduo e a proteção aos demais membros da sociedade.

Também, na constância, são delimitados os principais problemas do cenário carcerário brasileiro e as suas consequências.

A seção tem como objetivo denotar a existência da medida de segurança, do transtorno dissociativo de identidade e a necessidade de tornar eficaz a sua aplicação.

2.1 O PROCESSO PENAL E O TDI

As psicopatologias existem há tanto tempo quanto a própria existência de seres humanos, entretanto é perceptível que durante a maior parte da história foram ignoradas ou tratadas como algo irrelevante para as sociedades.

O estudo do ser humano e da sua mente é algo complexo e muito antigo, mas a aplicação e interesse do Estado em adotar medidas para com este podem ser considerados algo relativamente novo, principalmente no Brasil.

Segundo Campbell (1986, apud DALGALARRONDO, 2019) a psicopatologia é o ramo da ciência que trata da natureza essencial da doença ou transtorno mental - suas causas, as mudanças estruturais e funcionais associadas a elas e suas formas de manifestação. Dentre as psicopatologias, o presente artigo visa abordar o Transtorno Dissociativo de Identidade.

O transtorno dissociativo de identidade ou TDI é conhecido historicamente como "transtorno de múltiplas personalidades", podendo ser definido como uma perda temporária ou persistente de informação ou controle sobre processos mentais ou psicomotores que se acham ordinariamente sob o domínio voluntário da consciência, do repertório comportamental usual ou de autoconceito (CARDEÑA; CARLSON, 2011 apud MARALDI, 2019). Trata-se de uma divisão do indivíduo em diversas personalidades distintas e autônomas, capazes de obter comportamento diverso e até mesmo conflitante, não havendo limites de idade e gênero, muito

utilizados como um mecanismo de autodefesa para lidar com situações de exposição a elevados níveis de estresse.

Freud (1910 apud FARIA, 2008, p. 360) já apresentava informações contributivas para os atuais diagnósticos do TDI:

[...] Num mesmo indivíduo são possíveis vários agrupamentos mentais que podem ficar mais ou menos independentes entre si, sem que um 'nada saiba' do outro, e que podem se alternar entre si em sua emersão à consciência. Casos destes, também ocasionalmente, aparecem de forma espontânea, sendo então descritos como exemplos de 'double consciente'.

O TDI é algo muito presente na cultura norte-americana, havendo, porém, poucos relatos no Brasil. Inobstante, atualmente, a psicologia e o direito estão voltando-se a dar maior atenção ao TDI e cometimento dos crimes sob essa patologia, merecendo uma análise sobre as consequências para a sociedade.

Os anos 70 e 80 são fortemente marcados pelo interesse científico pelo distúrbio de múltiplas personalidades, haja vista a maior aceitação sobre o tema e a aplicação de estudos mais sofisticados. Em sua prevalência foi possível notar que os indivíduos diagnosticados haviam sido expostos ao abuso infantil e à violência, caracterizando como um transtorno pós-traumático, o qual se tornou "um diagnóstico oficial da Associação Americana de Psiquiatria em 1980" (HACKING, 1995, p. 17).

Nesse esteio Spiegel (2019, p.3) aduz que:

Estudos norte-americanos mostraram que 97 a 98% dos adultos com Transtorno Dissociativo de Identidade relataram abuso durante a infância e que tal abuso pode ser documentado em 85% dos adultos e 95% das crianças e adolescentes com outras formas de transtornos dissociativos. Embora estes dados estabeleçam o abuso infantil como grande causa entre

pacientes norte-americanos (em algumas culturas, as conseqüências de uma guerra ou um desastre podem ter um maior papel), eles não significam que todos os pacientes sofreram abuso ou que todos os abusos relatados realmente ocorreram.

Ainda, em 1993 entendeu-se que o transtorno dissociativo ou conversivo se caracterizava pela perda parcial ou completa da normal integração entre a memória, a consciência e a identidade, a sensação imediata e o controle dos movimentos corporais.

Uchitel (2004, p. 151) aborda a inter-relação da dupla trauma/dissociação, quando diz que "o trauma não é assimilado e integrado ao resto dos conteúdos psíquicos. Seu impacto insuportável cinde ou fragmenta o ego, isola o acontecimento e impede de encontrar, pela representação, uma metabolização mais saudável".

Outro aspecto muito importante do TDI é a dificuldade em seu diagnóstico, o que por muitas vezes é classificado como esquizofrenia. Em regra, suas características são marcantes, como um transe hipnótico, piscares de olhos e alterações na postura que indicam a mudança de personalidade. Sobre o tema, Lowenstein (1991, p. 7) aborda:

[...] nem todos os indivíduos com TDI são tão óbvios. Às vezes, a mudança para outras personalidades é muito sutil e só pode ser detectada por quem conhece a pessoa muito bem. Por causa de barreiras amnésicas, o indivíduo pode não ter consciência da presença de outras personalidades, tanto que pode até, por exemplo, encontrar artigos entre seus pertences que parecem ser de outra pessoa. O indivíduo com TDI pode sentir que há algo de terrivelmente errado com ele, mas não tem ideia da multiplicidade. Essa condição pode ser escondida por longos períodos de tempo e apenas mostrar-se em situações estressantes, como problemas com o trabalho ou relacionamentos, entre outros.

Portanto, o diagnóstico da doença deve ser realizado por profissional devidamente qualificado para não haver equívocos que dificultem ou impossibilitem o tratamento. O transtorno de múltiplas personalidades não torna o agente perigoso por si só, outros fatos gerais podem influenciar e levar até essas atitudes, o fato é que o transtorno pode tornar o agente inimputável ou semi-imputável.

Assim como a presença das psicopatologias sempre existiu, a prática delitiva também é algo que ultrapassa os séculos e para tanto o Estado adota medidas penalizadoras a fim de que, além da punição, haja a ressocialização e o indivíduo não volte a praticar crimes, cujo objeto final é manter a ordem social, garantindo segurança aos demais integrantes da sociedade.

Através de estudos e da prática foi possível observar que o indivíduo que possuía alguma psicopatologia não atendia os resultados pretendidos através das medidas penalizadoras comuns. Ainda, em muitos casos o resultado era o oposto do que se esperava, necessitando de uma readequação, não sendo possível que o indivíduo ficasse sem nenhuma medida e também não era viável a aplicação das medidas comuns.

Inicialmente, uma das primeiras medidas adotada no Brasil foi a Reforma Psiquiátrica, e, posteriormente adveio a Lei n. 10.216/2001 (BRASIL, 2001) que tratou sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtorno mentais, assim como o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, que regem a questão forense relativa ao tema.

Portanto, o Estado passou a utilizar a medida de segurança, instrumento fundamentado no princípio *jus puniendi*, adotada quando tratar-se de agentes inimputáveis ou semi-imputáveis que praticam fato(s) típico(s) e ilícito(s), observando o seu grau de periculosidade e conseqüentemente as demais peculiaridades do caso prático. Ainda, as pessoas com psicopatologias, como é o caso do transtorno dissociativo de identidade, são considerados inimputáveis ou semi-imputáveis.

A medida de segurança é adotada aos portadores de doenças mentais que em virtude desta não podem ser considerados parcial ou totalmente responsáveis pelos seus atos quando da ocorrência delitiva. Seu intuito não é punitivo e sim o tratamento desse indivíduo para que o torne apto a conviver em sociedade sem cometer novos crimes.

2.2 DIAGNÓSTICO DO TDI

A dissociação pode ser definida como:

[...] uma perda temporária ou persistente de informação ou controle sobre processos mentais ou psicomotores que se acham ordinariamente sob o domínio voluntário da consciência, do repertório comportamental usual ou do autoconceito. (CARDEÑA, 2011, p. 61-87 apud MARALDI, 2019, p. 2).

As dissociações podem apresentar-se de maneiras diferentes, como, por exemplo, o transtorno dissociativo de identidade, a amnésia dissociativa, transtornos de despersonalização/desrealização, outro transtorno dissociativo especificado e transtorno dissociativo não especificado.

ElleMBERGER (1970 apud MARALDI, 2019) aduz que o TDI durante a história da humanidade passou um longo processo de diagnóstico, haja vista que inicialmente foi identificado como uma possessão demoníaca até o diagnóstico de histeria e múltiplas personalidades no século XIX.

Nesse cenário, segundo o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM 5 (ARAÚJO et al., 2014, p. 294), o TDI é diretamente associado a experiências devastadoras, eventos traumatológicos ou abusos vivenciados durante a infância, podendo ser evidenciado em qualquer idade. Ainda, o mencionado Manual aponta que durante a infância os sintomas apresentados geralmente não incluem a mudança de personalidade

e ao adquirir idade, passam a apresentar sintomas ilusórios que são característicos de outros transtornos.

De acordo com a American Psychiatric Association (2013, p. 292 apud MARALDI, 2019, p. 3) o TDI pode ser definido como uma quebra da identidade, podendo ser tida como dois ou mais estados de personalidade, ressaltando que em algumas culturas passou a ser denominado como uma experiência de possessão. A ruptura da identidade engloba muitos fatores envolvendo o eu do indivíduo bem como o seu senso de controle sobre suas ações, memórias, percepções, dentro outros.

Através da apresentação de um breve conceito é possível compreender a dificuldade apresentada para que os profissionais realizem o diagnóstico de maneira correta, possibilitando um tratamento adequado, priorizando os cuidados com o próprio indivíduo e com a sociedade em que habita.

Nesse cenário, fazem-se necessários profissionais devidamente instruídos e capacitados para a obtenção de diagnósticos corretos. Conforme exposto, o maior problema relaciona ao TDI é a falta de diagnose, o que, em consequência, acarreta a prisão comum de um indivíduo, medida que futuramente não gerará os efeitos esperados, como é o caso da reinserção na sociedade ou ainda, a identificação equivocada, geralmente mencionando a esquizofrenia, produzirá os mesmos efeitos, quiçá, até mesmo piores.

Diante desse contexto, é necessário abordar os critérios diagnósticos que devem ser utilizados, de acordo com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (ARAÚJO et al., 2014, p. 292), quais sejam: primeiramente, a ruptura da identidade é caracterizada pela presença de dois ou mais estados de personalidade distintos, também denominados por algumas culturas como experiências de possessão. A qual envolve descontinuidade acentuada no senso de si mesmo, conseqüentemente acarreta a diminuição do domínio das próprias ações, em conjunto com alterações em relação ao afeto, comportamento, consciência, memória, percepção, cognição e ainda no funcionamento sensorio-motor.

Ainda, secundariamente, estão presentes lacunas recorrentes na recordação dos eventos cotidianos, de informações pessoais importantes e ainda, eventos traumáticos, os quais são incompatíveis com o esquecimento comum. Tais sintomas geram grande sofrimento clinicamente, acarretando prejuízo profissional, social e nas demais áreas importantes da vida do indivíduo.

Ressalta-se que o diagnóstico em crianças se mostra dificultoso, haja vista os sintomas serem explicados como amigos imaginários ou jogos de fantasias. Nesse esteio, é importante frisar que os sintomas não são decorrentes de efeitos fisiológicos de substâncias ou demais condições médicas.

Ainda, o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM 5 (ARAÚJO et al., 2014, p. 292-293) traz algumas características diagnósticas do TDI, sendo a principal a presença duas ou mais personalidades diferentes ou ainda uma experiência de possessão, sendo classificado como Critério A. Nessa senda, os indivíduos que possuem TDI sem a possessão não demonstram nitidamente e de maneira prolongada as alterações de suas personalidades, já em casos envolvendo há possessão, principalmente ligados à exposição de situações ao estresse, as alterações de suas personalidades tornam-se mais distintas e prolongadas.

Outro ponto abordado pelo DSM 5 são as características que podem ser observadas quando a alteração da personalidade não pode ser visualizada diretamente, quais sejam: o primeiro é a alteração ou descontinuidade no senso de si mesmo e o domínio das próprias ações, caracterizando o Critério A, e a perda da memória em relação aos seus atos, conhecida como amnésia dissociativa recorrente, caracterizando o Critério B.

Assim, é importante observar que as pessoas acometidas pelo TDI sofrem tanto quanto as pessoas com quem convivem, conforme ressaltado pelo DSM 5, a principal características é a fragmentação de sua identidade e personalidade.

Nesse esteio, é imprescindível compreender que em muitos casos o indivíduo não sabe da existência do TDI, conseqüentemente não sabe da existência das demais personalidades, passando a perceber leves condições que lhe causam perturbação, como é o caso de perceber objetos que não o reconhecem como seus, ser reconhecida por pessoas as quais não lembra e ainda, apresentar quadros em que não se recorda do que de fato ocorreu.

O indivíduo acometido pela enfermidade sofre constantemente até o diagnóstico, pois "cria" essas personalidades a fim de amenizar os danos causados por situações traumáticas. Esse processo é conhecido como "switching". Após, no entanto, sofre, pois a compreensão da sociedade é limitada em razão das mudanças geradas, atingindo diretamente todo o seu convívio.

Levin (1997 apud MARALDI, 2019, p. 6) afirma que a alteração da personalidade é tão forte que é possível observar alterações fisiológicas particulares, citam ainda como exemplo a existência de uma personalidade possuir determinada alergia, enquanto em outra mostra-se ausente.

O diagnóstico é feito através de dois modelos, quais sejam: o modelo do trauma e o modelo da fantasia. O modelo de trauma aquele em que o TDI é real e passível de identificação e ainda, que não é algo característico somente da cultura norte-americana, levando em consideração sem a mudança de personalidade associada a uma defesa em virtude da situação traumática sofrida. Já o modelo fantasia aborda que as evidências disponíveis em relação à ligação existente entre a dissociação e o trauma não são confiáveis, sempre partindo da premissa que tais indivíduos são mais suscetíveis a pensamentos fantasiosos e distúrbios da realidade, enfatizando que a nossa memória é sujeita a "nos enganar" através de distorções diversas sobre os fatos e a realidade (ROSS, 2008 apud MARALDI, 2019, p. 16).

Nesse sentido, ambas as correntes sofreram fortes contraposições, o TDI apresenta uma gama de sintomas muito diversificadas, cada caso apresenta suas especificidades, o fato de ser um transtorno muito criticado

e pouco conhecido faz com que os indivíduos entrem em um estado de negação, vindo a resultar em um resultado diagnóstico “falso negativo”, o indivíduo está tão convencido de que não é portador ou ainda possui medo de um pré-conceito fixado pela sociedade, a um estágio em que a sua própria mente de fato acaba distorcendo a realidade.

Conforme exposto, o TDI é um transtorno que apesar dos estudos não há muitas regras firmadas devido às suas alterações e peculiaridades. Atualmente, porém, o interesse por tal tema tem aumentado, sob o argumento de que a saúde mental dos indivíduos se tornou um tema muito debatido e prezado.

Segundo o DSM 5, os Estados Unidos após estudos de uma prevalência em 12 meses do TDI entre adultos a prevalência de 1,5%. No Brasil tal doença é pouco observada, sob o argumento da ausência de índices ou estatísticas capazes de vislumbrar o quão presente encontra-se e conseqüentemente a sua observação quanto à aplicação da medida de segurança junto ao Poder Judiciário. Boysen e VanBergen (2013, p. 7 apud MARALDI, 2019, p. 4) trazem a seguinte informação de que os países ocidentais correspondem a 82% dos casos diagnosticados como TDI, observado o fato de que aproximadamente 50% foram registrados nos Estados Unidos e no Canadá, ressalta-se que tal informação não quer dizer que nos demais locais não há incidência de TDI.

Tais índices não são atualizados, não há óbices de que atualmente o número de indivíduos identificados com TDI cresceu, observa-se que grande parte da população brasileira não está sujeita a esse diagnóstico, podendo ser atribuído tal fato à deficiência das políticas públicas nesse sentido e à falta de conhecimento acerca do transtorno.

Conforme o apresentado pelos mais diversos autores, o indivíduo identificado com TDI carece de um diagnóstico preciso para a realização do seu tratamento, a sua mudança de personalidades acarreta prejuízos e conseqüências não somente para a sua vida pessoal, possui implicações jurídicas e criminais. Maraldi (2019, p. 4) aborda a temática de que há

diversos relatos, em países como os Estados Unidos e o Reino Unido, em que o diagnosticado alega que a prática delitiva, comportamentos impulsivos e antissociais devem ser atribuídos a uma personalidade secundária, a qual, conforme retro mencionado, o indivíduo não possui controle ou consciência de suas ações.

Em regra, as pessoas identificadas com o TDI não são agressivas, muito pelo contrário. No entanto, há situações em que o indivíduo perde o controle, o simples de fato de não saber o que está acontecendo consigo em relação aos lapsos de memória, dentre outros, causam uma reviravolta no indivíduo.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM 5 (ARAÚJO et al., 2014, p. 295) aduz que:

Mais de 70% dos pacientes ambulatoriais com transtorno dissociativo de identidade tentaram suicídio; múltiplas tentativas são comuns, e outros comportamentos de autoagressão são frequentes. A avaliação do risco de suicídio pode ser complicada quando existe amnésia em relação ao comportamento suicida pregresso ou quando a identidade que se apresenta não se sente suicida ou não tem consciência de que outras identidades dissociadas se sentem suicidas.

Em observância aos fatos narrados é possível compreender que o indivíduo em regra prefere se autolesionar do que aos demais a sua volta. Entretanto, o fato de a pessoa realizar essa troca de personalidades sem que em muitos casos saiba desse fator, torna-os inimputáveis ou semi-imputáveis, a depender da gravidade da situação.

É nítido que pessoas identificadas com o TDI quando ligados a fatos criminosos de baixa gravidade ou de alta gravidade merecem um olhar de maneira diferente que os demais indivíduos, tendo em vista que a simples prisão comum não é capaz de sanar os problemas presentes, podendo ainda

piorar. O indivíduo ao mudar de personalidade adquire total autonomia sobre as ações do ser, ou seja, o indivíduo real pode ser uma pessoa idônea com outros atributos positivos, no entanto, determinada personalidade pode vir a cometer ilícitos, prejudicando a pessoa identificada e a sociedade em que habita.

Sob tais circunstâncias observamos na próxima sessão a relação entre esse indivíduo e o Poder Judiciário, sob a ótica da aplicação da medida de segurança.

3 MEDIDA DE SEGURANÇA

Em virtude da criminalidade e dos crescentes estudos em relação às psicopatologias, bem como o descobrimento da ligação entre ambas surgiu a necessidade de encontrar um meio de tratar o indivíduo sem que a aplicação das penalidades comuns, acarretando no desenvolvimento da medida de segurança.

Dessa forma, Cardoso (2012, p. 34-37 apud COSTA, 2013, p. 46) demonstra que:

O surgimento da medida de segurança foi caracterizado pela necessidade de ajuste do dever do Estado de punir quem cometesse crimes. Inicialmente a medida de segurança era imposta sem nenhuma distinção aos indivíduos considerados perigosos, indiferentemente se fossem imputáveis ou inimputáveis, e se fossem infratores ou não. Essa aplicação atendia os anseios da sociedade, já que visava se protege por meio da separação de indivíduos perigoso da sociedade como um todo.

Nesse esteio, é importante observar que para a atribuição de penalidade ao indivíduo, seja ela a privação da liberdade ou ainda a imposição de medida de segurança, é necessário realizar o diagnóstico de maneira correta

e aplicá-lo ao conceito de imputabilidade trazido pelo art. 26³ do Código Penal e em seu parágrafo único, que aborda a diminuição da pena aplicada ao indivíduo considerado semi-imputável.

Assim, Malcher (apud SANTOS; ALMEIDA, 2009, p. 5) aduzem que:

[...] a capacidade de entendimento do agente “está relacionada à existência de fatores biológicos (maioridade penal), psiquiátricos (sanidade mental), psicológicos (discernimento pleno e voluntariedade) e até antropológicos (entendimento dos padrões socioculturais que predominam num meio social determinado)”.

Desta forma, as aplicações da pena ou da medida de segurança ficam amplamente dependentes de um estudo aprofundado da sanidade mental do indivíduo, através de estudos clínicos, concluindo, após apreciação judicial, se à época dos fatos o agente possuía consciência de que suas ações eram ilícitas, bem como determinando a sua inimputabilidade.

No entanto, Cunha e Boarini (2016, p. 443 apud FOLTZ, 2017, p. 65), ressaltam que inicialmente a medicina não fazia parte do processo judicial da medida de segurança, e o magistrado, em consequência, era detentor do poder de decidir quem era insano ou não e aplicar-lhe a penalidade compreendida. Somente na transição entre os séculos XIX e XX houve a recepção da medicina, com a promulgação do Código Penal de 1890.

Para o Direito não há significativa importância à doença psíquica do indivíduo em si, mas sim as consequências dela advindas, a sua capacidade de compreender os seus atos e o seu impacto na sociedade em que habita,

³ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.(BRASIL, 1940).

portanto, observa-se que a "capacidade é a aptidão da pessoa para praticar atos da vida civil: atos que fazem fatos, atos que fazem contratos, atos que fazem negócios, atos que expressam vontade" (RIGONATTI, 2013, p.11 apud FOLTZ, 2017, p. 71).

Atualmente, a medida de segurança é considerada uma das únicas medidas aplicáveis ao portador de doença mental que pratica fato típico e ilícito, ou seja, pratica um crime. Portanto, é necessário que seja observado o disposto na Lei n. 10.216/2001, ou seja, os direitos e garantias da pessoa com doença mental.

O entendimento doutrinário versa sobre a matéria, veja-se que Fernando Capez (2008, p. 439 apud COSTA, 2013, p.56) trata a medida de segurança como uma espécie das sanções penais, reforçando o já mencionado sobre o seu caráter preventivo, detalhando que a sua aplicação se dá na fase de execução processual imposta pelo Estado, cujo intuito é prevenir que uma agente que demonstrou periculosidade volte a cometer atividades delitivas.

Para que a aplicação da medida de segurança ocorra, primordialmente é necessário que um agente cometa um crime, e, após a devida instrução processual, seja constatada a sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade, sempre observando o processo penal em si.

Para compreender a temática, Capez (apud SANTOS; ALMEIDA, 2009, p. 6) fazem a lição de que:

[...] Imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento. Exemplo: Um dependente de drogas tem plena capacidade para entender o caráter ilícito do furto que pratica, mas não consegue controlar o invencível impulso de continuar a consumir a substância psicotrópica, razão pela qual é impelido a obter recursos financeiros para adquirir o entorpecente, tornando-se um escravo de sua vontade, sem liberdade de autodeterminação e comando sobre a própria vontade,

não podendo, por essa razão, submeter-se ao juízo de censurabilidade.

Diante da constatação de que o agente é inimputável, observadas as disposições da legislação vigente, o indivíduo deverá ser absolvido em consonância ao art. 386, VI,⁴ do Código de Processo Penal. Tal absolvição, no entanto, ocorre por meio de sentença denominada impropriamente absolutória, uma vez que diante da inimputabilidade será absolvido com a consequente aplicação da medida de segurança.

Nesse sentido, Santos e Almeida (2009, p. 7) juntam o entendimento jurisprudencial, em relação ao art. 26 do Código Penal há prevalência do critério biopsicológico normativo quanto a inimputável ou semi-imputável, ou seja, além da existência da doença mental é necessário que seja demonstrado que tal casuística afetou a compreensão sobre a ilicitude da situação ou determinação durante a prática delitiva.

Foltz (2017, p. 66) aborda ainda que no Estado de Santa Catarina há grande influência na decisão tomada pelo magistrado a fim de aplicar ou não a medida de segurança. Ainda, retoma a importância do profissional que realiza a avaliação médica do indivíduo, sendo este o perito, designado a fazer a ligação entre o contexto médico-psiquiátrico e o contexto jurídico (XAVIER; MOREIRA, 2015, p. 7 apud FOLTZ, 2017, p. 68).

Nesse esteio, diferencia a psiquiatria clínica e forense, sendo a primeira responsável por diagnosticar, tratar e curar doenças mentais e a segunda possuindo como intuito auxiliar no processo e instruí-lo. Sendo assim “vai fixar-se no direito, procurando articular, a um só tempo, o achado médico com a parte legal” (XAVIER; MOREIRA, 2015, p. 7 apud FOLTZ, 2017, p. 68). É nítido o demonstrado na presente pesquisa que para obter o resultado esperado é necessário investir no processo, proporcionar meios

⁴ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência. (BRASIL, 1941).

para efetivar um diagnóstico correto, dispor de ferramentas para qualificar os profissionais envolvidos a fim de proporcionar o tratamento correto da medida de segurança, seja ele tratamento ambulatorial ou a internação.

Após, definido que deve ser aplicada a medida de segurança, é necessário compreender que os estabelecimentos prisionais não são considerados como adequados para a efetividade do tratamento a fim de ressocializar o agente. Neste esteio, o art. 96 do Código Penal determina que o tratamento seja realizado em hospital de custódia e tratamento, quando houver a necessidade de internamento, ou nos casos em que não há essa necessidade, de forma ambulatorial, em que a pessoa se apresenta regularmente ao nosocômio para realização do tratamento.

Ressalta-se que conforme descrevem Malcher (apud SANTOS; ALMEIDA, 2009, p.3) "enquanto as penas pressupõem a culpabilidade do agente para sua imposição, a periculosidade é a condição para a aplicação das medidas de segurança". Assim, os autores observam que a periculosidade do agente é a incisiva inclinação em tornar a praticar o fato típico e antijurídico, demonstrando a necessidade da aplicação da medida de segurança e a sua eficácia.

Nesse viés, observa-se que intrinsecamente o intuito da medida de segurança não é a penalização do indivíduo e sim a realização de tratamento, a fim de reduzir a periculosidade do agente, para que este, em algum momento volte a reintegrar a sociedade sem demonstrar-se como uma "ameaça" a si e aos demais. Conforme expõe Santos e Almeida (2009, p. 9), aduz que o caráter da medida de segurança é preventivo e assistencial de tal modo o seu tratamento deve ser fornecido de maneira correta, cabendo ao Estado fornecer vagas e locais destinados a tal tratamento, uma vez que se trata de um viés duplo, visa ressocializar o indivíduo e também visa proteger a sociedade em que ele habita.

Desta forma, Oliveira e Damas (2016, p. 57 apud FOLTZ, 2017, p. 69) abordam a ligação entre os médicos e o Poder Judiciário de Santa Catarina:

O manicômio judiciário – MJ - propiciou uma relação singular do médico psiquiatra forense com o Poder Judiciário. A prática psiquiátrica legada pelo MJ aos HCTPs inclui verificar as condições mentais duvidosas dos sentenciados, apurar as suspeitas de simulação e promover o tratamento planejado dos considerados de alta periculosidade. A perícia médico-legal tornou-se fundamental para as decisões judiciais, instruindo os juízes para o julgamento. Os procedimentos assistenciais passaram a incorporar entre seus objetivos a cessação da periculosidade, cujos critérios podem ser estabelecidos pela perícia médico-legal e novamente instruir o livre julgamento do juiz. Dessa forma, os critérios médicos não desaparecem, mas ficam subordinados a princípios legais normativos.

Tal abordagem permite obter a conclusão de que em Santa Catarina os magistrados seguem de fato o estabelecido nos laudos, optando sempre pela melhor alocação do indivíduo, porém, visando sempre manter-se vinculado ao disposto pelo médico. Entretanto, devido ao fato de que muitas localidades não possuem hospitais de custódia houve a necessidade de adequar a regra geral, como é o caso de instituições particulares conveniadas ou ainda do Centro de Atendimento Psicossocial (CAPS).

O Estado de Santa Catarina possui o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) que está localizado no município de Florianópolis. No ano de 2007, conforme comunicado n. 4 publicado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o HCTP possuía 135 leitos masculinos, sendo que as mulheres são encaminhadas ao Instituto de Psiquiatria do Estado (IPQ).

Não são todos os casos em que o agente fica recolhido no HCTP, haja vista a pouca disponibilidade de leitos e a possibilidade de aplicação de medidas de segurança diversas, nos casos em que há a realização de tratamento ambulatorial, por intermédio do Programa de Acompanhamento ao Egresso – PAE.

Ao que pese a medida de segurança vise reintegrar o agente a sociedade auxiliando com a recuperação de sua doença mental, nesse sentido é necessário observar alguns pontos importantes, como é o caso do seu prazo. De fato, enquanto nas demais ações o tempo de cumprimento da penalidade está previsto em Lei de acordo com o delito cometido, nos casos de medida de segurança, o prazo mínimo é estabelecido pelo magistrado nos moldes do art. 97, § 1º, do Código Penal⁵, de um a três anos, já o prazo máximo é trazido pela Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça,⁶ a qual versa que o tempo não excederá o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

Ainda, nesse mesmo sentido, reco (apud SANTOS; ALMEIDA, 2009, p. 15) mencionam que há necessidade de determinar um prazo de duração da medida de segurança, uma vez que não pode ser levado em consideração a pena puramente simples do delito cometido e também, pode ferir o princípio constitucional da prisão perpétua, principalmente nos casos de internação.

O Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento sobre, de acordo com Santos e Almeida (2009, p. 15-16) aduzindo que a prescrição da medida de segurança levará em conta o máximo da penalidade cometida, interrompendo o prazo no início do seu cumprimento, devendo haver o acompanhamento período em relação à periculosidade do indivíduo, uma vez ausente deverá ocorrer a sua desinternação progressiva, sempre observando a limitação máxima de trinta anos de cumprimento.

O processo em si ocorre da seguinte maneira, qual seja: primeiramente inicia-se o processo por meio de inquérito policial ou outro procedimento investigativo, secundariamente ocorre a instrução processual e, finalmente, é proferida a sentença, momento em que de fato é aplicada a medida de

⁵ Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

⁶ O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

segurança, salvo os casos em que a medida de segurança é aplicada de maneira provisória conforme previsão legal.

O Estado de Santa Catarina compreende que a medida a ser adotada após a sua determinação iniciar-se-á o processo de execução, observando-se a Circular CGJ n. 55, de 28 de abril de 2015.

A medida de segurança cessará quando o agente se encontrar curado, quando a sua periculosidade cessar em meio ao processo antes do seu cumprimento integral ou ainda após o cumprimento, mediante realização de exame de cessação de periculosidade. Feito o exame será decidido se ocorrerá a manutenção da medida, o estabelecimento de tratamento ambulatorial ou ainda, a cessão de qualquer medida judicial.

No entanto, vislumbra-se que a literatura discorre de maneira diversificada do que a trazida pela legislação, pois o indivíduo não se encontrará curado, mas sim, será mantido sob controle as manifestações comportamentais dos indivíduos com transtornos contínuos, como é o caso do TDI.

Destarte, é importante observar que o sistema carcerário brasileiro se encontra em crise. Com efeito, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), em sua última pesquisa realizada no ano de 2019, o Brasil possui o terceiro maior índice de presos e esse número continua a subir.

Haja vista que o sistema está assim, não seria diferente com a medida de segurança, visto que o HCTP de Santa Catarina possui um número inferior de vagas que uma unidade prisional normal, de modo que o Estado busca adotar medidas diversas para solucionar o problema. Entretanto, conforme supracitado anteriormente, a falta de recursos, vagas e, principalmente, profissionais qualificados para realizarem os exames psiquiátricos, podendo concluir um diagnóstico errôneo, como é o caso da atribuição da esquizofrenia em diversos casos de TDI.

Ainda, é importante ressaltar que em diversos casos o agente recebe tratamento comum, não sendo nem identificada a existência da doença mental. O advogado da parte ou defensor público, em regra, deve trazer esse apontamento em sua tese de defesa. Em muitos casos não há esse apontamento, não sendo observado pelo magistrado também, causando prejuízo ao agente, haja vista a sua inimputabilidade ou sua semi-imputabilidade.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) apontou que em 2019 23 milhões de brasileiros, ou seja, 12% da população possuíam diversos sintomas de transtornos mentais. Ainda, observado esse número, pelo menos 5 milhões, ou seja, 3% da população, sofrem com esses transtornos mentais graves e persistentes.

Nesse esteio, o Professor José Geraldo Vernet Taborda chegou à conclusão, através de pesquisas, que 12% da população prisional do Estado de São Paulo, apresentava transtornos mentais, como, por exemplo, a esquizofrenia.

Portanto, observando os dados relatos é visto que é necessária uma adequação da medida de segurança e investimento em políticas públicas.

Nesse sentido, entende-se como políticas públicas:

O campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação [...] e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações. A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. (SOUZA, 2006, p. 26 apud FOLTZ, 2017, p. 88).

Observa-se que é necessário cuidar de todas as etapas, desde a internação/tratamento até o momento da desinternação cessada a

periculosidade do indivíduo. Em Santa Catarina é possível vislumbrar como políticas públicas o chamamento do Ministério Público, do perito e da Defensoria Pública durante a instrução processual, após determinada a aplicação da medida de segurança, observa-se o HCTP e os demais estabelecimentos conveniados para tratamento ambulatorial, assim, após a desinternação atualmente conta com o CAPS e o Serviço de Residência Terapêutica (SRT).

Nesse sentido, faz-se importante mencionar um caso real em que ficou nitidamente demonstrado a importância de um diagnóstico correto e as suas consequências, Mateus da Costa Meira (FOLHAPRESS, 2019) entrou em um cinema em São Paulo/SP com uma submetralhadora matando três pessoas e ferindo quatro em 1999, inicialmente após passar por exames clínicos não foi diagnosticado com nenhuma doença ou causa que o considerasse semi-imputável ou inimputável, sendo condenado a quarenta e oito anos e nove meses de reclusão. No entanto, em 2009 já cumprindo pena em uma unidade prisional convencional de Salvador tentou matar o seu colega de cela, assim após intervenção do Ministério Público novos exames foram realizados e o mesmo foi diagnosticado com esquizofrenia, sendo então internado para tratamento no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Salvador. Observa-se que atualmente novos exames foram realizados e os mesmos atestaram que Mateus havia cessado a sua periculosidade, ou seja, estava apto para a desinternação.

3.1 APLICAÇÕES DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM OUTROS PAÍSES

Vislumbra-se que tais fenômenos aconteceram em demais localidades do mundo, sendo então aplicada a medida de segurança em outros países, trazendo uma visão e ensinamento diversos do que no Brasil, haja vista que

cada região traz consigo muitas características locais que influenciam até mesmo na criminalidade e na aplicação das leis.

Desta forma, Andrade (2004, p. 1 apud COSTA, 2013, p. 47-48) informou que em 1860 a Inglaterra foi o primeiro Estado que utilizou o tratamento psiquiátrico para os indivíduos que cometeram algum crime, portadores de doenças mentais através do “Criminal Lunatic Asylum Act”, o qual regimentava o recolhimento a asilos internos das pessoas determinadas irresponsáveis penalmente. Ainda, em 1883, ao aplicar o “Trial of Lunatic Act”, bem como em 1800 foi o primeiro a fundar um manicômio judiciário.

Houve aplicação em outros locais, como é o caso da França:

Ainda na França, pela Lei de 27 de maio de 1885 foi instituído o que se chamou de ‘pena complementar’ para os multirreincidentes, que consistia em uma medida de caráter preventivo, visando a rejeição indeterminada dos delinquentes incorrigíveis, e constituindo, portanto, uma verdadeira medida de segurança. (RIBEIRO, 1998, p. 11 apud COSTA, 2013, p. 48).

Nesse viés, em virtude de uma breve análise já é possível observar grande diferença da interpretação e aplicação da medida de segurança, enquanto na Inglaterra buscou-se tratar o indivíduo, na França já havia uma aplicação a reincidentes, visando prevenir, não trazendo à tona uma interpretação voltada ao indivíduo inimputável ou semi-imputável.

A aplicação da medida de segurança ganhou outras interpretações, como é o caso aduzido por Andrade (2004, p. 2 apud COSTA, 2013, p. 48) de que em 1889 o Código Penal Italiano abordava medidas cautelares e preventivas, como é o caso da internação dos indivíduos reconhecidos como loucos.

Durante os anos, a medida de segurança criou formas específicas de agir conforme o entendimento local, sendo aperfeiçoado ao longo do tempo,

cada país buscou suprir as suas necessidades observando os demais somente para fins de modelo e aprendizagem.

Destarte, Andrade (2004, p. 2, apud COSTA, 2013, p. 50) trouxe que:

Em 1902, no início do século XX, o Código Penal norueguês narrava que se um indivíduo avaliado com certo grau de periculosidade para a segurança da sociedade, em razão de sua sanidade, sendo parcialmente ou totalmente irresponsável na prática de seu ato, e um tribunal julgasse o réu, inocentado ou condenado a uma pena diminuída, poderia o tribunal ordenar a internação em um "asilo de alienados, em estabelecimentos de cura e assistência ou em uma casa *habitacion al trabajo*, ou, então, ou impor uma pena de desterro ou de confinamento". Sendo atribuída essa medida de prevenção, só poderia ser revogada se um atestado médico relatasse que essa medida não era mais indispensável.

Sob essa perspectiva, faz-se lembrar da própria medida de segurança brasileira, impondo a necessidade de um laudo pericial médico a sua aplicação e também ao analisar a periculosidade do indivíduo ora julgado. Assim, percebe-se que a medida de segurança aplicada no Brasil observou os demais modelos adotados ao redor do mundo e a efetiva aplicação.

Cardoso (2012, p. 34-37 apud COSTA, 2013, p. 51) abordou que o entendimento de Eduardo Reale Ferrari é de que na Europa durante os séculos XIX e XX a medida de segurança originou-se da alteração no objeto da sanção/pena, constatando que ameaças e penalidades não eram métodos efetivamente satisfatórios em relação à prevenção de delitos e a reincidência os mesmos.

Do mesmo modo que atualmente o Código Penal colombiano aborda em seu art. 70 que ao inimputável por transtorno mental permanente se concederá a medida de internamento com previsão de duração máxima de 20 (vinte) anos, ressaltando que o prazo não ultrapassará o tempo máximo

da pena privativa de liberdade daquele delito, conforme menciona Maróstica (2017, p. 2).

Tal dinâmica foi observada no Brasil veemente no ano de 1830, durante o Império, pois o Código Criminal Brasileiro abordava o cometimento de crimes por parte de loucos, os quais eram entregues aos cuidados familiares ou recolhidos em casas destinadas a doentes mentais. Ainda, é possível detectar uma visão voltada ao interesse psicológico, uma vez que os loucos não seriam julgados como criminosos quando exerciam ações privadas de sentido e inteligência, no entanto, munido destes receberiam tratamento normal, mencionou Costa (2013, p. 51).

Diante disso é possível observar que a atual medida de segurança brasileira está sendo adequada desde muito cedo, os ensinamentos já eram voltados ao estudo da condição do agente no ato da realização do delito, a sua imputabilidade e conseqüentemente a busca para melhor tratar, haja vista ter sido reconhecido por outros países que a prisão comum não estava surtindo efeitos.

Faz-se necessário estabelecer um breve estudo cronológico sobre a medida de segurança para maior compreensão, conforme ensinamentos de Costa (2013, p. 52). O Código Penal de 1890 aduzia que os agentes doentes mentais deveriam permanecer sob os cuidados familiares ou internação, no entanto o seu julgamento não observava a condição mental do agente. Em 1893 surgiu um projeto para internação até a cura ou cessação da periculosidade, em 1913, outro projeto versando sobre a nocividade do agente e a internação em manicômios judiciários ou hospitais de alienados. Já em 1927 visava o reconhecimento expresso da responsabilidade diminuída ou atenuada do agente. E ainda, em 1940 foi determinado que:

Pelo Código Penal de 1940, as medidas de segurança são dívidas em pessoais e patrimoniais (art. 88). As primeiras são classificadas em detentivas (internação em manicômios judiciários, em casa de custódia e

tratamento, colônia agrícola, instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional) e não-detentivas (liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares, exílio local). As medidas patrimoniais previstas eram a interdição de estabelecimentos ou de sede de sociedade ou associação (art. 99) e o confisco (art. 100). (ANDRADE, 2004, p. 5 apud COSTA, 2013, p. 53).

De outro norte, ainda sob a visão de Costa (2013, p. 54), observa-se que o Código Penal de 1969 já abordava os conceitos de semi-imputáveis e a aplicação da pena de maneira atenuada e ainda a internação em local destinado. Já a redação de 1984 aborda o tratamento com intuito curativo.

Diante do exposto, observa-se que a adoção da medida de segurança do Brasil analisou os demais sistemas, e, no entanto, houve uma absorção e interpretação do que lhe parecia viável a realidade do Estado, bem como nos demais países houve tal entendimento, é possível vislumbrar que o tratamento do agente doente mental é analisado de maneiras distintas, de acordo com as crenças da localidade, alguns aceitam a interpretação psíquica e outros nem tanto.

4 DA (IN)EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO BRASIL E OS APRENDIZADOS DO DIREITO COMPARADO

Nessa senda, em virtude da breve exposição de como os demais países observavam e passaram a utilizar a medida de segurança, passa-se a analisar ensinamentos do direito comparado a fim de identificar a (in)efetividade da aplicação da medida de segurança no Brasil.

Conforme Balbão (2016, p. 34) o questionamento sobre a efetividade da medida de segurança deu-se durante toda sua história de aplicação, assim:

A antipsiquiatria e o movimento antimanicomial aparecem, na história, com a finalidade de quebrar paradigmas, questionar práticas enraizadas. A antipsiquiatria atingiu grandes proporções e adeptos por volta da década de 1960, discutindo as terminologias utilizadas, a coisificação da pessoa portadora de sofrimento psíquico e a sua rotulação. Dentro dessa abordagem, fala-se que a doença mental, loucura e insanidade seriam, na verdade, construções sociais e culturais.

Atualmente, é possível vislumbrar através do conturbado sistema penitenciário brasileiro que, de fato, não são todos os agentes que conseguem exercer o direito de ter o seu diagnóstico corretamente realizado e ainda, receber o tratamento adequado. Nessa perspectiva Basaglia (1982, p. 14 apud BALBÃO, 2016, p. 35) aduz que “quando a psiquiatria entra no manicômio encontra uma sociedade bem definida: de um lado os loucos pobres; de outro, os ricos, a classe dominante com meios para tratar os pobres doentes loucos”.

Observa-se que tal comentário demonstra uma crítica ao sistema, aduzindo que apesar de existir uma diferenciação de tratamento entre os inimputáveis e os demais agentes delinquentes, há grande diferença de assistência quanto ser humano, ressaltando a importância econômica do indivíduo para essa classificação.

Nessa senda Serrano (1992, p. 104 apud BALBÃO, 2016, p. 35) aborda a crítica de Alan Indio Serrano, o qual alerta que a psiquiatria alternativa deve ir muito além da extinção dos hospícios e da garantia de assistência, mas que também é necessário haver qualidade nessa assistência.

A problemática envolvendo a medida de segurança é algo que ultrapassou a sua própria existência, enfrentando os mais variados contratempos durante o seu aperfeiçoamento, é notório o entendimento doutrinário de que é dever do Estado disponibilizar um tratamento de

acordo com a condição psicológica do indivíduo, porém, não deve esquecer que diante da sua condição mental, existe um ser humano portador de necessidades e interesses.

Carvalho (2011, p. 207-250 apud BALBÃO, 2016, p. 36) aborda que:

A "institucionalização" é o "complexo de 'danos' derivados de uma longa permanência coagida no hospital psiquiátrico, quando o instituto se baseia sobre princípios de autoritarismo e coerção. Tais princípios, donde surgem as regras sob as quais o doente deve submeter-se incondicionalmente, são expressão, e determinam nele uma progressiva perda de interesse que, através de um processo de regressão e de restrição do Eu, o induz a um vazio emocional" (Basaglia 1891, p. 259). É aqui que podemos encontrar as bases mais primitivas do projeto que se delineia em torno do conceito de desinstitucionalização, para além de pura e simples desospitalização, e que tratará de ser uma das linhas condutoras mais fundamentais do projeto basagliano.

Diante do exposto, passa-se a analisar a permanência do indivíduo junto aos estabelecimentos destinados ao cumprimento da medida de segurança e os respectivos reflexos que causam ao agente em relação a si mesmo e como passa a ver os demais agentes, quando reintegra a vida externa.

Nesse mesmo sentido Goffman (2007, p. 48 apud BALBÃO, 2016, p. 36) aborda que:

Por isso, se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o que já foi denominado "desculturamento" – isto é, "destreinoamento" – o que torna temporariamente incapaz de enfrentar aspectos de sua vida diária. [...]

No entanto, nas instituições totais dos três tipos, as várias justificativas para a mortificação do eu são muito frequentemente simples racionalizações, criadas por

esforços para controlar a vida diária de grande número de pessoas em espaço restrito e com pouco gasto de recursos. Além disso, as mutilações do eu ocorrem nos três tipos, mesmo quando o internado está cooperando e a direção tem interesses ideais pelo seu bem-estar.

Tal problemática não se faz presente somente nos dias atuais, pois, conforme Arbex (2013, p. 28 apud BALBÃO, 2016, p. 37) durante uma grande pesquisa sobre o maior hospício do Brasil, o Colônia, aproximadamente 60 mil pessoas morreram nesse local, sendo que a sua maioria era internada involuntariamente, ressaltando que 70% dos agentes nem o diagnóstico da doença mental tinham, fazendo com que a sociedade repense sobre a importância de encontrar alternativas distintas, como é o caso da terapia ocupacional.

Desta forma, a fim de averiguar se tais problemáticas são encontradas somente no Brasil, passa-se a analisar a sua utilização em localidades distintas, sempre observando que a cultura e a realidade de cada região influenciam fortemente na respectiva medida de segurança.

Balbão (2016, p. 39-40) abordou que na Europa Ocidental durante o século XVII a loucura era motivo de exclusão social, abrindo muitos estabelecimentos a fim de alocar tais agentes, consolidando-se métodos invasivos de cura, a utilização de técnicas de tratamento contestáveis. No entanto, na década de 60 surgiu na Inglaterra o movimento da Antipsiquiatria e na Itália a Psiquiatria Democrática passou-se a observá-los de maneira diversa. Tal fato não foi estendido aos agentes com transtornos mentais e em conflito com a lei.

Para com isso, observa-se especificamente a realidade de alguns países a seguir abordados, viabilizando uma interpretação mais concisa sob a ótica do direito comparado.

Na Alemanha, a inimputabilidade encontra-se disposta junto ao Código Penal nos artigos 19, 20 e 21, classificando-a como inimputabilidade etária

(até os quatorze anos), a inimputabilidade por transtorno mental (psíquica, de acordo com o Código Penal brasileiro adota o sistema biopsicológico) e a imputabilidade reduzida (capacidade de controle graduável). De forma que os estabelecimentos destinados aos inimputáveis são: um hospital psiquiátrico geral aos agentes que não cometeram crimes graves, não considerados perigosos e aceitam voluntariamente o tratamento, e a internação nos hospitais psiquiátricos forenses, destinado aos inimputáveis que cometeram crimes graves, de maneira involuntária, conforme Balbão (2016 p. 41-42).

Na mesma senda:

Outras pessoas com transtorno mental, como os esquizofrênicos, que não são incompetentes perante o tribunal nem foram declaradas irresponsáveis criminalmente, podem ser presas. Entretanto, o que ocorre em algumas situações é a tentativa de Diversion Programs, em que se buscam meios alternativos à justiça criminal em qualquer etapa procedimental. Assim, policiais, tribunais e peritos podem intervir quando possível. Como exemplo, policias podem encaminhar pessoas com transtorno mental envolvidas em ato ilícito para instalações psiquiátricas em vez de apresentá-las a um juiz investigativo. Do mesmo modo, promotores podem desfazer acusações caso percebam que o ofensor não está apto a ser julgado ou não é criminalmente responsável por suas ofensas, e não apresenta perigo para o público em geral. (BALBÃO, 2016, p. 42).

Assim, conclui-se que a maior diferença entre o sistema alemão e brasileiro é a possibilidade de internação forense sem necessariamente passar pela via judicial quando cometidos crimes de menor gravidade, demonstrando maior agilidade e flexibilização do sistema, abrangendo esse direito de forma mais eficaz a população.

Nesse sentido, a Espanha aborda a inimputabilidade junto aos artigos 19 e 20 do seu Código Penal, tratando sobre o menor de dezoito anos e, quanto à isenção de responsabilidade criminal, no sentido de está isenta a responsabilidade da pessoa que comete a infração penal sem compreender a ilicitude em razão de alteração psíquica e não irá se eximir da pena quando o transtorno mental transitório provocado com intuito de comete o delito. Desta forma a medida de segurança destina-se a aqueles com anomalias psíquicas, assim ensina Balbão (2016, p. 44).

Ressalta-se que:

A aplicação dessas medidas baseia-se na periculosidade, estando limitadas temporalmente à pena em abstrato do delito cometido, conforme art. 6.1 e 2. Há, ainda, a ressalva de que somente serão aplicadas as medidas caso o agente tenha cometido um ato ilícito e do qual se possa deduzir um comportamento que indique a probabilidade de novos delitos (art. 95.1). (FLORES, 2015, p. 45-60 apud BALBÃO, 2016, p. 46).

Em consonância com o direito brasileiro observa-se que o Código Penal espanhol não aduz claramente os estabelecimentos adequados, sendo comum o cumprimento de medidas de segurança por pessoas com transtorno mental em estabelecimentos prisionais comuns (BALBÃO, 2016, p. 46).

Assim, observa-se que em geral são bem similares, na medida de segurança espanhola há maior flexibilização quanto à saída dos agentes, a duração, no entanto, os locais de tratamento são tão inadequados quanto no Brasil.

A fim de diversificar ainda mais a análise, aborda-se a legislação da Inglaterra, a qual primordialmente deve aduzir que adota o sistema *Common Law*, ou seja, tem como base julgamentos anteriores. Abdalla Filho (2006, p. 57 apud BALBÃO, 2016, p. 48) aponta que a Lei que regula de maneira específica o tratamento as pessoas com sofrimento psíquico é

a *Mental Health Act* (MHA) a qual regulamenta o tratamento, internação e prevê orientações.

Destaca-se que:

Psiquiatras forenses são consultados nas três fases do processo criminal, as quais são: *Pre-trial* (fase de instrução), *At Trial* (ao longo do julgamento) e *Post-Trial* (posterior ao julgamento). Na primeira fase, verificar-se-á se o acusado está *fitness to plead* (apto a se defender). Nessa etapa, o fato de o agente ser portador de algum transtorno mental não será suficiente para que seja considerado inapto. (DOLAN, 2004, p. 12 apud BALBÃO, 2016, p. 48).

Vislumbra-se que o julgamento dos agentes com sofrimento psíquico é igual aos demais, porém, a existência da doença mental gera fortes efeitos perante a sentença, sendo estabelecidas outras medidas (DOLAN, 2004, p. 14 apud BALBÃO, 2016, p. 49).

Além do mais, Addalla-Filho (2003, p. 246 apud BALBÃO, 2016, p. 49-50) conclui que:

No sentido de comparar os dois sistemas legais-brasileiro e inglês-, o que se nota é que o inglês tem uma relação mais próxima entre a psiquiatria e o direito. A MHA de 1983 é ligado de forma bastante direta com a clínica, criando, inclusive diagnósticos inexistentes na nomenclatura médica, o que afeta o resultado da perícia. Em contrapartida, no Brasil, há um grande distanciamento entre as áreas, havendo estranheza na comunicação entre as diferentes linguagens. Assim, por vezes, expectativas quanto ao laudo psiquiátrico, advindas do sistema jurídico, ultrapassam as possibilidades dos psiquiatras.

Ainda, em análise a aplicação da medida de segurança em outro país, observa-se que o Código Penal italiano em seu art. 85 aduz que a imputabilidade é quando o agente possui a capacidade de compreender e querer no ato. Os agentes considerados inimputáveis em virtude da insanidade podem ser considerados perigosos, haja vista o risco do cometimento de novos crimes, segundo Balbão (2016, p. 50-51).

Nessa senda, leciona:

Caso a pessoa com doença mental seja considerada responsável pelo crime, esta receberá a sentença, sem haver um caminho especial, devendo ir para a prisão, onde receberá atendimento de saúde padrão. Por outro lado, havendo ausência de responsabilidade, existirão duas possibilidades: (i) se a pessoa não for considerada perigosa para a segurança pública, estará livre e receberá cuidados de saúde mental; (ii) se considerada perigosa, deverá ser internada em um hospital psiquiátrico forense ou em outro estabelecimento fechado. Quanto a esta última hipótese, o indivíduo será regularmente avaliado até que se constate que não representa mais perigo para a segurança pública, momento em que voltará à comunidade, recebendo assistência de serviços de saúde mental. (BARBUI, 2015, p. 445 apud BALBÃO, 2016, p. 51).

Dessa forma, a principal diferença presente entre os sistemas é o fato de que na Itália a aplicação de uma sentença comum, no entanto o tratamento é direcionado a saúde mental do agente, quanto no Brasil, conforme retromencionado, vislumbrada a existência da condição mental, será proferida uma sentença de absolvição imprópria.

Após a realização de uma breve comparação entre a aplicação da medida de segurança do sistema jurídico brasileiro e de outros países é possível compreender que em sua maioria observam a capacidade de compreensão do agente, alguns levam em consideração a periculosidade

e outros possuem como principal intuito o tratamento visando a ressocialização, uma vez que o intuito é o de que o indivíduo não volte a delinquir.

A medida de segurança encontra-se em constante evolução, os principais problemas abordados são a falta de estabelecimentos adequados, o diagnóstico da doença e a crítica a um sistema que subdivide sua população em detrimento das condições financeiras. O Brasil apresenta grande evolução em relação a humanização da medida de segurança, uma vez que do direito e a psicologia durante a história conectaram-se, há esperanças de que esse sistema seja adequado, juntamente com a reestruturação do sistema carcerário, fazendo com que cumpra o seu intuito, o seu caráter preventivo, para que haja de fato a ressocialização sem que os indivíduos voltem a delinquir.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal se constituiu em importante meio para manutenção da ordem social, valendo-se da proteção dos direitos mais relevantes juridicamente tutelados pelas normas. O fim precípua da persecução criminal é a aplicação de uma penalidade à infração penalmente típica praticada, porém, nem sempre tal solução é a mais adequada ao caso concreto, como, por exemplo, quando se trata de pessoas portadoras de transtornos mentais.

Com a finalidade de melhor adequar casos envolvendo psicopatologias a uma eficiente resposta estatal, alguns países passaram a adotar medidas de segurança, que visam aplicar ao infrator tratamento adequado, mais ou menos invasivo, buscando sua recuperação e, se possível, reinserção social, evitando a reiteração criminosa e a exposição do infrator e da sociedade a riscos.

A medida de segurança, contudo, passa por uma análise não só jurídica, mas também médica e é a partir de um adequado diagnóstico que

o magistrado poderá aplicar com segurança e adequabilidade a chamada “absolvição imprópria”, por meio da qual, condenando-se alguém portador de patologia psiquiátrica, não se lhe aplica uma pena, mas sim uma medida de tratamento hospitalar ou ambulatorial, por determinado prazo.

Nesse contexto, insere-se o transtorno dissociativo de identidade (TDI), patologia de difícil diagnóstico e que precisa ser tratada. Tal enfermidade, contudo, por muitas vezes, não é adequadamente descoberta, aplicando-se penas ineficazes que não contribuem com a cura e reabilitação da pessoa condenada.

Desta forma, é necessário observar que o TDI é conhecido como um transtorno de múltiplas personalidades, o qual o agente sofre uma perda temporária de controle sobre os processos mentais, faz com que o indivíduo tenha uma divisão em personalidade distintas e autônomas entre si, capazes de gerar comportamentos diversos, pode ser atribuído como um mecanismo de autodefesa para auxiliar com situações de exposições a elevados níveis de estresse, associados principalmente a situações traumáticas ocorridas na infância do agente.

Assim, conforme supracitado a medida de segurança adveio de estudos voltados a situações específicas em que foi possível constatar que o agente não possuía condições de discernimento no ato da prática ilícita e ainda apresentava alguma periculosidade à sociedade, sendo então, desenvolvido o conceito do agente inimputável ou semi-imputável. Consoante a tais avanços oriundos da fusão entre o direito e a psicologia, o Estado buscou atribuir uma penalidade ao agente, cujo caráter tinha um viés preventivo, objetivando reduzir a sua periculosidade para poder reintegrá-lo ao convívio social.

Diante a problemática apresentada, o interesse e a necessidade do desenvolvimento de uma medida capaz de auxiliar e integrar o agente a sociedade ocorreu em diversas localidades do mundo, cada uma com as suas especificidades, de forma que através do estudo realizado foi possível

constatar que em muitos locais a medida de segurança se assemelha ao sistema aplicado no Brasil, no entanto, há pontos divergentes que acresceriam a legislação brasileira quanto à efetividade da referida medida.

O sistema brasileiro apresenta, de acordo com os dados levantados, algumas falhas nesse sentido, dentre as quais pode-se citar: a falta de diagnóstico adequado aos agentes acarretando a aplicação das demais penalidades ao invés da aplicação da medida de segurança e ainda, quando aplicada, em virtude da falta de precisão da diagnose pode ser repassado erroneamente o tratamento impossibilitando a redução da periculosidade e melhora do indivíduo. Da mesma forma, que em virtude da crise carcerária observada no Brasil, as famílias com maior poder aquisitivo oportunizam ao agente a análise em relação à medida de segurança.

Alguns outros países, no entanto, tratam a situação de uma maneira diversa, observando a medida de segurança e as psicopatologias sob um viés humanizado, aduzindo que a internação do agente não é o mecanismo mais adequado, devendo ser viabilizados tratamentos alternativos, cujos projetos encontram-se me voga. Outros, no entanto, viabilizam durante a aplicação da medida de segurança sem o trâmite processual, facilitando que a incapacidade do agente seja suscitada.

Assim, chegou-se à conclusão de que o método de aplicação e fiscalização de medidas de segurança não se mostra adequado a sistemática penal brasileiro, a considerar que o sistema carcerário se encontra abarrotado de agentes irregulares, aliado a falta de profissionais qualificados e locais apropriados para essa destinação, dificultando a diagnose da psicopatologia, confirmando-se, portanto, a hipótese de pesquisa.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Á. C. et al. **Manual diagnóstico de transtornos mentais: DSM-5/** American Psychiatric Association. 5. ed., 2014. Disponível em: <https://bityli.com/iqtqH> Acesso em: 18 ago 2021.

BALBÃO, Marcela Endres. **Inimputabilidade penal, medidas de segurança e serviços substitutivos**: um estudo envolvendo saúde mental no âmbito do direito comparado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/153382/001009578.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 out. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 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. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 abr. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 03 set. 2020.

COSTA, Carla Coêlho Pereira da. **Medida de Segurança**: Relação entre o prazo de duração e a cessação da periculosidade, UniCEUB – Centro Universitário de Brasília, 2013. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5273/1/RA20904100.pdf>. Acesso em: 1 out. 2021.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais**. 3. ed. São Paulo. Editora Artmed, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/dCrw>. Acesso em: 18 nov. 2020.

FARIA, M. de A. **O Teste de Pfister e o transtorno dissociativo de identidade**. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2008. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712008000300009. Acesso em: 15 set. 2020.

FOLTZ, Maria Vidal. **Vividros, personagens e atos da medida de segurança em Santa Catarina**. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188474/PPSM0044-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>; Acesso em: 27 ago. 2021.

HACKING, Ian. **Múltiplas Personalidades e as ciências da memória**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995.

LOWENSTEIN, Richard J. Multiple Personality Disorder. **The Psychiatric Clinics of North America**, [s. l.], 1991.

MARALDI, Everton de Oliveira. Transtorno Dissociativo de Identidade: Aspectos Diagnósticos e Implicações Clínicas e Forenses. **Fronteiras Interdisciplinares do Direito**, Rio de Janeiro, v. 1, 2019. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/fid/article/view/2>. Acesso em: 17 jul. 2021.

MARÓSTICA, Caroline. **Os limites temporais das medidas de segurança no Direito Penal brasileiro à luz do Direito comparado**. UFRGS, 2017. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/176683/Resumo_53951.pdf?sequence=1. Acesso em: 17 set. 2021.

SANTOS, C. A. B; ALMEIDA, R. L.; **A aplicação da Medida de Segurança a Dependentes Químicos Acusados de Tráfico Ilícito de Entorpecentes**. 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bbc502f-239f99ddc>. Acesso em: 29 set. 2021.

SPIEGEL, David. Transtornos dissociativos de identidade. **Manual MSD: Versão Saúde para a Família**. 2019. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt-pt/casa/dist%C3%BArbios-de-sa%C3%BAde-mental/transtornos-dissociativos/transtorno-dissociativo-de-identidade>. Acesso em: 23 nov. 2020.

FOLHAPRESS. **Atirador do shopping Morumbi pode deixar a cadeia após 20 anos**. 3 nov. 2019. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/atirador-do-shopping-morumbi-pode-deixar-a-cadeia-apos-20-anos-1.2257619>. Acesso em: 09 nov 2021.

UCHITEL, Myriam. **Neurose Traumática** – Clínica Psicanalítica. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA: UM DIREITO HUMANO CONCRETIZADO COM MEDIAÇÕES E CONCILIAÇÕES VIRTUAIS

Chirley Fátima Rigon ¹

Thaís Janaína Wenczenovic ²

RESUMO

O acesso à justiça, apesar das várias faces, correntes e conceitos, traz, enquanto princípio constitucional, um direito humano fundamental: constitui-se na garantia formal para os demais direitos fundamentais. É reconhecido por Declarações e Convenções internacionais, mas principalmente pela Constituição Federal Brasileira de 1988. O objetivo da reflexão parte da premissa de que o direito humano de acesso à justiça não se limita ao direito de acessar o Poder Judiciário de forma gratuita. Entende-se como garantia efetiva a participação das partes em litígio, por meio da autocomposição; a satisfação do usuário com a solução mais adequada do conflito; e, ter a sua disposição o fórum multiportas que deve oferecer uma solução justa para suas demandas. Observa-se a ampliação da prestação jurisdicional do Estado quando por meio do Conselho Nacional de Justiça – CNJ é editada a Resolução n.125/2010, e em 2016 com a entrada em vigor da Lei n.13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil. Neste contexto, surgem a Mediação e a Conciliação como meios alternativos e consensuais de resolução dos conflitos de interesses. Objetiva o trabalho demonstrar o atendimento ao direito humano de acesso à justiça em tempos de Pandemia, abordando o trâmite dos processos judicializados ou não que chegam aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, e outras iniciativas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Utilizou-

¹ Mestre em Educação pela Universidade do Oeste do Paraná (Unioeste); Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio; Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada (URI) Campus Erechim; adm@belaarte.srv.br

² Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS; Professora Titular no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito na Unioesc; Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná (Unioeste); Avaliadora do INEP – BNI ENADE/MEC; Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) – UNESCO; Líder da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos: perspectivas decoloniais/PPGD Unioesc; t.wenze@terra.com.br

se o método analítico descritivo, a pesquisa bibliográfica e documental. Constata-se o acesso à justiça quando a parte entende que o procedimento foi justo e participa da solução mais satisfatória para ambas as partes, cumprindo-se outro princípio constitucional que é o do devido processo legal. Constitui-se um fórum de multiportas, quando o Poder Judiciário disponibiliza várias opções para resolver o conflito, dentre as quais estão a mediação, a conciliação e outros meios alternativos de solução de conflitos. O uso da tecnologia demonstrou ser eficiente ferramenta em época de distanciamento social, o Poder Judiciário disponibiliza uma justiça acessível, mais humanizadora e concretizadora a todos os cidadãos do Rio Grande do Sul. As inquietações e a pesquisa seguem no sentido de que o acesso à internet e à informação não sejam fatores de exclusão das pessoas a esse direito tão fundamental, buscando-se parcerias com instituições essenciais a prestação jurisdicional do Estado como Ministério Público e Defensoria Pública, ou mesmo nos próprios Cejuscs.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Conciliação. Direito Humano Fundamental. Mediação. Tribunal Multiportas.

1 INTRODUÇÃO

O princípio de acesso à justiça trazido pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, não se refere apenas à justiça gratuita ou obtenção de uma resposta do juiz, ou mesmo à garantia da razoável duração do processo (incluído pela emenda Constitucional 45/2004), o devido processo legal, mas trata-se da completa tutela jurisdicional do Estado (BRASIL, 1988). Salienda-se que o direito humano de acesso à justiça é a garantia formal para que se cumpram todos os demais direitos humanos fundamentais. Em que pese, o direito humano de acesso à justiça estar alicerçado em tratados e convenções internacionais, o trabalho limita-se à legislação brasileira e à resolução AG/RES. 2656 da Organização dos Estados Americanos – OEA.

Diante do ordenamento jurídico pátrio positivado, surge um fato novo e sem precedentes: a pandemia provocada pelo Corona vírus – Covid 19. O

isolamento social determinado afasta as pessoas do seu trabalho presencial e no Poder Judiciário não foi diferente. Inicialmente o trabalho remoto, na expectativa de retornar à normalidade em breve. Ocorre que se estendeu o isolamento e, diante disso, o Poder Judiciário se vê na impossibilidade de dar andamento aos inúmeros processos e audiências que aguardam por solução. Regras e regulamentos são alterados para que se possa, de alguma forma, realizar as audiências. Inicia então o procedimento para validar e operacionalizar as audiências (sessões de mediação cíveis e familiar e conciliações) virtuais.

Amparados pela Resolução n.125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs,³ têm início os treinamentos em sistemas e plataformas virtuais para retomar as sessões de mediação e conciliação, atendendo o direito do cidadão de acesso à justiça, de forma virtual, tanto os mediandos quanto os mediadores. Como nem todas as Comarcas constituíram os Cejuscs, para estas e os municípios jurisdicionados nasce uma nova justiça, que chega à casa de cada cidadão em todo o Estado do Rio Grande do Sul - RS, trata-se do projeto Cejusc do Cidadão On-line, para atender em especial os cidadãos naquelas cidades em que não há Comarca e nem Cejusc. É autoatendimento em sistema on-line, pelo site do Tribunal de Justiça do RS, para registrar a demanda, a comunicação (convite) ao comparecimento, a sessão e a homologação dos acordos totalmente virtuais (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

O objetivo da pesquisa é demonstrar que a efetiva prestação jurisdicional, por parte do Estado, não se limita à premissa de que o direito humano de acesso à justiça seja o direito de acessar o Poder Judiciário de forma gratuita. Entende-se como garantia efetiva a participação das partes em litígio, por meio de processos autocompositivos (mediação e conciliação);

³ Não existe a obrigatoriedade de todas as Comarcas instalarem os Cejuscs, apenas as maiores e que possam dar suporte as Comarcas menores. Atualmente no Rio Grande do Sul são 54 Cejuscs instalados, e aproximadamente 161 Comarcas (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

a satisfação do usuário com a solução mais adequada do conflito; e, ter a sua disposição uma justiça multiportas, disponibilizada pelo Poder Judiciário, que deve oferecer variadas formas de se chegar a uma solução justa para suas demandas.

Nessa perspectiva de análise, divide-se o trabalho em três partes. Na primeira, abordar-se-á o direito de Acesso à Justiça como direito humano fundamental, apresentando-se o tema de estudo, traçando as premissas fundamentais à sua compreensão. Na segunda parte, a visão de acesso à justiça promovida pela Resolução n. 125/2010 do CNJ, com as alterações ocorridas em 2016, analisando também os institutos da mediação e conciliação a luz do Novo Código de Processo Civil. A terceira e última parte apresenta a práxis vislumbrando a mediação e conciliação como institutos de concretização do direito humano e fundamental de acesso à justiça. Para tanto, apresenta a legislação e atos pertinentes ao funcionamento do Cejusc do Cidadão On-line criado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Constata-se, que o acesso à justiça também se concretiza por meio da autocomposição, quando o usuário acessa uma ordem jurídica mais justa, em que os direitos humanos são garantidos pela duração razoável do processo, pela gratuidade, mas principalmente quando encontra um Tribunal Multiportas que disponibiliza aos usuários em conflito, diversas formas de chegarem à solução mais justa como a que ocorre com a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejuscs. Merece o registro de que uma nova justiça nasce, mais rápida e eficiente, que mesmo em época de pandemia, isolamento social, consegue atender os anseios de quem busca os serviços do Poder Judiciário (CABRAL, 2020). Além disso, o que consolida o direito humano de acesso à justiça é a aceitação do novo formato que a justiça chega à casa das pessoas: o virtual, seja do seu celular, seja do seu notebook ou desktop.

O cidadão ou seu procurador necessita ter acesso à rede mundial de computadores, possuir um endereço de e-mail para que possa participar da

sessão de mediação ou conciliação e ter sua demanda resolvida em menos de quinze dias. A busca pelo novo formato dá seus primeiros passos e com bons resultados em número de acordos, o que demonstra efetivo sucesso nos procedimentos de autocomposição, e a efetiva participação do usuário na melhor solução do seu conflito no momento, inclusive capacitando-o para aprender a melhorar a comunicação, no sentido de evitar demandas futuras, resolvendo suas demandas ao invés de buscar o judiciário para fazê-lo.

2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL⁴

Para fins da busca de dados e análise do objeto em tela, utilizou-se o método analítico descritivo, a pesquisa bibliográfica, doutrinária e documental, o site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a experiência de uma das autoras como mediadora judicial nas sessões virtuais realizadas desde junho de 2020, motivadas principalmente pelo isolamento social, como forma de o Poder Judiciário dar respostas às novas demandas (pré-processuais), como as anteriormente judicializadas (processuais). O referencial teórico apresenta o princípio constitucional de acesso à justiça à luz do ordenamento jurídico pátrio, e segue com doutrinadores como Mauro Cappelletti, Bryant Garth, André Gomma Azevedo, um dos responsáveis pela edição do Manual de Mediação publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, Luis Alberto Warat, Kazuo Watanabe que participou da elaboração da Resolução n. 125/2010 do CNJ, dentre outros doutrinadores.

Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos Fundamentais são definidos, estudados e classificados desde a antiguidade clássica. Da mesma

⁴ Os conteúdos deste capítulo foram objeto de publicação no seguinte artigo: RIGON, Chirley F.; WENCZENOVICZ, Thaís J. Direito humano de acesso à justiça em tempos de pandemia: mediações e conciliações virtuais no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Apresentado e publicado nos anais do XVII CIDH – Congresso Internacional de Direitos Humanos, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS.

época, o conceito de acesso à justiça vem acompanhando essas mudanças, chegando à atualidade e como objeto do presente estudo, o acesso à justiça como um direito humano fundamental, um dos pressupostos para o exercício da cidadania, de inclusão social, e inclusive acesso ao conhecimento do direito, eis que os demais direitos só têm a garantia se esse for concretizado.

Importante referir o conceito quanto a acesso à justiça, constante no teor da resolução AG/RES. 2656 (XLI-0/11), aprovada por unanimidade durante a 41ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), garantindo o acesso à justiça como direito humano fundamental. A referida resolução é o primeiro ato normativo aprovado pela OEA que aborda o tema do acesso à justiça como direito autônomo, permitindo o exercício e a proteção de outros direitos. O documento o reconhece como direito humano fundamental, não se esgotando com o ingresso na instância judicial e estendendo-se ao longo de todo o processo, o qual deve ser instruído segundo os princípios que sustentam o Estado de Direito, como o julgamento justo, prolongando-se até a execução da sentença (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011).

A Constituição Federal de 1988, quando elenca os direitos e garantias fundamentais, no seu artigo 5º, inciso XXXV, estabelece que a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, na sequência, no inciso LXXIV, prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que provarem insuficiência de recursos. Define ainda a CF/88, como instituições essenciais à função jurisdicional de Estado, o Ministério Público e a Defensoria Pública, as quais estão incumbidas de prestar orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, aos hipossuficientes (BRASIL, 1988).

Segundo Watanabe (2012) é necessária uma releitura e ressignificação do Art. 5º, inciso XXXV da CF/88:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição

Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa. (WATANABE, 2012, p. 88).

A relevância do tema centra-se na garantia do acesso à justiça, direito essencial à efetiva proteção do indivíduo e à realização concreta do Direito, ou seja, uma solução mais justa para a demanda dos cidadãos. É importante referir à própria consagração de um Estado de Direito que implica a obrigação estatal de efetivação da ordem jurídica, com a submissão a postulados jurídicos no desenvolvimento desta atividade. Em razão de sua importância crucial à proteção do ser humano e à efetivação da ordem jurídica, o direito de acesso à justiça é objeto de consagração positiva tanto no âmbito jurídico doméstico, quanto na esfera internacional.

2.1 A RESOLUÇÃO N. 125/2010 E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Com a edição da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, o acesso à justiça passa a integrar a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, apesar de estar elencado dentro do texto constitucional o direito ao acesso à justiça, como direito fundamental, foi necessário à edição da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça para criar uma política pública do judiciário, para que visse aplicada uma das formas de tratamento adequado de conflitos.

A referida resolução foi alterada em 2016, buscando concretizar e estabelecer regras claras, catalisando os métodos e práticas desenvolvidas

até então. Além disso, a Resolução estabeleceu regras para a estrutura dentro do Poder Judiciário, criando nos Tribunais os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMECs, e, sendo também dever dos tribunais a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs. Este último, obrigatório inicialmente nas comarcas maiores, inclusive por conta dos espaços necessários ao desenvolvimento dos trabalhos de mediação e conciliação.

No início, o movimento de acesso à justiça objetivava reduzir as demandas contidas, sejam elas por falta de mecanismo processuais adequados à causa, ou pela morosidade e também pelos altos custos gerados. No entanto, nos dias atuais vê-se um judiciário voltado à busca de soluções alternativas aos conflitos não utilizando somente o direito positivado, mas métodos interdisciplinares, conforme o Manual de Mediação utiliza o termo 'abandono de fórmulas exclusivamente positivadas'. Que nada mais é do que a implantação de mecanismos processuais e pré-processuais que complementam o sistema instrumental, tendo como objetivo atender não somente os direitos e interesses tutelados mas como auxiliar na sua função de pacificação social (BRASIL, 2016, p. 38).

Atualmente prevalece, nos dizeres de Cappelletti e Garth (1988), o acesso à justiça como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário. Nesse sentido lecionam:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12).

Segundo Oliveira (2010), o acesso ao Poder Judiciário pode ser considerado um antecedente lógico ao acesso à justiça, sendo que este tem como objetivo final a pacificação social. Neste sentido:

[...] o acesso ao Poder Judiciário não se confunde com acesso à justiça. É possível alcançar o primeiro sem chegar ao segundo. Por um lado, é possível alcançar a justiça sem necessariamente movimentar o aparelho estatal; para tanto, o sistema legal prevê meios alternativos de solução de conflito que não preveem a intervenção do Judiciário. De outro lado, mesmo o ingresso de uma demanda em juízo não é garantia de que o provimento jurisdicional definitivo seja o mais correto e justo possível. (OLIVEIRA, 2010, p. 13).

Constata-se que, atualmente, o acesso à justiça está voltado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) com a solução mais adequada do conflito, do que propriamente com o mero acesso ao poder judiciário. As pesquisas demonstram, conforme dados publicados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, que os usuários precisam perceber que o procedimento foi justo, cumprindo assim o devido processo legal.

A participação dos usuários (jurisdicionados), ou seja, a opção de requerer a sessão de conciliação ou mediação, ou apenas concordar com a designação pelo magistrado, aumenta sua percepção de justiça, ou resultado justo. Dessa forma, o acesso à Justiça é visto como o acesso à solução do conflito, por meio de sua participação, em que o Estado aplica o procedimento mais adequado. Acredita-se que o que legitima o acesso à justiça seja realmente a satisfação dos usuários com a forma de conduzir o processo e o resultado pretendido.

Costuma-se incentivar os usuários à participação na solução da sua demanda por dois motivos: o primeiro na busca do resultado entendido como mais justo para cada uma das partes; segundo pelo tempo despendido num processo, quando se compara que nos Cejuscs um termo de acordo

lavrado na sessão de conciliação ou mediação, terá sua homologação em no máximo sessenta dias, e nos procedimentos positivados do judiciário, o mesmo processo pode chegar a sessenta meses para sua conclusão, e o que é pior: não satisfazendo nenhuma das partes quanto à sentença e nem mesmo atendendo o que considerariam justo.

Observa-se que independente da sessão de conciliação ou mediação resultar em acordo, os mediandos saem satisfeitos pela informalidade da sessão, pelo ambiente acolhedor, pelo tempo que lhes é disponibilizado, por poder falar e ouvir sem ser interrompido, por ser ator e protagonista da sua causa. Não raras vezes, as sessões servem para semear a nova cultura da autocomposição, não resultando acordo na sessão, mas extrajudicialmente, levadas a termo e ao judiciário para a homologação, quando as partes entendem que podem ser os juízes de suas próprias causas.

Pode-se destacar alguns dos principais objetivos da Resolução n. 125/2010, arts. 2º, 3º e 4º:

- i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de 38 qualidade (art. 2º);
- ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º);
- iii) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º). (BRASIL, 2010).

Com a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, a expectativa de um Poder Judiciário mais pacificador social, se mostra possível a realização efetiva desse novo acesso à justiça se os tribunais conseguirem redefinir o papel do poder judiciário na sociedade como menos judicatório e mais harmonizador. Busca-se assim estabelecer uma nova face ao judiciário: um local onde pessoas buscam e encontram suas soluções – um centro de harmonização social (BRASIL, 2016, p. 37-38):

- a) (...) começa-se a criar a necessidade de tribunais e magistrados abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores;
- b) (...) a pergunta recorrente no Poder Judiciário deixou de ser 'como devo sentenciar em tempo hábil' e passou a ser 'como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo;
- c) (...) busca-se estabelecer uma nova face ao judiciário: um local onde pessoas buscam e encontram suas soluções - um centro de harmonização social;
- d) (...) uma transformação revolucionária no Poder Judiciário em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados (...) com o maior índice de pacificação das partes com conflito (...) profunda transformação do nosso país que substituirá a 'cultura da sentença' pela cultura da pacificação.

2.1.1 Estrutura dos Tribunais de Justiça e o Fórum Multiportas para promover o acesso à justiça

A origem do Fórum de Múltiplas Portas data de 1948, quando em Nova York já era possível o julgamento por árbitros e com direito a apelação para um juiz togado. Porém, apenas em 1976 teve início sua sistematização e divulgação com o trabalho de Frank Sanders, "*Varieties of Dispute Processing*", no qual foram delineadas as principais linhas do fórum de múltiplas portas, como proposta para melhorar a resposta do Poder Judiciário para os casos que lhe são apresentados (STIPANOWICH, 1998, p. 308).

Esta organização judiciária proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP) compõe-se de um poder judiciário como um centro de resoluções de disputas, com distintos processos, baseado na premissa de que

há vantagens e desvantagens de cada processo que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, em vez de existir apenas uma “porta” - o processo judicial - que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um amplo sistema com vários distintos tipos de processo que formam um “centro de justiça”, organizado pelo Estado, no qual as partes podem ser direcionadas ao processo adequado a cada disputa. Nesse sentido, nota-se que o magistrado, além da função jurisdicional que lhe é atribuída, assume também uma função gerencial, pois ainda que a orientação ao público seja feita por um serventuário, ao magistrado cabe a fiscalização e acompanhamento para assegurar a efetiva realização dos escopos pretendidos pelo ordenamento jurídico processual, ou, no mínimo, que os auxiliares (e.g. mediadores) estejam atuando dentro dos limites impostos pelos princípios processuais constitucionalmente previstos. (BRASIL, 2016, p. 40).

Foi o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que no Brasil deu início à nova tendência do fórum multiportas, em 2002, quando pela Resolução n. 2, “instituiu o Programa de Estímulo à Mediação”, no qual incumbia ao juiz acionar o serviço de mediação forense. Com certeza, uma nova era em direção à nova tendência do direito processual, consolidando-se, ganhando força na concretização do fórum multiportas com a Resolução n. 125 /2010 do CNJ (com alterações em 2016) e a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil de 2015

Em atendimento ao direito Fundamental de acesso à justiça, concretiza-se o mesmo, não apenas com a reparação de direitos, mas com soluções encontradas pelas partes, consideradas protagonistas, participando ativamente da resolução dos conflitos, bem como de seus resultados, a esse procedimento dá-se o nome de autocomposição.

“[...] A institucionalização desses instrumentos – ou seja, a inserção desses métodos na administração pública,

em especial, no Poder Judiciário – iniciou-se, no final da década de 1970, nos Estados Unidos, em razão de uma proposta do professor Frank Sander denominada Multidoor Courthouse (Fórum de Múltiplas Portas). Esta organização judiciária, proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP), compõe-se de uma visão do Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso, baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, em vez de existir uma única “porta” (o processo judicial) que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um sistema amplo com vários tipos distintos de processo que forma um “centro de justiça”, organizado pelo Estado (e apoiado pela iniciativa privada), no qual as partes podem ser direcionadas ao processo mais adequado a cada disputa”. (BRASIL, 2016, p. 18).

Estabelece a Resolução n. 125/2010 em seu Capítulo III - Das Atribuições dos Tribunais – Seção I – Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, em seu Art. 7º que os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos ou NUPEMECs), tendo esse órgão como principal objetivo o desenvolvimento da política judiciária, sendo considerado “o ‘cérebro autocompositivo’ do tribunal, vale dizer: é o desenvolvedor da política judiciária de Resolução Apropriada de Disputas – RAD.” (BRASIL, 2016, p. 42).

O art. 7º da Resolução 125 cria o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (“Núcleo” ou “NUPEMEC”) com o objetivo principal de que este órgão, composto por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, desenvolva a política judiciária local de RAD. Para contextualizar o propósito do núcleo em treinamentos utiliza-se informalmente a expressão “cérebro autocompositivo” do Tribunal, pois a

este núcleo compete promover a capacitação de magistrados e servidores em gestão de processos autocompositivos bem como capacitar mediadores e conciliadores – seja entre o rol de servidores seja com voluntários externos. De igual forma, compete ao Núcleo instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e planejar de forma centralizada a implantação dessa política pública no respectivo Tribunal.

Por sua vez, o art. 8º da Resolução em comento cria os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”) com o objetivo principal de realizar as sessões de conciliação e mediação do Tribunal. Naturalmente, todas as conciliações e mediação pré-processuais são de responsabilidade do Centro – uma vez que ainda não houve distribuição para varas. Todavia, mesmo demandas já distribuídas podem ser encaminhadas para os Centros com o objetivo de apoiar os Juízos, Juizados e Varas nas suas conciliações e mediações. Por este motivo, em treinamentos, refere-se ao Centro como sendo o “corpo autocompositivo” do tribunal, os Centros Judiciários de Solução De Conflitos e Cidadania, então conhecidos como CEJUSCs, são centros criados com o propósito de proporcionar às partes um atendimento e uma orientação na busca de solução de conflitos, a criação desses centros veio com a atualização do Código de Processo Civil (ARAÚJO et al., 2016)

Dispostos em Lei, nos artigos 165, caput, CPC (BRASIL, 1988) e nos artigos 8º a 11 da resolução n. 125 do CNJ, os centros foram criados de forma obrigatória e são compostos por servidores, conciliadores, mediadores, supervisores e um juiz coordenador para que haja uma supervisão em relação ao trabalho sendo feito dentro do órgão. No fim de 2019, havia na Justiça Estadual 1.284 CEJUSCs instalados. Esse número tem crescido, em 2014, eram 362 CEJUSCs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016, o número de unidades aumentou para 808, em 2017 para 982 e em 2018 para 1.088 (BRASIL, 2020, p. 171).

Diante da realidade de que tramitavam em torno de 77 milhões de ações no judiciário no final de 2019, na justiça de 1º grau e, com a efetividade dos CEJUSCs, já é possível reduzir esse número com atuações em busca de soluções amigáveis de conflito. Desse modo, com a criação dos centros Judiciários, foi possível uma divisão a respeito desses processos com mais facilidade em ser resolvidos de forma célere e autocompositiva, diminuindo os índices e ajudando as partes nos custos processuais e pessoais no decorrer do processo (BRASIL, 2020, p. 93).

Esses centros são responsáveis pelas realizações das audiências de Conciliação e Mediação que são conduzidas pelos Mediadores e Conciliadores devidamente capacitados, passando por um curso de formação e supervisão realizado pelo próprio órgão competente, no caso os Tribunais de Justiça. Rotina dos Cejuscs: Conciliação e mediação pré-processual – antes do ajuizamento do processo judicial; Conciliação e mediação processual – durante o curso do processo judicial, em qualquer grau de jurisdição; e, Serviços de Cidadania – podem ser oferecidos no CEJUSC ou os funcionários do CEJUSC deverão prestar orientação às partes sobre onde encontrá-los. Exemplo. emissão de documentos, assistência social e psicológica, orientação jurídica, etc.

2.1.2 Autocomposição e acesso à justiça: mediação e conciliação no novo código de processo civil

A mediação é um dos métodos de solução de conflitos interpessoais, em que existe uma relação continuada entre as partes, ela busca o entendimento dos litigantes quanto aos benefícios de um acordo e uma possível resolução mais célere e satisfatória para ambos.

A conciliação, assim como a mediação busca também a resolução de conflitos existentes entre as partes, porém, na conciliação o conciliador busca juntamente com as partes uma maneira viável de solucionar os

conflitos existentes, ou seja, ele pode sugerir uma proposta para que haja um acordo final entre os litigantes. Aplica-se a situações de relações não continuadas.

A mediação e a conciliação são métodos de resolução de conflitos, extrajudicial ou judicial, os pré-processuais e processuais, quando já existe um processo jurisdicional. O mediador e o conciliador são considerados instrumentos da justiça, considerados terceiros imparciais, e estão submetidos a impedimento e suspeição como especificados nos artigos 148, II, 170 e 173, II, do Novo Código De Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015).

Conforme leciona Watanabe sem a mediação e conciliação não há como se falar em acesso à justiça:

Sem a inclusão dos chamados meios consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, não teremos um verdadeiro acesso à justiça. (...) Pode-se afirmar assim, sem exagero, que os meios consensuais de solução de conflitos fazem parte do amplo e substancial conceito de acesso à justiça, como critérios mais apropriados do que a sentença, em certas situações, pela possibilidade de adequação da solução à peculiaridade do conflito, à sua natureza diferenciada, às condições e necessidades especiais das partes envolvidas. Trata-se, enfim, de um modo de se alcançar a justiça com maior equanimidade e aderência ao caso concreto. (WATANABE, 2012, p. 88-89).

Desse modo, o Código de Processo Civil analisa e informa sobre as reais condições da Mediação e Conciliação e informa com clareza os aspectos para que sejam realizadas essas audiências e concretizando assim a utilização desses métodos no judiciário como sendo a forma mais viável para a solução de litígios atualmente (BRASIL, 1988).

A mediação é uma forma autocompositiva de resolução de conflitos que, segundo Warat é:

...uma forma alternativa...uma técnica ou um saber que pode ser implementado nas mais variadas instâncias...na psicanálise, na pedagogia, nos conflitos policiais, familiares e de vizinhança, institucionais e comunitários, em seus variados tipos em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos; a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. (WARAT, 1998, p. 5).

Destaque-se a diferença dos processos heterocompositivos e autocompositivos (BRASIL, 2016, p. 30):

Quadro 1 – Diferenças entre Processos Autocompositivos e Processos Heterocompositivos

AUTOCOMPOSITIVO	HETEROCOMPOSITIVO
1. Prospectivo	1. Retrospectivos
2. Foco em solução	2. Foco em culpa
3. Disputa deve ser resolvida	3. Disputa deve ser vencida
4. Enfoque pluralista	4. Enfoque monista
5. Uso pragmático do direito	5. Uso dogmático do direito
6. Formalismo definido pelo usuário	6. Formalismo definido pelo prestador
7. Linguagem e regras simplificadas	7. Linguagem e regras tradicionais
8. Participação ativa das partes	8. Participação ativa dos advogados processo para vencer
9. Advogados direcionados a contribuir com soluções negociadas	9. Advogados direcionados a atuar no processo para vencer
10. Foco em interesses	10. Foco em direitos e fatos
11. Processo humanizado	11. Processo positivado

Fonte: as autoras (2022).

A redação trazida pelo novo Código de Processo Civil demonstra a necessidade da aplicação desse meio de solução de conflitos. Apesar

de ter despertado muitas discussões sobre uma visão mais célere do processo, no artigo 334 do novo CPC são claramente especificadas todas as formas legais para a realização de uma audiência de Conciliação e Mediação. Entende-se que o encaminhamento inicial geral, é obrigatório, dos processos ao Cejusc – art. 334, cujo caput, alerta sobre os prazos para que essas audiências sejam marcadas, com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 dias de antecedência.

A mediação tem finalidade educativa, ou seja, assenta-se em diálogos com vistas a informar e facilitar a tomada de decisão pelos próprios mediandos, já que eles atuam como protagonistas. O mediador, terceiro imparcial, limita-se à intervenção facilitadora, informativa, mas não decisória, diferente da conciliação e da arbitragem, que são mecanismos pelos quais o terceiro (conciliador ou árbitro) apresenta solução e decide, estando, estas, assim, mais próximas da lógica judicial. Afirma Warat (1998) que o juiz e o árbitro ocupam lugar de poder e o mediador ocupa lugar de amor:

(...) o discurso do mediador é amoroso, transpira cuidados (...) o mediador chama para o lugar da transferência o outro ou os outros envolvidos no conflito, tentando que cada um, olhando-se a partir do olhar do outro, possa se transformar, reencontrando-se nas pulsões de vida (...). (WARAT, 1998, p. 9).

Insta destacar que não se realiza a sessão somente se: ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; quando não se admitir a autocomposição. Quanto ao não comparecimento na sessão de conciliação ou mediação: a) é considerado ato atentatório à dignidade da justiça; gera multa de até 2% do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. Ressalta-se que o comparecimento é obrigatório, no entanto, a permanência na sessão respeita o princípio da voluntariedade, os mediandos não são obrigados a participar

após realização do Termo de Abertura, que explica aos participantes como irá ocorrer a sessão de mediação ou conciliação.

O art. 334, do CPC, em seu parágrafo 2º, define: “§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.” (BRASIL, 2016). É importante informar que havendo qualquer possibilidade de entendimento entre as partes, as sessões podem ser remar cadas e até haver a suspensão do processo, no aguardo de mais elementos, de quaisquer das partes.

O novo Código de Processo Civil Brasileiro diferencia e ressalta também a função do mediador e conciliador em seu artigo 165, §§ 2º e 3º.

Art. 165 - ...

§ 1º - ...

§2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2016).

Pelo Código de Processo Civil são informadas de forma clara e analisadas as condições da realização das sessões de Mediação e Conciliação, entendidas como as formas mais viáveis de solução de litígio no judiciário atualmente. As novas disposições do Código de Processo Civil têm como objetivo tornar efetivo esses meios de solução de conflitos para a sociedade e o judiciário. Um outro ponto relevante sobre o novo CPC, é que não há citação do réu para apresentar resposta, mas é necessário

intimá-lo para comparecer à audiência de Conciliação e Mediação. Logo, o prazo para contestação inicia a partir da realização da sessão ou do dia em que o réu se manifestar pelo desinteresse de sua realização. O Novo Código de Processo Civil consegue de maneira exitosa encontrar, nas sessões de mediação ou conciliação, uma forma positiva na resolução de conflitos, oferecendo uma alternativa mais justa no resultado das ações, sejam processuais ou pré-processuais.

2.2 ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ-RS, o primeiro ato a ser exarado foi a Resolução n. 001/2020-P, que estabelecia medidas de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus (Covid-19) considerando a classificação de pandemia pela Organização Mundial da Saúde – OMS. Na sequência, a Resolução n. 002/2020 regulamenta, em caráter temporário, o horário de expediente forense, a suspensão de prazos, o trabalho remoto e a realização de sessões e audiências nas dependências do poder judiciário, em razão do risco de propagação do novo vírus (Covid-19).

Assim, uma sucessão de atos do Poder Judiciário alterando e se adequando à realidade diante do agravamento da pandemia e manutenção do isolamento social, ao tempo em que também deve priorizar os atendimentos aos que buscam a solução de suas demandas. A tecnologia foi a grande responsável pelo novo formato de atendimento aos que buscam os serviços do Poder Judiciário. Aos poucos, além das audiências com os magistrados, as sessões de mediação e conciliação começam a ser retomadas gradativamente. Novas e diversificadas plataformas virtuais para realização das sessões de forma on-line nas modalidades: treinamentos, reuniões, lives e, por fim, a prática. O novo reordenamento incide em pautas lotada e

envolvimento pelas partes e pelos procuradores em resposta a adaptação ao novo formato de atividade em face da crise sanitária.

As pautas começam a ser distribuídas para que as Varas cíveis e de família agendem as sessões de conciliação e mediação a serem realizadas pelos Cejuscs. A maioria das comarcas que tem o Cejusc instalado deu início à forma virtual de atendimento a demanda pré-processual e processual. Pode-se citar o exemplo da Comarca de Erechim, que oferece os serviços de Conciliação, Mediação Cível e Mediação Familiar, em plataforma virtual, desde o mês de junho do ano de 2020, até dezembro, houve uma média de 36% (trinta e seis por cento) de acordos nas mediações familiares.

Diante do resultado, são importantes dois destaques, o primeiro de que às conciliações são aplicadas em demandas que envolvem assuntos pontuais, como negociações bancárias, endividamentos, acidentes de trânsito e outros, que muitas vezes dependem de perícia ou de discutir o mérito, que cabe apenas aos magistrados. O segundo é que os maiores índices nas mediações familiares, refletem a urgência e emergência que demandam os processos dessa natureza, como fixação de alimentos, visitação, guarda de menores e outros.

O acesso à justiça não se limita à pessoa física; o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no mês de maio inicia um curso de preparação para mediadores empresariais, escolhidos dentre os já atuantes nos Cejuscs das Comarcas, para implantar o Cejucs Virtual Empresarial, prevendo as demandas diante das dificuldades econômicas enfrentadas pelas empresas. Em 19 de junho de 2020 é oficialmente criado e implantado em ambiente virtual o Cejus Empresarial, com a finalidade de realizar mediações coletivas ou individuais relacionadas às questões envolvendo o Direito Empresarial, no âmbito pré-processual e processual.

Dando continuidade ao atendimento ao princípio de acesso à justiça, insta abordar a criação, pelo TJ-RS, do Cejuscs do Cidadão On-line, criado pelo Ato n. 29/2020, da Presidência do TJ-RS, com a finalidade de atender

todos os cidadãos do RS, por meio de plataforma virtual, incentivando a autocomposição, a desjudicialização e a melhoria dos serviços do Poder Judiciário. Todos os atos são realizados de forma virtual: a solicitação, a comunicação, as sessões de mediação ou conciliação e a homologação do termo da sessão pelo juiz. O serviço pode ser na *home page* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ícone Cejusc Cidadão *Online*.

Ao completar um ano de atividades o Cejusc Cidadão Online apresenta os seguintes resultados:

Tabela 1 – Atendimentos e resultados obtidos no Cejusc Cidadão Online

PERÍODO DE 27/07/2020 – 31/08/2021						
FASE	ATENDIMENTOS	ACORDOS	NÃO ENTENDIMENTOS	PREJUDICADOS	CANCELADOS	CANCELADOS
TOTAL	706	81	125	217	69	214
PRÉ-PROCESSUAL						
TOTAL	308	47	42	134	40	45
Conciliação	133	11	18	61	19	24
Mediação cível	113	14	16	57	9	17
Mediação familiar	40	18	5	9	6	2
Superendividamento	21	4	3	6	6	2
Mediação empresarial	1	0	0	1	0	0
PROCESSUAL						
TOTAL	398	42	75	83	29	169
Conciliação	103	4	27	15	10	47
Mediação cível	75	4	20	27	7	17
Mediação familiar	220	34	28	41	12	105

Fonte: as autoras (2021).⁵

⁵ Dados obtidos junto ao Cejusc de Pelotas, que coordena o projeto Cejusc Cidadão Online.

Observa-se a exemplo do Cejusc de Erechim, que o percentual de entendimento nas mediações familiares supera os percentuais nas demais modalidades de autocomposição, atingindo 45%(quarenta e cinco por cento) de entendimentos. Cumpre destacar o importante trabalho que o Poder Judiciário gaúcho tem realizado em prol do acesso à justiça, pois qualquer pessoa pode acessar os serviços, inclusive de outros Estados, de municípios com ou sem Cejusc nas suas comarcas. Os atendimentos registrados como prejudicados referem-se normalmente a ausência de uma das partes, no entanto, sempre que possível, entra-se em contato por telefone e a sessão é remarcada para nova data.

Para o juiz coordenador do Cejusc Cidadão On-line e também coordenador do Cejusc da Comarca de Pelotas no RS, Dr. Marcelo Malizia Cabral "Nasce uma nova justiça: de olhos abertos e de mãos estendidas." (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

A imagem tradicional da Justiça, construída com a superioridade e a seriedade da deusa grega Têmis, que tem os olhos vendados para tratar com igualdade e edificada igualmente por juízes severos, que impõem suas decisões com o martelo em punho, vai dando lugar, pouco a pouco, a uma justiça que recebe com sorriso acolhedor, que se coloca no mesmo nível daqueles que a procuram, que ouve ativamente e de olhos bem abertos para que possa perceber as necessidades e os sentimentos daqueles que a buscam e que ostenta mãos estendidas para acolher outras mãos que lhe procuram e para selar e fazer selar compromissos não apenas jurídicos, mas também éticos e morais. Essa nova justiça, que é humana, sensível, que valoriza mais as pessoas que os papéis, que fala e deixa falar, que ouve e se faz ouvir, que possibilita o diálogo igual e respeitoso, que cultiva e dissemina a empatia, a responsabilidade, o entendimento e a paz, começa a ser cuidadosa e prudentemente construída. (CABRAL, 2020).

Destaca-se, na opinião do Juiz Cabral (2020), que no novo modelo de justiça a percepção dos juízes passa a ser de que nem todos os conflitos necessitam de solução apenas jurídica, " (...) que uma sentença, por mais bem elaborada que seja, pode ser incapaz de reconstruir laços rompidos, de provocar o arrependimento, de motivar o perdão ou de edificar a paz" (CABRAL, 2020). A compreensão dos juízes passa a ser a de que muitas demandas que chegam ao Poder Judiciário, clamam por outras formas de tratamento, que não apenas o processo ou a sentença.

Diante da adesão das partes, da economicidade processual e para os que buscam o serviço virtual, arcam apenas com os honorários dos conciliadores e mediadores, sendo-lhes facultado comparecer desacompanhados de procurador. Dentre os benefícios aos cidadãos está a facilidade de acesso à justiça, a autocomposição, a desjudicialização e a agilidade no procedimento desde o registro da demanda até a realização da sessão e a homologação do magistrado, sendo todos os procedimentos de forma virtual, o que tem se realizado em até 15 dias. A modernização dos serviços da justiça contribui significativamente para o acesso à justiça em tempos de pandemia e isolamento social.

A expectativa do Dr. Cabral sobre essa nova justiça: "Que a justiça do século XXI acolha com um grande sorriso, olhe nos olhos, fale, ouça, dialogue e estenda sempre as mãos." (CABRAL, 2020).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça trazido pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, não se refere unicamente a obtenção de uma resposta do juiz, mas a completa tutela jurisdicional do Estado. O texto constitucional traz vários preceitos que demonstram a preocupação do legislador em garantir o acesso de todos os cidadãos à justiça, desde o Art. 1º, Inciso

III, que estabelece como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, ou seja, fica garantida a proteção a qualquer vulnerabilidade de direitos, as portas precisam estarem abertas no Poder Judiciário.

Com a edição da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, o acesso à justiça passa a integrar as políticas públicas, ou seja, Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, tendo como principais ferramentas os institutos da mediação e conciliação. Constata-se significativa ampliação da prestação jurisdicional do Estado, trazida pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça de 2010 e alterações em 2016, conseqüentemente amplia o acesso à justiça e a disponibilização do fórum multiportas, quando oferece a variada opção de formas de solução das demandas.

Registra-se que os institutos de Mediação e Conciliação são meios efetivos de solução de conflitos para o judiciário, sendo os CEJUSC's os principais responsáveis pela organização e realização das sessões de Mediação e Conciliação pré-processuais e processuais, as quais são realizadas com o auxílio de conciliadores e mediadores devidamente capacitados e credenciados junto ao Tribunal de Justiça por meio de cursos realizados e dessa forma podendo de maneira ativa contribuir com essa efetividade no judiciário.

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil, vê-se a prestação jurisdicional do Estado e o fórum multiportas se concretizando, pois no texto surgem a Mediação e a Conciliação como meios alternativos e consensuais de resolução dos conflitos de interesses, sendo disponibilizadas as partes várias opções na busca da solução mais justa para as partes. Acredita-se que o fórum multiportas seja tendência no direito processual, o que em outros países já é amplamente utilizado.

A percepção de que o fórum de múltiplas portas é um mecanismo em que as controvérsias são encaminhadas para diversos tipos de

procedimentos, tendo como objetivo solucionar os conflitos de forma mais justa e eficaz, recebendo o tratamento mais adequado conforme as suas características. A mediação e a conciliação se apresentam com alguns dos métodos disponibilizados pelos Cejuscs no Poder Judiciário (atualmente e autorizados pelo CPC existem câmaras privadas de mediação e arbitragem).

Conclui-se que mesmo em tempos de pandemia e isolamento social, a justiça pode chegar aos cidadãos, por meio da tecnologia da informação e pela rede mundial de computadores (internet), desde que exista uma engrenagem envolvendo instituições públicas, mediadores e pessoas dispostas a construir um fórum multiportas e construir a várias mãos o direito humano fundamental de acesso à justiça. Registra-se apenas o exemplo do TJ-RS por que o assunto ainda é novo, poder-se-á, num futuro próximo, apresentar dados de outros estados que atuam com a finalidade de atender as demandas da população. Da mesma forma que não se pode fechar os olhos para possíveis casos de pessoas que não tem acesso a equipamentos ou à internet, buscando-se parcerias com instituições essenciais a prestação jurisdicional do Estado como Ministério Público e Defensoria Pública, ou mesmo nos próprios Cejuscs.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jéssica Paula R. da S. *et al.* Mediação e Conciliação no Novo Código de Processo Civil: Novos paradigmas. **Revista Farociência**, Porto Velho, v. 2, n. 2, p. 37-42, 2016.

BRASIL. Manual de Mediação Judicial. **Conselho Nacional De Justiça**, Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Resolução n. 125/2010. **Conselho Nacional De Justiça**, Brasília, DF, 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf. Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 82, 5 maio 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Nasce uma nova justiça**: de olhos abertos e mão estendidas. 2020. Disponível em: https://www.diariopopular.com.br/opiniao/nasce-uma-nova-justica-de-olhos-abertos-e-maos154847/?n_sistema=4127&type=janela&var1=Nasce%20uma%20nova%20justi%EA:%20de%20olhos%20abertos%20e%20m%E3os&var2=28/09/2020. Acesso em: 29 set. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

OLIVEIRA, Adel Américo Dias de. **Alguns fatores limitadores da celeridade da prestação jurisdicional no âmbito dos juizados especiais federais da 4ª região**. 2010. Dissertação (Mestrado em Administração do Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6989/DMPPJ%20-%20ADEL%20AM%20c3%89RICO%20DIAS%20DE%20OLIVEIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 set. 2020

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Assembleia Geral**. AG/RES. 2656 (XLI-0/11). Resolução aprovada na quarta sessão plenária, em 07 de junho de 2011. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RES_2656_pt.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Cejusc Cidadão on-line**. Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <https://wls.tjrs.jus.br/methisweb/pre-atendimento>. Acesso em: 29 set. 2020.

STIPANOWICH, Thomas J. The Multi-Door Contract and Other Possibilities. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Colúmbia, n. 13, 1998, p. 308. Disponível em: www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2. Acesso em: 29 set. 2020.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. (org.). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>. Acesso em: 2 out. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo** – a mediação no Direito. Buenos Aires: Aimer-Angra Impresiones, 1998.

ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS INSTITUÍDAS PELA LEI N. 13.984/2020 À AUTORES DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Naomi Larisse Gonçalves Maciel¹
Sarajane Rodrigues Candeia²

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a viabilidade da aplicação compulsória das medidas protetivas instituídas pela Lei n. 13.984/2020, que preveem a recuperação e reeducação, e o acompanhamento psicossocial, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio, à autores de violência de gênero. Uma vez que essas medidas podem ser consideradas ferramentas de alteração no cenário atual do problema que é esse tipo de violência, com a pretensão de mudança significativa no comportamento do indivíduo, por meio de diálogo, reflexão e desconstrução de ideias patriarcais arraigadas na sociedade que legitimam a violência perpetrada. A fim de alcançar o objetivo almejado, utiliza-se pesquisa bibliográfica, com aplicação do método dedutivo. Para tal, conceitua-se violência de gênero e sua construção social, analisa-se a Lei Maria da Penha no combate à violência de gênero, bem como as medidas protetivas e políticas públicas de prevenção, avalia-se, após conhecer os institutos, a frequência do autor de violência de gênero em grupos de reeducação e recuperação de agressores e/ou acompanhamento psicossocial e, por fim, identifica os programas já existentes e os resultados conhecidos.

Palavras-chave: Violência de gênero. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. Recuperação e reeducação do autor de violência. Atendimento psicossocial.

¹ Graduanda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); naomilmaciel@gmail.com

² Mestranda em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp; sarajanerc@yahoo.com

1 INTRODUÇÃO

A violência de gênero não se trata de um problema apenas de ordem privada, mas social e de saúde pública, porquanto a legislação não satisfaz por si só sua diminuição, bem como não implementa medidas que estejam efetivamente coibindo a ocorrência dos fatos trazidos emergencialmente desse tipo de violência. Para isso, se mostram imprescindíveis medidas de prevenção, pois o mero punitivismo nem sempre apresenta o caráter didático e social, assim como não reduz significativamente a reincidência, então, considera-se a hipótese de que a mudança nesse cenário seja possível por meio da recuperação, reeducação e/ou atendimento psicossocial a todos os infratores, pois tratar o autor é proteger futuras vítimas, rompendo o ciclo de agressão, por meio da responsabilização frente a violência perpetrada.

Recentemente entrou em vigor a Lei n. 13.984, de 3 de abril de 2020 que alterou o art. 22 da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), instituindo a possibilidade de aplicação de duas novas espécies de medidas protetivas à autores de violência, quais sejam: comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e a de acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

No entanto, se mostra relevante que o cumprimento de tais medidas como maneira, além de proteção, seja de prevenção. Com isso, o presente trabalho busca contextualizar o motivo pelo qual a legislação apresenta ainda eficácia tão limitada em coibir a violência, o que é perceptível com o número exorbitante de casos de violência contra mulher e principalmente, a reincidência desses atos, e como a recuperação e reeducação e/ou atendimento psicossocial se mostram alternativas eficazes no combate ao problema.

Assim, o problema de pesquisa consiste em analisar se as medidas instituídas pela Lei n. 13.984/2020 são eficazes e se devem ser aplicadas de

forma compulsória. A hipótese levantada é a de que as medidas devem ser aplicadas de forma compulsória a autores de violência de gênero.

O objetivo geral é verificar se a aplicação de tais medidas protetivas possibilita, nos casos de violência contra mulher, mudança significativa no comportamento do agressor e diminui a reincidência desse tipo de violência.

Para responder ao problema de pesquisa, conceitua-se violência de gênero e sua construção social, as diferentes formas de violência e seu ciclo de perpetuação, analisa-se a Lei Maria da Penha no combate à violência de gênero, bem como as medidas protetivas de urgência, ressaltando-se aquelas instituídas pela Lei n. 13.984/2020, descreve-se no que consiste a reeducação, recuperação e o acompanhamento psicossocial, avalia-se, após conhecer os institutos, a obrigatoriedade da frequência do autor de violência de gênero em grupos de reeducação e recuperação de agressores e/ou acompanhamento psicossocial e, por fim, identifica os programas já existentes e seus resultados e impactos iniciais

Utiliza-se o procedimento técnico bibliográfico de pesquisa, por meio de material já publicado sobre o tema, tais como, livros, artigos, manuais e, ainda, resultados de pesquisas de intervenções já realizadas na recuperação e reeducação de agressores por meio da frequência em grupos especializados, e aplica-se o método de pesquisa dedutiva.

2 CONSTRUÇÃO SOCIAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E SUA NORMALIZAÇÃO

Para falar de violência de gênero, se faz necessário conceituar o termo “gênero”, que expressa ideia de papéis, comportamentos, funções e características que a sociedade, em determinado contexto cultural, julga como adequados para homens e mulheres, e diz respeito à forma como ambos interagem entre si (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016, p. 17). A violência de gênero refere-se a um conjunto de fatores, principalmente aqueles

relacionados à questão sociocultural, pois nascemos e somos criados em um cenário que impera a violência estrutural, simbólica e institucional (MENEZES, 2014). Nesse contexto, Lisboa (2014, p. 42) aduz que a “violência simbólica” ao ser colocada em prática legitima a cultura dominante, que é imposta e conseqüentemente naturalizada. Em síntese, é o tipo de violência praticada contra mulher, ocasionada pelo fato de ser mulher.

A violência doméstica e familiar é aquela que acontece em ambiente doméstico e envolve relações de consanguinidade ou afinidade e, quando praticada contra mulher, enquadra-se como uma espécie de violência de gênero, refletindo uma forma de discriminação, pois afeta majoritariamente as mulheres, sendo mais uma consequência da violência estrutural e institucional (OLIVEIRA; BERNARDES; COSTA, 2016, p. 81).

A construção social da violência de gênero é visível no cotidiano, desde a antiguidade até hoje, pois nas sociedades patriarcais as mulheres vivenciam, desde seu nascimento, relações de dominação e subordinação. Nesse ambiente os homens aprendem a performar a masculinidade por meio de elementos como força, violência e apatia, em contrapartida, se espera das mulheres a reprodução de elementos como fragilidade, passividade, cuidado e sensibilidade (SABADELL; PAIVA, 2019, p. 9; COUTO, 2017, p. 27). É por isso que pode ser difícil distinguir dentre nossas ações, quais fazem parte da nossa personalidade e quais são resultantes de hábitos culturais presentes há séculos na sociedade, pois muitas das regras pautadas pela sociedade são internalizadas e reproduzidas durante a vida (ALMEIDA et al., 2020, p. 14).

Nesse viés, a normalização da violência contra a mulher, na cultura patriarcal, busca justificar e autorizar a prática da violência que tem o intuito de punir e corrigir comportamentos femininos que transgridam o papel ou comportamento culturalmente esperado e imposto à mulher (WAISELFSZ, 2015, p. 75). Pois muito embora haja a equiparação formal entre o homem e a mulher, a violência de gênero segue sendo um grave problema, pois as políticas públicas de enfrentamento ainda não dão conta de frear as

agressões e os aspectos patriarcais e de desigualdades socioculturais resultam na naturalização desta violência (DIAS, 2019).

Ressalta-se que, além da construção social da violência de gênero, o presente trabalho trata como sendo os homens os principais agressores em razão de que, quando estão no papel de agressoras, as mulheres estão, na maioria das vezes, no papel de autodefesa, “a teoria é que ter sido vítima de violência é uma das causas de uma mulher se tornar agressora” (SOUZA, 2020a, p. 87). Além disso, não há dados expressivos de violência doméstica em que o homem figure como vítima de suas parceiras.

2.1 CICLO DA VIOLÊNCIA

Com a normalização que ocorre na violência, a mulher que a sofre busca explicações e justificativas para o comportamento do parceiro, seja por acreditar na mudança de comportamento, por não conseguir distinguir a dimensão do que está acontecendo, pelo afeto sentido pelo autor ou até mesmo por sentir-se culpada pela situação vivida (DIAS, 2019). Assim como a sociedade busca argumentos para descredibilizar a palavra da vítima e legitimar a ação do agressor.

Dentre os desafios do combate à violência de gênero, ressalta-se o fato de que este tipo de violência não se traduz em episódios individuais, mas em situações continuadas. Além disso, na maioria dos casos de violência contra mulher há um aumento gradual nas agressões sofridas, pois a cada “novo ciclo” a violência pode sofrer uma escalada, fazendo com que recomecem com mais força e episódios mais intensos em frequência ou gravidade (RITT; RITT, 2020, p. 53).

A teoria denominada “ciclo da violência contra mulher”, desenvolvida em 1979 pela psicóloga norte-americana Lenore Walker, explica os comportamentos que se repetem nas situações de violência, principalmente doméstica. O ciclo é composto por três fases, em síntese, na primeira

é descrito um aumento gradativo da tensão, com hostilidade e ofensas verbais por parte do agressor; na segunda, ocorrem os atos de violência física em si; e a terceira, na qual o agressor demonstra arrependimento pelos acontecimentos das fases anteriores, o clima familiar melhora e o casal vive uma espécie de nova lua de mel (ALMEIDA et al., 2020, p.61-65).

O rompimento deste ciclo é muito difícil para todos os envolvidos, porém se vislumbra mais possível, seja pela própria mulher em situação de violência ou pelo autor das agressões, quando há a conscientização da ação, reconhecimento da dimensão do problema e suas consequências e a efetiva mudança no comportamento por parte do autor, para o atual e futuros relacionamentos.

2.1.1 Tipos de violência

Caracterizam-se como violência doméstica e familiar aquelas praticadas em razão do gênero e que se dê em âmbito familiar, seja da unidade doméstica ou no seio das relações íntimas de afeto. A violência atinge a vítima por meio da dominação, nos seus mais diversos aspectos, desde físicos e psicológicos aos sociais, o art. 7º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) aponta as diferentes formas de violência, tratando-se de um rol exemplificativo.

A violência psicológica é uma agressão emocional, se caracteriza por ataques frequentes à identidade e a traços físicos ou de personalidade da pessoa, visando à desestabilização e fragilização psicológica, há a negação do exercício da autonomia da vontade da vítima frente ao autor de violência. Geralmente esta é a primeira a ocorrer e perdura por todo o ciclo de violência, ela está interligada a todas as demais espécies (OLIVEIRA; BERNARDES; COSTA, 2016, p. 79).

Já a violência moral é definida no art. 7º, inciso V, da Lei Maria da Penha como “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”

(BRASIL, 2006), todos crimes contra a honra previstos, respectivamente, nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal. A calúnia consiste em imputar a uma pessoa a prática de algum crime, sabendo que ela é inocente. A difamação é a atribuição à alguma pessoa de fato que lhe seja ofensivo à sua honra. Por fim, a injúria atinge a honra subjetiva e ocorre quando se ofende a dignidade do outro, um xingamento direcionado à pessoa pode ser um exemplo e independe da sua divulgação para terceiros, levando-se em consideração a percepção da mulher de ter sido ofendida (ALMEIDA et al., 2020, p. 36).

A Violência patrimonial é preceituada no art. 7º, inciso IV, da Lei Maria da Penha como “qualquer ação que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades” (BRASIL, 2006). Podem ser consideradas violência patrimonial situações nas quais o parceiro, por exemplo, se apropria da remuneração da mulher, vende um bem do casal sem a devida autorização e divisão do ou até destrói algum pertence da mulher, como roupas, celular e instrumentos de trabalho (ALMEIDA et al., 2020, p. 40).

Há também a violência sexual, que em suma é qualquer conduta ligada à dignidade sexual da mulher de forma não consentida por ela, modalidade disposta no art. 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha, que diz:

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivo. (BRASIL, 2006).

Há uma cultura de objetificação do corpo feminino, de poder e propriedade sobre ele, ocasionando certa naturalização da violência sexual, que pode fazer com que as mulheres nem compreendam conscientemente que estão sendo violadas (OLIVEIRA, 2021, p. 17-19). Nesse viés, há o chamado "débito conjugal", em que até pouco tempo atrás acreditava-se que a relação sexual era um dever inerente ao casamento, sequer cogitando-se o reconhecimento da prática de estupro praticado pelo marido (DIAS, 2019).

Por fim, a violência física pode ser descrita como a ação intencional que coloca em risco ou causa dano à integridade física de uma pessoa. É a forma de violência contra a mulher mais visível e identificável, além de mais reprovável na sociedade e em termos de penalidade, pois há uma menor predisposição social em aceitar esse tipo de agressão (ALMEIDA et al., 2020, p. 51).

Ante a construção da violência de gênero enraizada e normalizada na sociedade e suas mais diversas formas de perpetração, se fez necessário a intervenção estatal no problema, que deixou de ser considerado privado, de interesse apenas das partes envolvidas ou do grupo diretamente afetado, e tornou-se de interesse público, gerando uma agenda política incorporada pelo Estado, que cominou na criação de políticas públicas de combate e prevenção à violência de gênero (OLIVEIRA; BERNARDES; COSTA, 2016, p. 22).

3 A LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340/2006) E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

No Brasil, a temática da violência contra as mulheres tornou-se conteúdo central das agendas feministas entre a décadas de setenta e noventa. Há diversos tratados incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro que visam o combate à discriminação e violência contra a mulher, que exigem a implementação de regras de discriminação positiva, para

assegurar a igualdade de fato entre homem e mulher (OLIVEIRA; BERNARDES; COSTA, 2016, p. 15-16).

Nesse sentido, a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas* determinou o dever dos Estados Partes em tomar medidas para combater as diversas formas de exploração, violência e discriminação contra a mulher, bem como a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)*, que estabeleceu mandados de criminalização de condutas de violência contra a mulher. Esses tratados, juntamente com a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em relação ao caso da brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, culminaram para a criação da Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha (RAMOS, 2017, p. 344).

A Lei n. 11.340/2006, que na legislação brasileira, foi a primeira a incorporar efetivamente a perspectiva de gênero, surge como fruto de uma ação afirmativa levada a efeito pelo Estado e assegura que a violência contra a mulher praticada em âmbito doméstico não reflete apenas uma questão de ordem privada, como foi tida por muito tempo, mas representa uma reflexão em relação ao sistema de gênero, que se mostra opressor para as mulheres e danoso à sociedade como um todo (COUTO, 2017, p. 13-14).

Trata-se de uma lei multidisciplinar que tem por objetivo coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme dispõe seu artigo 5º: "Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial." (BRASIL, 2006).

Se infere ainda, que a Lei Maria da Penha não objetiva apenas a punição penal do autor de violência, mas também a prevenção da ocorrência de violência. Desse modo, o diploma legal fornece instrumentos de natureza civil e administrativa para alcançar tal propósito, sendo possível

a determinação de medidas judiciais de natureza não criminal, uma vez que a resposta estatal no âmbito penal só acontece depois do cometimento do delito (OLIVEIRA, 2021, p. 44).

As medidas e as ações contempladas na Lei Maria da Penha podem ser organizadas em três eixos de atuação, quais sejam: combate, proteção e prevenção. No primeiro eixo, têm-se as normas e procedimentos criminais, no segundo eixo as medidas protetivas e de assistência à mulher e, por fim, no terceiro eixo, estão inseridas as medidas de prevenção e de educação voltadas ao combate da violência de gênero (PASINATO, 2010, p. 220).

Por possuir elementos penais e extrapenais, a Lei Maria da Penha institui uma política nacional inovadora às mulheres, com elementos extrapenais a referida lei assevera mecanismos de cunho preventivo e protetivo, como:

- (a) participação de organizações não governamentais, realizando pesquisas e estudos estatísticos;
- (b) campanhas de prevenção;
- (c) treinamento de agentes públicos em questões de gênero, raça e etnia;
- (d) implementação de programas educacionais nos currículos escolares;
- (e) criação de centros de atendimento multidisciplinar e integral para mulheres;
- (f) presença do ofensor em programas de reabilitação e reeducação de gênero (SABADELL; DIMOULIS, 2014).

Em razão de sua característica multidisciplinar, a Lei Maria da Penha detém, em seus segundo e terceiro eixos, os aspectos preventivos e protetivos, que são objetos das “medidas protetivas de urgência”, medidas cautelares que visam impedir a continuidade da violência através de uma ação emergencial, por parte do Estado, de proteger os direitos fundamentais das mulheres em situação de violência (ÁVILA, 2019).

3.1 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

As medidas protetivas foram elaboradas para enfrentar de maneira mais efetiva a violência doméstica e familiar, bem como conferir segurança às mulheres e demais membros da família que estejam em situação de risco (GARCIA, 2020, p. 171). As medidas protetivas de urgência podem ser divididas em dois grupos, direcionadas à ofendida, dispostas nos arts. 23 e 24 da Lei n. 11.340/2006, e aquelas que obrigam o agressor e são objeto de estudo do presente trabalho, que estão previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I- suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente.

II- afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III- proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV- restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V- prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI- comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e

VII- acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

(BRASIL, 2006).

Além dos dispositivos elencados, o juiz pode determinar, dentre outras medidas, a inclusão da mulher em situação de violência no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal. O conjunto das medidas protetivas representa uma rede de proteção constituída em favor da vítima e da família, com o objetivo de cessar a situação de violência (OLIVEIRA; BERNARDES; COSTA, 2016, p. 105).

Via de regra, cabe à vítima auferir a necessidade das medidas de proteção e, com orientação da autoridade policial, requerê-las. De mais a mais, a aplicação de medidas protetivas não tem origem somente nos procedimentos instaurados perante a autoridade policial, podem ser requeridas também nas demandas cíveis, a requerimento da vítima ou do Ministério Público e, ainda, concedidas de ofício pelo magistrado (DIAS, 2019).

Destaca-se que parte das mulheres que procuram a Justiça e a autoridade policial para intervir no conflito familiar, visam sua resolução, mas sem a pretensão de que haja condenação ou punição do autor da violência, assim como não almejam o fim do relacionamento (PIRES, 2011, p. 161). Há ainda o ciclo da violência doméstica, explanado no *item 2.2*, que gera um previsível risco de reiteração da violência em médio prazo, pois estudos têm demonstrado que a violência doméstica não ocorre na forma de um episódio isolado, é usualmente um contínuo de comportamentos de controle coercitivo e abusivo (ÁVILA, 2019).

Desde a promulgação da Lei Maria da Penha houve um grande avanço no que diz respeito à temática de violência contra mulher, em contrapartida, aumentaram as também as situações de violência (SOUZA, 2020a, p. 34). Nessa senda, verifica-se que as medidas protetivas, na prática, são muitas vezes ineficazes.

3.1.1 A (in)eficácia das medidas protetivas de urgência

No que diz respeito à efetividade das medidas protetivas, sua utilização isolada não tem demonstrado a eficácia almejada no enfrentamento à violência doméstica a longo prazo. Pois as medidas têm sido percebidas como um mecanismo meramente assecuratório dos direitos imediatos das vítimas, ou seja, apenas para cessar momentaneamente as agressões, haja vista que o Estado não possui condições fáticas acompanhar efetivamente o seu cumprimento em todos os inúmeros casos (BARBOSA; SILVA, 2017, p. 91-92).

A eficácia das medidas protetivas está diretamente ligada a cessação da violência e da reiteração da conduta contra a ofendida. Muito embora seja tipificado como crime o descumprimento das medidas protetivas, redação incluída pela Lei n. 13.641/2018, incluído ao art. 24-A da Lei Maria da Penha, este é um mecanismo aplicado somente após o efetivo descumprimento, ou seja, quando as medidas por si só restam frustradas (SOUZA, 2020a, p. 31-35).

Assim, muito embora as medidas cumpram parte do seu papel, não há a efetividade proposta em seu discurso oficial, considerando que não se trabalha a causa do problema, há uma “aplicação tradicional de uma lei inovadora” que exige atenção às políticas de prevenção e demanda atenção à compreensão do sistema de gênero de maneira ampla, com o fim de erradicar os padrões sistemáticos de violência doméstica e familiar contra mulher (CAMPOS, 2017).

Visualizando a dimensão da problemática em dados, a Organização Mundial da Saúde aduz que a violência contra as mulheres é um grave problema de saúde pública e de violação dos direitos humanos das mulheres. De acordo com estimativas publicadas pela agência especializada em saúde, uma em cada três mulheres, cerca de 736 milhões, em todo o mundo já sofreram violência física e/ou sexual durante a vida (ORGANIZAÇÃO

PANAMERICANA DE SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2017). No Brasil, destaca-se o Mapa da Violência 2015, o qual revela que mais de 106 mil brasileiras foram vítimas de assassinato entre 1980 e 2013 e, somente entre 2003 e 2013 foram mais de 46 mil mulheres mortas (WASELFISZ, 2015).

Sobre as violências sofridas por mulheres, a pesquisa realizada pelo Datafolha e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (DATAFOLHA, 2019) apresenta que no ano de 2018, 536 mulheres foram vítimas de agressão física a cada hora. Acerca da violência sofrida, tem-se que 21,8% (12,5 milhões) foram vítimas de ofensa verbal, como insulto, humilhação ou xingamento, 8,9% (4,6 milhões) foram tocadas ou agredidas fisicamente por motivos sexuais, o que representa 9 por minuto, 3,9% (1,7 milhão) foram ameaçadas com faca ou arma de fogo e 3,6% (1,6 milhão) sofreram espancamento ou tentativa de estrangulamento, ou seja, 3 por minuto.

Em relação ao agressor, a pesquisa aponta que 76,4% das mulheres que sofreram violência afirmam que o agressor era alguém conhecido, sendo que 23,8% era cônjuge, companheiro ou namorado, 21,1% vizinho e 15,2% ex-cônjuge, companheiro ou namorado. Já no que diz respeito ao local em que sofreu a violência, 42% das vítimas apontam a casa como local da agressão, 29% sofreram violência na rua, 8% na internet, 8% no trabalho e 3% no bar/balada (DATAFOLHA, 2019).

De acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, a Central de Atendimento à Mulher aponta que as violações mais recorrentes do Ligue 180 são referentes à violência doméstica e familiar, representando 78,96% das ligações. Desse total, 61,11% são de violência física, 19,85% de violência moral e 6,11% de tentativa de feminicídio (BRASIL, 2020a).

Outro dado importante a ser mencionado, é a violência física crescente, em termos de frequência e gravidade, que foi relatada em mais de 70% feminicídios. Concluindo-se que “a cada 10 mulheres assassinadas

nesta condição, 7 possuem histórico de violência física recorrente, ou seja, a chance de a violência física evoluir para um feminicídio é muito grande" (ALMEIDA et al., 2020, p. 52). Sendo que tal dado é reflexo do fato do Brasil ocupar a 5ª posição em um ranking de 83 nações sobre os casos de feminicídio (WASELFISZ, 2015).

O Mapa da Violência 2015 apresenta dados acerca do registro de atendimentos do Sistema Único de Saúde (SUS) no que diz respeito à violência, que demonstra que a reincidência de atendimento das mulheres que sofreram algum tipo de violência acontece em 49,2% dos casos desse tipo de atendimento, ou seja, em praticamente metade dos casos é verificada a reincidência, com hospitalização da vítima (WASELFISZ, 2015).

Os dados alarmantes indicam o contínuo aumento da violência contra mulher ano após ano, nesse sentido, tem-se a limitação da efetividade das medidas protetivas e a sensação de ineficácia de tal instrumento. Há de se pontuar ainda, que apesar de graves e impactantes, os dados divulgados refletem parte da realidade, pois muitas ocorrências não são denunciadas (GALVÃO, 2021).

Devem ser mencionados também dados sobre a percepção da violência pelos homens, nesse sentido, a pesquisa intitulada "Percepções dos homens sobre a violência doméstica contra a mulher" realizada pelo Instituto Avon e o Data Popular (2013) aponta que, dentre os homens entrevistados, 2 a cada 5 conheciam homens que já haviam sido violentos com alguma parceira. No entanto, apenas 16% dos entrevistados assumiu ter sido violentos a ex ou atual companheira, após serem listadas atitudes consideradas violência contra a mulher, o número de homens que admitiu ter praticado alguma delas sobe para 56%. Ou seja, muitos atos violentos são praticados sem que sequer o autor tenha consciência de que se trata de uma violência.

Com isso, infere-se que o viés de enfrentamento à violência utilizado atualmente, não vem sendo plenamente eficaz, pois pauta-se majoritariamente no sistema de punição, necessitando-se do fortalecimento de seu caráter

preventivo. Mostra-se necessária a implementação de políticas públicas, sobretudo no âmbito educacional, principalmente voltadas aos autores da violência, haja vista que as medidas protetivas sempre contemplaram ações às vítimas, visando então uma solução satisfatória e duradoura, que atuem conjuntamente com a intervenção estatal protetiva (PIRES, 2011, p. 126).

4 AS MEDIDAS PROTETIVAS INSTITUÍDAS PELA LEI N. 13.984/2020 À AUTORES DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO: FREQUÊNCIA EM GRUPOS DE REEDUCAÇÃO E RECUPERAÇÃO

A Lei n. 13.984 de 3 de abril de 2020 alterou o art. 22 da Lei Maria da Penha, instituindo a possibilidade de aplicação de duas novas espécies de medidas protetivas a autores de violência contra mulher, quais sejam: “VI- comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII- acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.” (BRASIL, 2020b).

O texto inicial do Projeto de Lei do Senado n. 9/2016 (BRASIL, 2016), que trata dos programas de recuperação e reeducação, cita o êxito de algumas experiências relacionadas à participação dos autores de violência em cursos e encontros que refletem sobre temas como: identidade de gênero, machismo, responsabilização pelo ato, entre outros.

Inicialmente o Projeto de Lei continha como proposta apenas o inciso VI e citava expressamente o art. 8, alínea b, da *Convenção de Belém do Pará*, que determina a adoção progressiva de medidas específicas, inclusive programas destinados a:

b. modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e

costumes e todas as práticas baseadas na premissa de inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbam a violência contra a mulher. (BRASIL, 1996).

A análise da Comissão de Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados acrescentou outros três incisos ao art. 22, sendo que o inciso VII, tema do Projeto de Lei n. 788 de 2015, foi incluído na Lei n. 13.984/2020, instituindo, assim, a medida protetiva de urgência para submeter o suposto autor do fato ao acompanhamento psicossocial, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. Estabelece em sua justificativa o propósito de “provocar mudança de comportamento no agressor e de evitar a reincidência de homens que cometeram violência doméstica” (BRASIL, 2015b). Além disso, ainda cita a necessidade de um auxílio personalizado, “pautado pela história de vida de cada um, com foco na ressocialização, e em grupos de apoio, para troca de experiências. Todas as atividades deverão ser realizadas por profissionais capacitados.” (BRASIL, 2015b).

A medida legislativa contribui para o enfrentamento das violências de gênero contra as mulheres, mas, sobretudo, abre espaço para que os homens autores das violências tenham a oportunidade de rever seu comportamento, para coibir efetivamente a reiteração da prática, tendo como meio as políticas públicas.

Tais medidas correspondem ao instituto conhecido como justiça restaurativa, nesse sentido ela surge como uma possibilidade de responsabilização pelo fato criminoso com a finalidade de reparação do dano e resolução do conflito entre as partes. Destacam-se na realização de processos restaurativos a participação ativa das partes, com a compreensão e a observância dos melhores meios para um resultado benéfico e justo a todos, além disso, há responsabilização do ofensor, que “ciente da sua conduta reprovada, tem, em um espaço marcado por respeito, participação

e inclusão, a oportunidade de corrigir os seus erros e tomar consciência das consequências de seus atos para aqueles atingidos" (DOURADO; SANTANA, 2016, p. 23-33).

Anteriormente, as situações mais comuns para encaminhamento de autores de violência à grupos de reeducação e reflexão era por meio da suspensão condicional do processo, possibilidade disposta no art. 89, §2º, da Lei n. 9.099/95. No entanto, em 2011 o Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, decidiu pela constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, afastando, portanto, a suspensão condicional do processo em casos de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Ainda, o tema restou pacificado no Superior Tribunal de Justiça com a redação da Súmula n. 536: "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha" (BRASIL, 2015a).

Há ainda a possibilidade de determinação do comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação na aplicação de suspensão condicional da pena, disposto no art. 77 do Código Penal, bem como na aplicação de pena restritiva de direitos, prevista no art. 152, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84). Frisa-se que nestes casos, a frequência nestes grupos era determinada pela autoridade judicial por meio da sentença, ou seja, já havia tido uma condenação.

Acontece que nos casos elencados, inclusive na inovação legislativa que é a Lei n. 13.984/2020, tem-se a centralização do magistrado em decidir se os autores de violência participarão ou não de programas de reeducação ou atendimento psicossocial. Além disso, o tema que não é tido como essencial, é decidido por meio da interpretação individual de cada operador do direito e depende de programas que possam acolher essa demanda, necessitando de políticas públicas e ações principalmente governamentais para isso.

4.1 A REEDUCAÇÃO, RECUPERAÇÃO E O ATENDIMENTO PSICOSSOCIAL COMO MEDIDA DE ENFRENTAMENTO AO PROBLEMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres determina a adoção de medidas apropriadas para alterar os padrões socioculturais de conduta, a fim de alcançar a eliminação de preconceitos e práticas que tenham cunho machista, misógino ou dotado de qualquer preconceito que diga respeito ao sexo (RAMOS, 2017, p. 187). Com isso, mostra-se indispensável a implementação de políticas públicas, sobretudo no âmbito educacional, para que se tenha uma solução satisfatória e duradoura para as presentes e futuras gerações (PIRES, 2011, p. 126).

Tem-se que ao minimizar o ato praticado e transferir a culpa para a companheira, o autor nega o ato violento e externaliza a culpa. Assim, é necessário promover, juntamente com a proteção, o atendimento voltado a estes, com o intuito de reflexão sobre suas visões e conceitos sobre relações, gênero e conseqüentemente, seus comportamentos violentos (ACOSTA; SOARES, 2012). Dentre as maneiras para afrontar de forma eficaz a violência de gênero está a aposta em políticas públicas de educação e sensibilização da comunidade, ação já prevista no art. 8º da Lei Maria da Penha.

Mesmo nos casos em que há a imposição de uma penalidade mais rígida, como a privativa de liberdade, na maioria das vezes, esta não é capaz por si só de fazer com que sujeito ativo passe por um processo interno de responsabilização, o resultado disso é uma condenação em que o autor de violência se sente injustiçado, não refletindo efetivamente sobre o ato praticado (MELLO; PAIVA, 2020).

Enquanto a participação em grupos reflexivos e o atendimento psicossocial são medidas capazes de proporcionar a responsabilização e reflexão da violência praticada, contribuindo para uma mudança de comportamento efetiva (SABADELL; PAIVA, 2019, p. 6). Com isso, versa-

se sobre a implementação dessas políticas públicas voltadas para o atendimento dos supostos agressores, como forma de prevenção a futuros delitos e combate à violência de gênero de maneira compulsória, sem o caráter de penalidade.

Pois, apesar do objetivo central da legislação ser a proteção das vítimas, também é essencial intervir no comportamento do autor da agressão, para que os padrões sociais sejam transformados. Até porque, como já mencionado, a prisão pode fomentar a violência existente, não podendo se esperar que após o cumprimento da pena o autor tenha seus conceitos quanto à violência e seus padrões de comportamentos, já estruturados, modificados (SOARES, 2004). Com isso, tem-se que a mera criminalização não altera a realidade de forma significativa com transformação nas relações de gênero e não previne a ocorrência de novos casos de agressão. Então, deve o Estado voltar-se também para o autor de violência, promovendo ações para conhecer a origem dos conflitos e promover a efetiva mudança de comportamento, indo além do mero punitivismo (FALAVIGNO; SARDEIRO 2020).

Ademais, desenvolvem-se projetos voltados majoritariamente para as vítimas, contudo, lida-se apenas com um dos lados envolvidos na situação de violência, o que muito embora seja imprescindível e de inquestionável relevância, não produz resultados tão significativos no que diz respeito ao ciclo de agressões. Pois envolvendo os autores, torna-se possível reduzir a reincidência de tais comportamentos violentos, em seus relacionamentos atuais e futuros (ZORZELLA; CELMER, 2016, p. 43).

É necessário falar também sobre a participação dos homens na violência de modo geral, nesse sentido, dados apontam que das 65.602 vítimas de homicídios no Brasil no ano de 2017, 92% foram homens, com isso pode concluir-se, que “a masculinidade é um fator político-criminal de extrema relevância no Brasil. Mulheres e homens morrem pelas mãos de homens” (PARANÁ, 2020, p. 23). Considerando a construção da

masculinidade, que se dá por meio das interações sociais que formam o gênero, os homens também podem sentir-se oprimidos e reprimidos, nesse sentido, extrai-se da pesquisa realizada pela ONU Mulheres, Papo de Homem, Questto nó Research e Grupo Boticário (ONU MULHERES, 2016), que 56,5% dos homens gostaria de ter uma relação mais próxima com os amigos, 54% gostaria de ter mais liberdade nas escolhas profissionais e de lazer, sem que fossem hostilizados e 44% sente pressão para ser responsável pelo sustento da casa.

Ponderar quanto a existência de efeitos negativos do gênero para os homens também, "significa reconhecer como as normas de gênero são construídas, impondo limites às vidas de todas as pessoas" (FONSECA, 2020, p.28). Por este motivo que os grupos para autores de violência representam um divisor de águas no sistema criminal e conseqüentemente social, pois o fator masculinidade é um ponto de viabilização de políticas de prevenção.

4.1.1 Histórico da implementação das medidas de reeducação e a recuperação

No cenário internacional, no final da década de 1970, na América do Norte, começaram a surgir propostas voltadas aos homens autores de violência doméstica. Os primeiros programas foram o "*Emerge: Counseling & Education to Stop Domestic Violence*" e "*Domestic Abuse Intervention Program*" (*the Duluth model*) nos Estados Unidos, que tornaram-se referência, pois criaram uma abordagem humanística mais ampla: *Emerge* por meio do uso de abordagens de entrevista motivacional e o *Duluth*, mais focado no respeito e na igualdade, engajou os homens considerando a "responsabilidade compartilhada", abordando crenças e comportamentos opressores por trás de masculinidades tóxicas (HALL, 2019).

Na América Latina, foi fundado em 1995 o "*Colectivo de Hombres por Relaciones Iguaritarias*", formado por um grupo diversificado de homens, que

trabalham para mudar as diferentes expressões de machismo que afetam gravemente mulheres, crianças e até a si próprios, apoiando a construção de formas emocionais, criativas e respeitadas de masculinidade. O grupo, por meio de ações contribuem para o desenvolvimento e fortalecimento de uma cultura baseada na equidade e respeito nas esferas pública e privada (PERU, 2018). Na Argentina, há a experiência da *Dirección Geral de Género* do governo de Buenos Aires que desenvolve o Programa Homens Violentos.

A análise de programas reflexivos destinados a autores de violência doméstica, sobretudo no cenário internacional, tem apontado para a importância do envolvimento dos homens na luta pela igualdade de gênero (TÁVORA et al., 2020). Os métodos restaurativos nos Estados Unidos apresentaram resultados positivos por minimizarem os prejuízos sofridos pelas vítimas da violência, além de conscientizar os homens de seus atos e dos danos por eles causados, razão pela qual se reduziu a quantidade de agressores reincidentes (HALL, 2019).

Já no Brasil, no final da década de 1990, foram criados programas com a mesma proposta, desenvolvidos por organizações não governamentais. Alguns deles foram o "*Pró-Mulher, Família e Cidadania*", fundado em 1977, na cidade de São Paulo, tinha como missão inicial atender mulheres vítimas da violência doméstica. Porém, somente essa medida não se mostrava tão eficiente e satisfatória, então no início da década de 1990 a instituição adotou uma nova metodologia envolvendo os homens no atendimento, sendo que a mudança teve como pontos fundamentais fazer com que o homem se comprometesse com os atos de violência por ele praticado e possibilitar a composição nas situações de conflito nas quais se instala a violência (BARBIERI, 2005).

Em 1998 surgiu o Instituto NOOS, no Rio de Janeiro, que se constituiu com profissionais das ciências humanas, sociais e da saúde, com o objetivo de desenvolver e difundir práticas sociais sistêmicas voltadas para a promoção da saúde dos relacionamentos. O NOOS destaca-se pelo pioneirismo de

especificar atividades em grupo com homens, visando à reflexão coletiva sobre valores ligados à construção da subjetividade masculina (VERAS; SILVA, 2018, p. 47).

Em 2008, foi criado no Rio de Janeiro, o SerH (Serviço de Educação e Responsabilização para Homens Autores de Violência Doméstica), com a proposta de formar grupos reflexivos de gênero, para atender aos homens que praticaram violência e levá-los a refletir sobre valores e ideias que influenciam e, por vezes, são utilizados como justificativa para atos violentos nas relações familiares (ACOSTA; SOARES, 2012, p. 13).

Bons resultados do trabalho com reeducação de homens autores de violência doméstica foram apresentados em audiência pública na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, que inspiraram a proposição do Projeto de Lei do Senado n. 9 de 2016, destacando-se, os baixos índices de reincidência dos autores e a possibilidade de mudanças significativas nas vidas dos envolvidos (BRASIL, 2016).

4.2 GRUPOS DE REEDUCAÇÃO E RECUPERAÇÃO E O ATENDIMENTO PSICOSSOCIAL NA PRÁTICA

A intenção das medidas estabelecidas pela Lei n. 13.984/2020 é que os homens autores de violência "possam ressignificar suas vidas, relacionamentos afetivos e familiares, e a própria condição do masculino, promovendo deslocamentos na forma de estar nas relações" (LISBOA; ZUCCO, 2020, p. 82). Além disso, as ações e comportamentos do autor de violência não se restringem apenas às violências perpetradas. Com isso, por meio dessas medidas, espera-se de quem pratica a violência, a ciência do exercício da masculinidade, dos seus atos, da relação estabelecida com as pessoas que convive e dos direitos que envolvem os sujeitos na relação afetiva, "para que haja deslocamentos na forma como se relaciona e interage".

Nesse sentido é a importância das ações preventivas e de enfrentamento (LISBOA; ZUCCO, 2020, p. 78).

Percebe-se então, que aliado às disposições da Lei Maria da Penha, principalmente às medidas protetivas de urgência, a inclusão da obrigatoriedade de comparecimento dos agressores a tais programas pode de fato efetivar os objetivos da legislação, considerando que nesse processo de recuperação haverá o rompimento do ciclo vicioso de reprodução da violência (BARBOSA; SILVA, 2017, p. 90).

Na prática, os encontros consistem em um processo de reflexão sobre temas diversos, a serem definidos conjuntamente pelos técnicos e componentes do grupo. É necessário também, para maior efetividade do programa, que o serviço conte com uma rede de apoio, que abranja tanto a dimensão familiar como a comunitária e que seja composta pelo maior número possível de parceiros. A equipe deve ser multidisciplinar e multiprofissional, com profissionais de psicologia, serviço social, direito, ciências sociais e educação, essa diversidade favorece o diálogo entre os membros da equipe e os usuários (ACOSTA; SOARES, 2012, p. 18).

Pesquisa realizada pelo Instituto Noos aponta que, entre os anos de 2015 e 2016, foram localizados 41 programas voltados para homens autores de violência no país. Dentre os propósitos desses grupos, destaca-se o resgate das competências do diálogo, que em algum momento foi substituído pela violência, favorecendo a compreensão de como essas situações são construídas nas relações interpessoais e reforçadas no cotidiano pela cultura em que vivemos. Pois, por meio de processos que alcançam a dimensão subjetiva os indivíduos estarão propensos à transformação de suas percepções e comportamentos (TÁVORA et al., 2020; ACOSTA; SOARES, 2012).

Análise do Instituto Noos (ACOSTA; ANDRADE FILHO; BRONZ, 2004, p. 15), pontua como principais objetivos dos grupos reflexivos:

- a) desnaturalizar a conduta violenta, promovendo, dessa forma, a transformação dos padrões da masculinidade hegemônica;
- b) promover a responsabilização de homens autores de violência intrafamiliar e de gênero, favorecendo a execução de medidas e/ou penas alternativas;
- c) promover a prevenção primária, secundária e terciária das violências através da construção de recursos e habilidades não-violentas no âmbito das relações interpessoais, especialmente, as conjugais e familiares;
- d) avaliar o impacto da violência intrafamiliar e de gênero, favorecendo a elaboração e a implantação de programas e políticas públicas de atenção a esse problema nas áreas de educação, saúde, justiça, segurança pública e direitos humanos.

No mesmo sentido, são os objetivos propostos pelo SerH (Serviço de Educação e Responsabilização para Homens Autores de Violência Doméstica), no que tange a promover a responsabilização dos autores e a reflexão transformadora como a missão de promover e viabilizar as formas não violentas de relação interpessoal no espaço doméstico (ACOSTA; SOARES, 2012, p. 14-15).

Nas propostas de implementação de grupos reflexivos, leva-se em consideração as teorias feministas de gênero, experiências, estudos e pesquisas de trabalhos com grupos já realizados no Brasil e em demais países e, quanto à forma de reflexão sugere-se a proposta pedagógica de Paulo Freire através de perguntas geradoras de diálogo para a transformação das relações de gênero dos participantes, já em relação ao pensamento sistêmico, utiliza-se a Proposta Reflexiva, de Tom Andersen, com o intuito de reconstruir significados sobre os padrões de masculinidades e relações de gênero, ampliando as perspectivas dos participantes dos grupos (ACOSTA; ANDRADE FILHO; BRONZ, 2004, p. 16-17).

Já o atendimento psicossocial abrange aspectos da vida social, o familiar e sistêmico em conjunto com a psicologia clínica. Esse tipo de

atendimento pode ser realizado nos Centros de Referências de Assistência Social (CRAS), que é

[...] uma unidade pública da Assistência Social que oferece atendimentos individualizados (ou em grupos) a indivíduos e famílias. Nestes atendimentos, as pessoas podem compartilhar questões diversas relativas ao seu dia-a-dia em família e na comunidade, a exemplo das suas dificuldades de relacionamento, de sobrevivência, dos cuidados com os filhos e até situações mais delicadas como violência doméstica. (BRASIL, 2021).

Há também os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS):

Que nas suas diferentes modalidades são pontos de atenção estratégicos da RAPS: serviços de saúde de caráter aberto e comunitário constituídos por equipe multiprofissional que atua sob a ótica interdisciplinar e realiza prioritariamente atendimento às pessoas com sofrimento ou transtorno mental, incluindo aquelas com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, em sua área territorial, seja em situações de crise ou nos processos de reabilitação psicossocial. (BRASIL, 2011).

Por meio da análise de 217 artigos produzidos nos últimos 18 anos sobre o tema, Souza (2020b, p. 84) aduz que há um consenso de que o objetivo dos atendimentos deve ser a redução de comportamentos violentos e de reincidência, e que dentre as formas mais efetivas de reduzir a violência a longo prazo são por meio da responsabilização dos homens e da promoção de discussões que incluam temas de gênero e masculinidade nas intervenções. Ademais, há programas que entendem como uma forma eficaz as intervenções individualizadas e adaptadas para cada um, de acordo com sua história de vida.

4.3 REFLEXÕES E BREVES RESULTADOS ACERCA DO TRABALHO DE REEDUCAÇÃO, RECUPERAÇÃO E/OU ATENDIMENTO PSICOSSOCIAL À AUTORES DE VIOLÊNCIA NO PAÍS

Muito embora tenha-se passado um período considerável entre a promulgação da Lei Maria da Penha e da possibilidade de aplicação destas intervenções, seus resultados não são amplamente conhecidos, pois carece de diretrizes quanto à forma de avaliação, bem como definir indicadores que correspondam aos objetivos da intervenção (SOARES; GONÇALVES, 2020, p. 80).

O principal instrumento de avaliação a ser aplicado aborda questões que aferem a mudança de comportamento do agressor, um dos importantes indicadores neste sentido, é a avaliação da reincidência. Porém, há ausência de um projeto nacional para a criação de serviços voltados à autores de violência e assim, criam-se iniciativas de atendimento sem a avaliação de sua adequação aos pressupostos da lei e conseqüentemente não é possível saber quais os resultados e contribuições dessas iniciativas ou o que seria necessário para aprimorar tais experiências e torná-las mais exitosas.

Ainda assim, é possível encontrar resultados majoritariamente positivos daqueles que participaram de alguma forma dessas intervenções. Como em pesquisa realizada por Soares e Gonçalves (2020), centrada na análise das falas de homens autores de violência entrevistados após sua participação do grupo reflexivo no 1º Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Rio de Janeiro, aponta que de maneira subjetiva:

Alguns resultados dessa vivência do processo, que culmina com a participação no grupo reflexivo, são encontrados em todos os estudos, e também nas respostas dos nossos entrevistados. O primeiro resultado refere-se ao objetivo de interromper a violência. **Se “funcionar” é entendido como “parar de bater”, a resposta é: sim, funciona. Seja em dados sobre**

novos registros de ocorrência ou através de respostas dos HAV em estudos empíricos, os resultados sugerem que os grupos funcionam para interromper e prevenir a violência. Mesmo entendendo ser a reincidência um indicador frágil e limitado, não cometer novos crimes de violência é o primeiro e mais básico ponto para avaliação de resultados. A “mudança de atitude frente à questão da violência familiar e doméstica praticada contra a mulher” é um dos resultados esperados dos grupos, de acordo com o documento de Padronização do Grupo Reflexivo dos Homens Agressores (EMERJ, 2012). **As respostas dos participantes da nossa pesquisa mostram que esse objetivo foi atingido** (SOARES. GONÇALVES, 2020, p. 99-100, grifo nosso).

Os resultados estatísticos mais antigos sobre programas de intervenção voltados à autores de violência são datados do ano de 2009, que apontam que no Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher de São Gonçalo/RJ, menos de 2% dos homens que participaram de grupos de reflexão voltaram a reincidir na violência doméstica. Também no estado do Rio de Janeiro, em Nova Iguaçu, os reincidentes no delito representaram menos de 4% dos participantes (BIANCHINI, 2013).

No mesmo sentido foram os números apresentados pela Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe), em relação ao Projeto Metendo a Colher, implantado no Presídio Central de Porto Alegre/RS, que “durante o ano de 2014, dos 79 participantes dos grupos de conscientização, nenhum reincidiu no crime de violência doméstica” (MOTTA, 2014).

Destaca-se também o Projeto HORA – Homens: Orientação, Reflexão e Atendimento, desenvolvido pelo Juizado da Violência Doméstica de Caxias do Sul/RS, em que o agressor pode ser encaminhado pelo Poder Judiciário já no momento de análise do pedido de medidas de proteção. Sobre a eficácia, em 2016 verificou-se “apenas 0,6% de reincidência em atos agressivos ou violentos contra a mulher” dos frequentadores do projeto (CHAGAS, 2016).

Já no estado de São Paulo existe o projeto Tempo de Despertar – Ressocialização do Autor de Violência Contra Mulher, que inclusive tornou-se lei estadual (Lei n. 16.659/2018) e tem como público-alvo homens que estejam respondendo a inquérito policial, procedimento de medidas protetivas, prisão em flagrante e/ou processos criminais em andamento e objetiva a diminuição da prática deste tipo de crime. Quanto sua eficácia, “dados estatísticos do Núcleo de Combate a Violência Doméstica Contra a Mulher (Gevid), mostram que entre os anos de 2014 a 2016, a reincidência passou de 65% para 2%” (SÃO PAULO, 2018), evidenciando o êxito da medida.

Em suma, as intervenções parecem funcionar, haja vista que os dados localizados indicam êxito na baixa reincidência e na mudança de comportamento do autor, pois é possível perceber “que os homens que não completam os programas têm maior chance de reincidência e que programas de reeducação geram menores chances de reincidência” (SOUZA, 2020b; PARANÁ, 2020, p. 96-97). Carece, no entanto, de maiores informações e pesquisas aprofundadas sobre o tema, bem como amparo, incentivo e padronização para base de ação e avaliação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência de gênero é um problema social e de saúde pública, resultantes do modo de construção das relações de gênero nas sociedades patriarcais, nas quais ainda ocorrem a opressão das mulheres e a violência contra estas segue sendo normalizada.

Dentre os principais desafios do combate a violência de gênero é de que este tipo de violência não se traduz em episódios individuais, mas em situações continuadas, havendo aumento gradual nas agressões sofridas. Ainda é comum que muitas das formas de agressões não sejam percebidas como violência, mas como uma forma de resolver o conflito de casal, sendo que muitas das vezes as vítimas buscam a autoridade

policial para cessar a violência, mas não com o intuito de ver o agressor penalizado, tendo inclusive o desejo de manter o relacionamento. Tais agressões acontecem principalmente pelos homens sentirem autoridade sobre a mulher violentada, tanto é que as estatísticas de violência e o modo como os casais se relacionam e seus papéis são estabelecidos dentro desse relacionamento, apontam a necessidade de discutir essa construção, por meio principalmente do estudo de gênero, que está intimamente ligado as relações de poder e desigualdades na sociedade.

Ao não tratar essa questão com a relevância que merece, coloca-se a integridade e vida das mulheres em risco. A mudança de comportamento de autores de agressão é importante para a regulação do convívio em sociedade, da garantia dos direitos das atuais companheiras, futuros relacionamentos amorosos e de todas as mulheres com quem convive, uma vez que a reincidência ocorre em cerca de 50% dos casos em que não há medida de reeducação (WAISELFISZ, 2015) e que em cerca de 70% dos casos feminicídios registraram agressões anteriores (ALMEIDA et al., 2020, p. 52).

Muito embora a Lei Maria da Penha não objetive apenas a punição penal do autor de violência, mas também o combate, proteção e prevenção da ocorrência de violência, atualmente a pauta relacionada à prevenção da violência contra as mulheres vem sendo constantemente limitada ao âmbito penal criminalizador e punitivista, deixando-se de lado a sistemática de legislação que tem por escopo operar mudanças estruturais no quadro das violações de direitos das mulheres. Assim, no que diz respeito à efetividade das medidas de proteção, sua utilização isolada não tem demonstrada eficácia no enfrentamento à violência doméstica a longo prazo.

Se faz necessário que os órgãos públicos vejam além da punição, considerando e adotando práticas de prevenção de novas violências e que coíbam tal comportamento agressivo, visto que a aplicação de penalidades e/ou outras medidas protetivas são predominantemente ineficientes quando não são aplicadas em conjunto com ações psicossociais e socioeducativas.

Não se deve deixar de lado tais medidas, mas considerando o cenário aterrador de violência contra mulher, mostra-se imprescindível a aposta nas outras dimensões da lei, sobretudo no âmbito educacional, de prevenção e assistência, principalmente voltados aos autores de violência.

Com o advento da Lei n. 13.984, de 3 de abril de 2020, foram acrescentadas ao art. 22 da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) a possibilidade de aplicação de duas novas espécies de medidas protetivas a autores de violência: comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e a de acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. No entanto, se faz necessária a obrigatoriedade de cumprimento de tais medidas de maneira compulsória aos autores de violência, como forma de proteção e prevenção. Deve-se considerar que tratar o autor é proteger futuras vítimas, rompendo o ciclo de agressão, bem como trabalhar a responsabilização frente a violência perpetrada.

Muito embora os resultados destas intervenções não sejam amplamente conhecidos, seja pela carência de diretrizes quanto à forma de avaliação ou pela falta de definição de indicadores que correspondam aos objetivos da intervenção, a presente pesquisa foi exitosa ao ter a confirmação da baixa reincidência em crimes de violência de doméstico daqueles que participaram dos grupos.

Nesse sentido, destaca-se o exposto no tópico 5, no qual em pesquisa realizada por meio de entrevistas a homens autores de violências que participaram de grupo reflexivo do 1º Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Rio de Janeiro, verificou-se, de maneira subjetiva, "que 'se "funcionar' é entendido como "parar de bater", a resposta é que funciona [...] os resultados sugerem que os grupos funcionam para interromper e prevenir a violência" (SOARES; GONÇALVES, 2020, p. 99-100).

Já em dados estatísticos verificou-se até o ano de 2009, no município de Nova Iguaçu/RJ menos de 4% dos homens que praticaram violência contra

mulher e participaram de grupo voltaram a agredir suas companheiras. Em São Gonçalo/RJ, o caso de reincidência era ainda menor, sendo que menos de 2% dos homens reincidiam no delito (BIANCHINI, 2013).

Em Porto Alegre/RS no ano de 2014, dos 79 participantes dos grupos de conscientização do Projeto Metendo a Colher, nenhum reincidiu no crime de violência doméstica (MOTTA, 2014). Também no estado do Rio Grande do Sul, em Caxias do Sul, no Projeto HORA, há reincidência em atos agressivos ou violentos contra a mulher de participantes, registrada no ano de 2016, foi de apenas 0,6% (CHAGAS, 2016).

No estado de São Paulo, com o projeto Tempo de Despertar – Ressocialização do Autor de Violência Contra Mulher, dados estatísticos mostram que entre os anos de 2014 a 2016, a reincidência passou de 65% para 2%" (SÃO PAULO, 2018), evidenciando o sucesso da medida.

Foi possível verificar ainda, que nos resultados divulgados, todos os estudos sobre a temática apresentam algum grau de conscientização dos autores de violência, que deixem de ter a violência como um ato naturalizado e automático nos conflitos. Percebe-se que os homens que não completam os programas têm maior chance de reincidência e que programas de reeducação geram menores chances de reincidência (SOUZA, 2020b).

As medidas aqui estudadas, são um modelo que pode ser aplicado antes de qualquer condenação, ação penal e até mesmo cometimento de delitos mais graves, uma vez que esse tipo de intervenção, atrelando masculinidade e violência possui impacto político-criminal positivo, que são imprescindíveis para a consolidação dos direitos fundamentais e humanos, bem como para modificação efetiva do cenário de violência (PARANÁ, 2020, p. 103).

Em termos de conclusão, sustenta-se que as medidas protetivas instituídas pela Lei n. 13.984/2020 devem ser aplicadas a todos aqueles que cometem violência de gênero de maneira compulsória, não com o caráter de penalização, mas sim educacional, com o intuito de promover mudanças

efetivas no comportamento destes e assim reduzir os casos de violência, sua reincidência e garantir o rompimento do ciclo de violência.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Fernando; ANDRADE FILHO, Antônio; BRONZ, Alan. **Núcleo de Gênero, Saúde e Cidadania Conversas Homem a Homem**: Grupo Reflexivo de Gênero Coleção Homens e Violência de Gênero. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2004.

ACOSTA, Fernando; SOARES, Barbara Musumeci. **Documento base para a elaboração de parâmetros técnicos para os serviços de educação e responsabilização de homens autores de violência doméstica contra mulheres**. São Paulo: Iser, 2012. Disponível em: https://www.iser.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Comunicacoes_ISER_n65-Serh-2012.pdf. Acesso em: 16 set. 2021

ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega de. *et al.* (org.). **Violência contra a mulher**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha: Natureza Jurídica e Parâmetros Decisórios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 157, p. 131–172, jul. 2019.

BARBIERI, Jeverson. Pesquisa comprova que mediação é a melhor solução para conflito familiar. **Jornal da Unicampi**, São Paulo, p. 4, jun. 2005. Disponível em: https://www.unicamp.br/unicamp_hoje/jornalPDF/ju290pag04.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva; SILVA, Artenira da Silva e. Política criminal e Lei Maria da Penha: O deferimento do comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação como a principal medida protetiva de urgência. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 78–97, jan./jun, 2017.

BIANCHINI, Alice. **Homens agressores**: grupos de reflexão, prevenção terciária e violência doméstica. [S. l.]: Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814321/homens-agressores-grupos-de-reflexao-prevencao-terciaria-e-violencia-domestica>. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. **A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2015b. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27536%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27536%27).sub). Acesso em: 6 out. 2021.

BRASIL. **Central de Atendimento à mulher registrou 1,3 milhão de chamadas em 2019**. Brasília, DF: Governo do Brasil, 29 mai. 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/05/central-de-atendimento-a-mulher-registrou-1-3-milhao-de-chamadas-em-2019>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **CRAS** - Centro de Referência em Assistência Social. Brasília, DF: Ministério da Cidadania, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/aceso-a-informacao/carta-de-servicos/desenvolvimento-social/assistencia-social/cras-centro-de-referencia-em-assistencia-social-1>. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. Decreto n. 1.973, de 1 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 5 out. 2021.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.984, de 3 de abril de 2020. Altera o art. 22 da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 abr. 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Portaria GM/MS n. 3.088, de 23 de dezembro de 2011. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental, incluindo aquelas com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html. Acesso em: 6 out. 2021.

BRASIL. Projeto de lei n. 9/2016. Altera a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer a medida protetiva de frequência a centro de educação e reabilitação do agressor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124675>. Acesso em: 7 out. 2021.

BRASIL. Projeto de lei n. 788/2015. Acrescenta dispositivo à Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2015a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1049054>. Acesso em: 7 out. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 10-22, fev./mar. 2017. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/778>. Acesso em: 07 out. 2021.

CHAGAS, Gustavo Monteiro. **Projeto HORA**: reincidência de agressores em Caxias do Sul é inferior a 1%. Rio Grande do Sul: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 22 ago. 2016. Disponível em: <http://www.diligencia.com.br/noticias/24443/projeto-hora-reincidencia-de-agressores-em-caxias-do-sul-e-inferior-a-1>. Acesso em: 10 out. 2021.

COUTO, Maria Cláudia Giroto do. **Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade**: diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2017.

DATAFOLHA. **Visível e Invisível**: A vitimização de mulheres no Brasil. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: https://assets-dossies-jpg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2019/02/FBSP_2018_visivel-invisivel-vitimizacao-de-mulheres.pdf. Acesso em: 17 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DOURADO, Maiara Batista; SANTANA, Selma Pereira. Reintegração Social e Justiça Restaurativa: Vantagens e Desafios para Promoção da Reintegração Social pelo Ideal Restaurativo. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 17, n. 98, p. 20-39, jun./jul. 2016.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; SARDEIRO, Giovanna Praça. Grupos reflexivos para autores de violência doméstica contra a mulher: uma proposta para além do punitivismo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 173, p. 247-278, nov. 2020.

FONSECA, Vanessa. **Grupos reflexivos para profissionais da segurança pública autores de violência doméstica e/ou familiar contra a mulher: ação inovadora no Distrito Federal**. Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, fev. 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/centro-judiciario-mulher/documentos-e-links/arquivos/livro-eletronico-manual-grupo-refletir.pdf>. Acesso em: 7 out. 2021.

GALVÃO, I. Mapa da violência contra mulheres negras: reflexões sobre racismo e gênero na sociedade brasileira. **Revista de Direito**, [s. l.], v. 13, n. 02, p. 01-17, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11520>. Acesso em: 30 mar. 2022.

GARCIA, Danler. Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio: A Violência de Gênero no Brasil Entre Hostilidades, Simbolismo e Legitimidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 169. p. 163-192, jul. 2020.

HALL, Christopher M. Merging Efforts: The Intersections of Domestic Violence Intervention, Men, and Masculinities. **SAGE Journals**, Nova York, v. 22, n. 1, p. 104-112, mar. 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1097184X18805565>. Acesso em: 8 out. 2021.

INSTITUTO AVON; DATA POPULAR. **Percepções dos homens sobre a violência doméstica contra a mulher**. São Paulo, 2013. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/12/folderpesquisa_instituto22x44_5.pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

LISBOA, Teresa Kleba; ZUCCO, Luciana Patricia. Ações de enfrentamento à violência contra as mulheres: o trabalho com homens autores de violência. *In*: MORAES Denise Rosana da Silva; SUZUKI, Júlio César; BORGES, Vanderlei. **Análises de uma pandemia: diálogos políticos e pedagógicos**. São Paulo: FFLCH/USP, 2020, p. 76-94.

LISBOA, Tereza Kleba. Violência de gênero, políticas públicas para o seu enfrentamento e o papel do serviço social. **Temporalis**, Brasília, DF, ano 14, n. 27, p. 33-56, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/6543>. Acesso em: 07 out. 2021.

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA Livia de Meira Lima. **Lei Maria da Penha na prática**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MENEZES, Wellington Fontes. O silêncio que ruma sob um persistente malestar: violência estrutural e estruturas coercitivas. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência**, São Paulo: UNESP, v. 13, 2014. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/levs/article/view/3744>. Acesso em: 6 out. 2021.

MOTTA, Neiva. **Projeto Metendo a colher coíbe novas agressões a mulher**. Rio Grande do Sul: Secretaria da Segurança Pública, 13 nov. 2014. Disponível em: <https://www.ssp.rs.gov.br/projeto-metendo-a-colher-coibe-novas-agressoes-a-mulher>. Acesso em: 16 set. 2021.

OLIVEIRA, Adriana Vidal de; BERNARDES, Marcia Nina; COSTA, Rodrigo de Souza. **Violência doméstica, discriminação de gênero e medidas protetivas de urgência**. Curitiba: Juruá, 2016.

OLIVEIRA, Natália Fernanda de. **Lei Maria da Penha - Lei n. 11.340/2006**. [S. l.]: Manual Caseiro, 2021. *E-book*.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Glossário de termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.** Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Glossario-ODS-5.pdf>. Acesso em: 6 out. 2021.

ONU MULHERES. **Precisamos falar com os homens? Uma jornada pela igualdade de gênero.** Brasil, 2 nov. 2016. Disponível em: https://issuu.com/onumulheresbrasil/docs/relat_rio_onu_eles_por_elas_pesqui. Acesso em: 8 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Folha informativa - Violência contra as mulheres.** [S. l.], OPAS, OMS, nov. 2017. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>. Acesso em: 7 out. 2021.

PARANÁ. **Guia teórico sobre os grupos para autores de violência doméstica.** Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2020. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/42039705/guia+teorico+CE-VID_computadores.pdf/4f7b4981-59a3-c037-dfd7-9b5fdb7d9630. Acesso em: 8 out. 2021.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?. **Revista Civitas**, v. 10, n. 2, 2010. *E-book*.

PERU. **Hombres por la igualdad de género y una vida libre de violencia.** El Peru Primero, Peru: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerable, jul. 2018. Disponível em: https://observatorioviolencia.pe/wp-content/uploads/2020/04/Folleto_Hombres-por-la-igualdad-de-g%C3%A9nero-y-una-vida-libre-de-violencia.pdf. Acesso em: 17 set. 2021.

PIRES, Amom Albernaz. **A Opção Legislativa pela Política Criminal Extra-penal e a Natureza Jurídica das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha. Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios**, Brasília, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011. https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/caop_dh/5_Medidas_protetivas_AMOM.pdf. Acesso em 10 out. 2021.

RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. **Violência doméstica contra as mulheres: uma necessária reflexão sobre suas causas e efeitos, bem como as formas de seu enfrentamento.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. **Domestic violence in Brazil: Social problems and legislative interventions.** São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11464/RPS_86_FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 17 set. 2021.

SABADELL, Ana Lúcia; PAIVA, Livia de Meira Lima. Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 153, p. 173-206, mar. 2019. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Di%C3%A1logos_entre_feminismo_e_criminologia_cr%C3%ADtica.pdf. Acesso em 17 set. 2021.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**, Campinas, SP, n. 16, p. 115–136, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8644541>. Acesso em: 12 out. 2021

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Projeto Tempo de Despertar, de combate à violência contra mulheres, vira lei estadual.** São Paulo, SP: Ministério Público do Estado de São Paulo, 26 fev. 2018. Disponível: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=18256343&id_grupo=118. Acesso em: 08 out. 2021.

SOARES, Bárbara Musumeci. Os homens do século XXI. In: ACOSTA, Fernando. **Conversa de homem a homem: grupo reflexivo de gênero.** Metodologia. Rio de Janeiro: Inst. Noos, 2004.

SOARES, Cecília Teixeira; GONÇALVES, Hebe Signorini. Grupos reflexivos para autores de violência contra a mulher: "Isso funciona?". **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 73-107, 2020. Disponível em: <http://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/289>. Acesso em: 9 out. 2021.

SOUZA, Leandro. **A (in)eficácia das medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha**. Rio de Janeiro: Autografia, 2020a.

SOUZA, Lilianny Silva. **Atendimento psicossocial a homens autores de violência contra mulheres**: uma revisão integrativa da literatura a partir da perspectiva crítica feminista. 2020. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica e Cultura) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020b. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/40638/1/2020_LiliannySilva-Souza.pdf. Acesso em: 7 out. 2021.

TÁVORA, Mariana Fernandes *et al.* Análise de gênero e de cruzamentos interseccionais de um programa para autores de violência doméstica contra as mulheres. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasil, v. 2, n. 10, ago. 2020.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; SILVA, Vankleida Maria da Conceição. **Ministério Público do RN no combate e prevenção à violência contra a mulher - a experiência do grupo reflexivo de homens**. Brasília: CNMP, 2018, p. 37-62. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf. Acesso em: 9 out. 2021.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: Flacso, 2015. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

ZORZELLA, Vívian Lorea; CELMER, Elisa Girotti. Grupos de reflexão sobre gênero com homens acusados de violência doméstica: Percebendo vulnerabilidades e repensando polarizações. **Revista Gênero & Direito**, Paraíba, v. 5, n. 1, 2016.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO JUDICIÁRIO CATARINENSE E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DA POSSIBILIDADE E DOS LIMITES

Laura Mecabô de Matos¹

Gabriela Samrsla Möller²

RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina cujas demandas versam sobre direitos sociais e como se dá a decisão frente ao argumento da cláusula da reserva do possível como matéria de defesa do estado. Neste interim faz-se necessário analisar os direitos fundamentais sociais à luz da Constituição Federal de 1988 e a razão pela qual tem sua efetividade negligenciada pela administração pública, principal ente responsável por sua efetivação, o que leva os indivíduos em busca do poder judiciário na expectativa da satisfação de seus direitos. Ademais, a pesquisa aduz o surgimento e aplicação da cláusula da reserva do possível na Alemanha, bem como o seu percurso histórico até a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro e como passou a ser empregada para obstar a efetivação dos direitos sociais. Todavia, por não se limitar a mero impedimento à concretização dos direitos, a pesquisa também dispõe-se a examinar a referida cláusula frente às suas críticas e possibilidades.

Palavras-chave: Reserva do possível. Direitos Sociais. Efetivação dos direitos sociais. Judicialização. Análise de jurisprudências do TJ/SC.

1 INTRODUÇÃO

A Reserva do Possível tem sido invocada pelo Estado como matéria de defesa em ações relativas à exigibilidade de direitos fundamentais sociais

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) Campus de Joaçaba; laurammatos16@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) Campus de Joaçaba; laurammatos16@gmail.com

ante a omissão ou deficiência da prestação estatal, de modo a legitimar sua omissão na prestação dos direitos sociais básicos, o que acaba por afetar a efetivação dos direitos sociais.

Deste modo, o problema de pesquisa é: como deve ocorrer a aplicação da reserva do possível no direito brasileiro a fim de não afastar a efetivação dos direitos fundamentais segundo o que é defendido e exigido pela Constituição Federal de 1988? Para responder a esse problema, além da pesquisa bibliográfica, o trabalho também realizará pesquisa em julgados catarinenses, para verificar como a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem aplicando esse princípio.

Levando em consideração o problema de pesquisa, a hipótese baseia-se na teoria de que a reserva do possível tem sido invocada para dificultar e até mesmo obstar o acesso aos direitos fundamentais sociais, quando se destaca a ausência ou insuficiência de recursos financeiros disponíveis como recusa para a concretização dessas prestações.

O objetivo geral é identificar se há possibilidade de aplicação do princípio da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro e quais parâmetros devem ser considerados para uma aplicação constitucional do princípio. Baseado no objetivo, o método empregado ao presente trabalho é o dedutivo. Sendo que a técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, através do uso de livros, artigos e julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Deste modo, o trabalho propõe-se a explicar e compreender na primeira seção a respeito dos direitos sociais como fundamentais à luz da Constituição Federal de 1988 e reconhecida sua normatividade, na mesma seção, o primeiro subitem, apresenta os problemas de efetivação inerentes aos direitos sociais, que relacionam-se diretamente com as limitações orçamentárias que acometem o Estado, e como consequência disso, o segundo subitem aborda a judicialização dos direitos sociais no Brasil como forma de satisfazê-los.

Na terceira seção é relevante a elucidação do princípio da reserva do possível, seu percurso histórico, que é mais explorado no primeiro subitem, e as críticas que a acompanham. Tendo em vista que este princípio se mostra como argumento de limitação orçamentária para a defesa do estado frente à sua obrigação de fazer cumprir as políticas públicas que dão efetividade aos direitos sociais pleiteados. Compondo a terceira seção, o segundo subitem apresenta a relação do princípio da reserva do possível e o Comentário n. 3 da ONU (que interpreta o PIDESC).

Diante das críticas e possibilidades da aplicação deste princípio pelo poder judiciário brasileiro, que completa a seção três, se faz oportuno expor, na quarta seção, uma análise de julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para contemplar e entender como o princípio da reserva do possível é percebido neste Tribunal diante das demandas sociais.

A conclusão a que se chegou firma-se no entendimento de que o poder judiciário, ao analisar os pleitos sobre direitos sociais, devem empregar meios criteriosos de análise tendo em consideração o caso em concreto e sempre em consonância com o princípio do mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. Tendo em vista que, a mera arguição da cláusula da reserva do possível não pode ser capaz de atrapalhar a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos, também tratados por muitos doutrinadores como direitos fundamentais de segunda geração, passam a ser previstos no ordenamento jurídico, no século XX, assim como os direitos de primeira geração passaram a ser no século XIX.

Explica Alcalá (2003, p. 4), que no período entre as duas Guerras Mundiais buscou-se uma harmonia entre o liberalismo democrático e os

direitos capazes de garantir um padrão de vida adequado. Neste cenário desenvolveram-se os direitos econômicos, sociais e culturais, que no período pós Segunda Guerra Mundial, 1946, converteram o Estado Liberal de Direito em um Estado Social. Tal feito fez com que os direitos de segunda geração passassem a ser recepcionados pelas Constituições nacionais e nas declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Os direitos sociais, culturais e econômicos são por assim dizer, inerentes ao princípio da igualdade, tanto que, se separados, é o mesmo que usurpar sua razão de ser, ensina Bonavides (2004, p. 564). Em concordância, Canotilho (2003), estabelece que o princípio da democracia econômica e social e o princípio da igualdade guardam uma adjacente relação, ao ponto que, conectados em reciprocidade tornam-se um só.

No Brasil, estes direitos surgiram como uma forma de mudança social, empenhando formas de converter o passado de abstenção, injustiças e desigualdades sociais vividas na vigência do Estado Liberal. Nessa seara, com o propósito de garantir o bem-estar social, a dignidade da pessoa humana e promover direitos como direito à educação e saúde, manifesta-se o Estado Social (BORTOLI; MACHADO, 2018, p. 283).

A Constituição brasileira promulgada em 1988 traçou como metas elementares do Estado o progresso de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e a atenuação das diferenças sociais e regionais, como bem explícita no texto de seu art. 3º. Para tanto, com vista à efetivação dessas premissas, agrupou em sua redação princípios e direitos, e de mesmo modo os instrumentos necessários à sua concretização (FERNÁNDEZ, 2010, p. 71).

Os direitos fundamentais estão compilados no Título II da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que de acordo com os ensinamentos de Fernandez (2010, p. 71), deixam de limitar-se à defesa dos direitos civis, como nas Constituições anteriores, e também ostenta agora, a tutela dos direitos sociais, devidamente inseridos no Título II,

compondo o Capítulo II do texto constitucional. Tal feito traduz um avanço significativo ao constitucionalismo brasileiro, já que esses direitos eram pautados no capítulo do Regime Econômico e Social desde a Constituição de 1934, atribuindo-lhes, como consequência, baixa efetividade.

Assim como no Brasil, segundo Canotilho (2003, p. 348), a Constituição portuguesa também adotou um amplo catálogo de direitos sociais, no sentido de proteger a igualdade das prestações sociais entre os cidadãos. Isso estabelece, por exemplo, "um sistema de segurança social unificado, bem como um serviço nacional de saúde, universal, geral e tendenciosamente gratuito, e para uma política nacional de prevenção e tratamento, reabilitação e integração dos deficientes".

Assim deu-se, em boa parte dos países latino-americanos, o desenvolvimento dos direitos de segunda geração que, de acordo com o autor Alcalá (2003, p. 4), converteram o Estado Liberal em Democrático de Direito, por volta de 1946, pós Segunda Guerra Mundial, fato este que impacta diretamente na redação das novas Constituições nacionais e convenções internacionais de direitos humanos.

De acordo com Fernández (2010, p. 71) a ratificação generalizada dos tratados internacionais de direitos humanos, universais e regionais, incluindo aqueles que legitimam os direitos sociais, contribuíram para um avanço satisfatório de proteção e justiciabilidade dos direitos sociais na América-latina.

Acrescenta Bonavides (2004, p. 568), que a introdução dos direitos sociais como fundamentais nas constituições, fez crescer a ideia de que esses direitos simbolizam uma ordem de valores, compondo uma unidade de regulamentação valorativa.

2.1 PROBLEMAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Como forma restaurativa de direitos, após vinte anos de retrocessos, no que diz respeito aos direitos fundamentais no Brasil, o compromisso e bem-estar social passaram a compor um rol de direitos cujo cerne encontra-se na justiça social, constitucionalmente assegurado em 1988 (ROSA; MARCELINO JUNIOR, 2011, p. 49). Nessa conjuntura, o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 visa garantir “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.” (BRASIL, 1988).

De mais a mais, a democrática Constituição Federal Brasileira de 88 apresentou no texto do art. 6º as garantias fundamentais sociais compreendidas por muitos doutrinadores como direitos fundamentais de segunda geração/dimensão, caracterizadas por serem de cunho prestacional pelo Estado (exigem prestação positiva). Assumindo assim, a obrigação de garantir aos cidadãos condições mínimas capazes de assegurar a existência e dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, para Sarlet (2012, p. 164), os direitos fundamentais sociais, como sendo direitos de natureza prestacionais, destinam-se a salvaguardar o desempenho de fundada liberdade e igualdade, que pressupõem uma conduta positiva do Estado.

Dada a característica predominantemente prestacional (em sentido escrito, assim compreendido por Sarlet), dos direitos fundamentais sociais, é que se encontram grandes problemas quanto a efetivação na prestação destes serviços que, em tese, devem ser realizados por intermédio do Estado e por meio de políticas públicas. Todavia, a realidade aponta que esse ainda é um caminho árduo a ser percorrido.

Nas acepções de Silva e Weiblen (2007, p. 44), há três correntes doutrinárias que divergem quanto a (in) eficácia das normas de cunho

fundamental social: existe quem considere os direitos sociais análogos aos direitos individuais; quem negue a eficácia aos direitos sociais, em virtude da carga positiva que depende da determinação legislativa e meios materiais, e a terceira, a ser explorada no presente trabalho, que identifica os direitos sociais sujeitos à reserva do possível, uma vez que a concretização exige o dispêndio do Estado já que pressupõem um dever de agir.

Evidentemente, o Estado apresenta limitações orçamentárias e é cognoscível que não consiga atender integralmente às demandas prestacionais, especialmente porque as necessidades são infinitas. E para além disso, circunda uma trajetória gradual que depende do ambiente social em que estão inseridas, do grau de riqueza (ou pobreza) da sociedade e da efetividade e flexibilidade dos mecanismos de expropriação e de alocação de recursos. Ademais, a efetivação desses direitos presume a existência de uma peça orçamentária desenvolvida de forma satisfatória, ferramenta utilizada pelo Estado para gerenciar os recursos, assim examinando as prioridades de despesa (CLÈVE, 2003, p. 154).

Neste sentido, no que tange as prioridades, Novais (2010, p. 166) afirma, “[...] tudo reside numa definição de prioridades, numa opção orçamental sobre a afetação dos recursos disponíveis, do que se trata é de saber quem define as prioridades, quem faz as escolhas, quem tem sobre a matéria a última palavra.”

Não desconsiderando a amplitude de demandas frente aos recursos estatais limitados, deve sobressair a essa justificativa de escassez, a garantia do mínimo existencial (corroborando para assegurar a dignidade da pessoa humana). Fortemente porque os direitos fundamentais sociais dispõem de força normativa e supremacia constitucional, assim sendo necessário que esses direitos, largamente elencados junto à Constituição Federal de 88, produzam eficácia ainda que mínima, e que isso não dependa exclusivamente de deliberações governamentais (SCHIER; SCHIER, 2018, p. 77).

Pode-se extrair até aqui que a problemática (falta) de efetivação dos direitos fundamentais sociais insere-se no campo da atuação estatal, especial e especificamente na escolha de prioridades na alocação de recursos e acolhimento de interesses, por esse motivo é aparente a relevância das políticas públicas (CIDADE, 2016, p. 104). Todavia, para Góes (2019, p. 144), as políticas públicas voltadas a efetivação dos direitos humanos e fundamentais não tem alcançado seus objetivos em decorrência do déficit de planejamento ou devido a corrupção governamental.

Em ensinamento símil, Fernández (2010, p. 71) afirma que “[...]as políticas neoliberais seguidas pelos governos brasileiros e as reformas constitucionais liberalizantes e o retrocesso dos direitos sociais por elas introduzidas, impediram a concretização dos objetivos pretendidos pelo constituinte original.”

Sobretudo, na concepção de Schier e Schier (2018, p. 78), ao passo que o legislador estabelece as políticas públicas por meio de lei, não exclusivamente toma decisões genéricas quanto a aplicação de recursos. Mas sim, estabelece a satisfação do mínimo existencial de todos os cidadãos para os quais legisla, considerando os recursos e meios a ele disponíveis e os objetivos a serem alcançados. À vista disso, as frequentes demandas individuais pautadas nos direitos fundamentais sociais mínimos (ou mínimo existencial) junto a esfera judicial, pode representar uma flexibilização da satisfação desses direitos em âmbito universal.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL COMO FORMA DE SATISFAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Como previamente verificado, a satisfação dos direitos sociais, em tese, se dá por meio de políticas públicas que devem ser implementadas e efetivadas pelo Estado (que possui status de garantidor). Contudo, dada

a gigantesca necessidade que a sociedade demanda, o Estado tem falhado nesse papel, fazendo com que aumentem as demandas judiciais em busca da satisfação dos direitos sociais.

Nesta mesma linha, explicita Freitas (2014, p. 380), que apesar da existência de diversas políticas sociais, pelos fatores de disparidade econômica e cultural e a corrupção altamente prejudicial, o Estado não consegue lograr os direitos fundamentais básicos estabelecidos ao cidadão. No que lhe diz respeito, o cidadão está cada vez mais ciente de seus direitos e invoca o Judiciário para que sejam atendidos os seus pleitos mais precípuos, encaminhando a uma atuação efetiva do Judiciário para dirimir os conflitos, consubstanciando os direitos fundamentais, quando o Estado não o faz.

Há nesta seara, grandes dúvidas e divergências quanto a competência do Judiciário para atuar contribuindo na efetivação dos direitos sociais, uma vez que seriam disposições que se submetem a regulamentação do legislador (CLÈVE, 2003, p. 155). Silva e Weiblen (2007, p. 49), apontam de igual maneira a recorrente crítica quanto a busca pelo poder judiciário para sanar as prestações intrínsecas aos direitos fundamentais sociais. Consiste no argumento de que tal meio pode ser considerado uma violação ao princípio da Separação de Poderes, idealizado por Motesquieu, posto que a matéria sujeita-se a mediação orçamentária e, portanto, estaria dentro dos limites de competência dos Poderes Executivo e, principalmente, Legislativo.

Para Oliveira e Lopes (p. 83-84), não há que se falar em lesão ao princípio da Separação de Poderes no que toca o exercício do Judiciário neste sítio. Uma vez que, atua salvaguardando e efetivando os direitos que carecem de prestações pelos outros poderes (executivo e legislativo), e ainda, dedica-se a resguardar a Constituição Federal e o Estado de Direito.

Neste seguimento, é possível dizer que há certa discricionariedade administrativa no que tange a aplicação de políticas públicas, o que propicia a discussão acerca do controle de legalidade deste ato. Deste modo, não há

óbice para que a matéria seja tratada via ativismo judicial, sem implicar no já suscitado, princípio da Separação de Poderes (CIDADE, 2016, p. 115).

Com efeito:

Em verdade, o que se encontra no Brasil é uma oposição ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um vasto espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as deliberações do órgão ou do agente público são definitivos quanto à sua conveniência e oportunidade. Nesse quadro, parece incorreto ignorar a realidade e se negar à possibilidade de soluções mais práticas para o bem geral em decorrência de um apego excessivo e radical ao princípio como sugerido em uma realidade passada. Assim, a invocação da teoria da Separação dos Poderes em tais situações é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, a qual necessita da devida atualização de velhos dogmas, fato que se tornou imperativo em face das condições diferenciadas do moderno Estado Social. (KRELL, 2002, p. 87, 90-91 apud SILVA; WEIBLEN, 2007, p. 49-50).

Além disso, os poderes (legislativo, executivo e judiciário) devem atuar de maneira harmônica, tão logo que o poder judiciário atua de forma subsidiária no sentido de agir quando os demais se mostram inertes solucionando conflitos de interesse. Isto posto, não há que se falar da interferência de um poder (o judiciário) nas atribuições do outro, mas sim, na efetivação de suas funções institucionais. Visto que, se o texto constitucional determina os direitos a serem garantidos pelo Poder Público e este não o faz, cabe ao judiciário, como "guardião da constituição", fazer com que estas determinações sejam efetivadas (CARVALHO FILHO, 2009, p. 891).

Acerca da competência do judiciário para atuar na efetivação dos direitos fundamentais sociais, é oportuno retomar que esses direitos por serem dotados de caráter fundamental, assenhoram-se de ferramentas

processuais para alcançar sua satisfação. Isso acarreta na busca infundável pelo Poder Judiciário que, inevitavelmente, exerce o controle jurisdicional das políticas públicas.

Alexy determina que os direitos sociais são tão importantes que não podem ser deixados à decisão dos parlamentares, pois dada a inevitável presença da referida reserva do possível os direitos sociais dificilmente preenchem os requisitos de jusfundamentalidade. Sobretudo, dada sua importância, os direitos fundamentais são "tirados" da do legislador e confiados aos tribunais, que, porém, somente poderão dar um veredito a depender da decisão legislativa (NOVAIS, 2010, p. 92).

Nesse interim, há o que Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 41), trata como substituição dos recursos do Estado pelo judiciário, devido à ascensão dos direitos sociais sobre os vulneráveis, e esclarece:

O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.

Sem embargo, como bem ressalta Barbosa e Kozicki (2012, p. 73), o objetivo não é sustentar a intervenção judicial diante de políticas públicas orçamentárias para a realização dos direitos sociais desrespeitando os poderes Executivo e Legislativo, mas sim, fazê-los cumprir diante da inércia destes poderes, quando chamado especialmente na ocasião em que os próprios destinatários dos direitos reivindicam sua realização.

Por todo exposto, é fundamental alcançar o novo papel do judiciário na realização dos direitos fundamentais a partir da Constituição Federal de

1988 e compreender o princípio da separação dos poderes não mais como uma ideia rígida de separação, mas sim de cooperação com o objetivo de melhorar o processo democrático existente. Deste modo, é correto que em casos de omissão do poder público na efetivação dos direitos sociais por meio de políticas públicas o judiciário seja suscitado para determinar sua implementação sob pena de descumprimento à Constituição Federal pelo Poder Público (BARBOSA; KOZICKI, 2012, p. 79-80).

3 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: PERCURSO HISTÓRICO E CRÍTICAS

O Princípio da Reserva do Possível, concebido em berço alemão, apresenta-se, como bem expõe Sarlet (2012, p. 556), como limitação jurídico-fática dos direitos fundamentais. Sendo que, no que se refere aos limites fáticos, inteiramente relacionados a escassez de recursos, estes são uma concepção humana já que, como bem explícito anteriormente, as probabilidades de satisfazer todas as demandas sociais são praticamente nulas, uma vez que as necessidades são infinitamente maiores que a disponibilidade de recursos orçamentários.

No entanto, o Princípio da Reserva do Possível mostra-se como um problema quando é suscitado repetidas vezes como argumento para justificar a inércia ou omissão do Estado frente a efetivação mínima dos direitos fundamentais sociais.

Neste seguimento, Leal e Alves (2016, p. 591) argumentam que a reserva do possível é empregada pelos administradores a fim de justificar suas limitações na realização dos direitos de cunho prestacional, ou seja, que demandam prestações fáticas, já que é impraticável que se exija uma concretização ilimitada dos direitos fundamentais sociais.

Todavia, embora seja plenamente compreensível a limitação do Estado diante de tantas necessidades a serem atendidas, e dos inúmeros direitos

fundamentais de aplicação imediata elencados da Constituição Federal, faz-se necessário indagar até que ponto essa limitação orçamentária impede a plena eficácia destes direitos (SARLET, 2012, p. 556).

3.1 PERCURSO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O princípio da Reserva do Possível foi concebido diante da limitação de recursos frente à demanda social que impossibilitava o Estado de atender os direitos (fundamentais) sociais.

O referido princípio teve origem fundada em julgamento pelo Tribunal Constitucional Alemão, que discutia acerca da insuficiência de vagas de ingresso nas universidades de medicina. Dada a desproporcional demanda ao número de vagas, os alunos buscavam pela via judicial seus direitos subjetivos de ingressar nas universidades. A decisão chamada *Numerus Clausus* (BVerfGE, 33, p. 333 apud CIDADE, 2016, p. 123), firmou entendimento na análise da escassez de recursos materiais para a efetivação da demanda (CIDADE, 2016, p. 123).

Mesmo contrariando preceitos constitucionais, a Reserva do Possível foi amplamente difundida pelos tribunais, limitando a ação do Estado em contemplar todas as carências sociais, ainda que firmadas nas constituições como direitos fundamentais. Corroborando, explicam Matsuda, Pereira e Souza (2011, p. 5):

No precedente alcunhado de *numerus clausus I*, a Corte Constitucional Alemã decidiu que aquelas leis que adotavam esse critério eram compatíveis com o texto constitucional, pois não seria possível garantir acesso universal ao ensino superior, diante da escassez dos recursos orçamentários. Recusou, dessa forma, a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas, para

atender a todos os candidatos. Decidiu, outrossim, que o direito à liberdade de escolha da profissão, assegurado pelo texto constitucional alemão, não abrangia o direito irrestrito do cidadão de exigir vaga para o curso que escolhesse. Não seria razoável assegurar esse direito caso isso demandasse do Estado esforços tão intensos que implicassem em prejuízo para outros programas sociais ou políticas públicas.

Pelos ensinamentos de Novais (2010, p. 90), a primeira jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que instituiu o termo "Reserva do Possível", assentou entendimento de que tal expressão atingia e limitava os direitos sociais ao que os indivíduos poderiam razoavelmente demandar da sociedade.

Deste modo, se extrai que embora constitucionalmente asseveradas, as normas que asseguram os direitos fundamentais sociais somente poderão ter sua efetividade firmada quando houver condições jurídicas e materiais, do contrário, ninguém será obrigado cumpri-las diante da ausência de recursos econômicos. Significa dizer que a realização dos direitos fundamentais sociais fica à mercê dos recursos materiais que garantam sua efetividade.

Para Sarlet (2012), a Reserva do possível consiste em um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, e, não obstante pode atuar como garantia destes direitos. Por exemplo, havendo eventual conflito de direitos, quando tratar-se da invocação da insuficiência de recursos com o propósito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. Sempre considerando os parâmetros da proporcionalidade e garantia do mínimo existencial relacionado aos direitos sociais.

Todavia, Cidade (2016, p. 124) suscita um prisma de extrema importância: não é possível que se tire proveito do direito comparado sem que primariamente se leve em consideração as peculiaridades sociais e jurídicas da realidade brasileira. Visto que, enquanto na Alemanha, berço da teoria da Reserva do Possível, os direitos sociais mínimos são satisfatoriamente

efetivados mediante a realização de políticas públicas universalizadas, no Brasil isto ainda é tratado como um problema.

Amplamente utilizada nos julgados brasileiros no que se refere à busca judicial pela implementação de políticas públicas, a Reserva do Possível serve como forma de justificar a escusa do Estado em efetivar os direitos fundamentais sociais, servindo, por vezes, como argumento de falta de recursos financeiros para tal feito. Ficando assim, sujeito a decisão judicial sobre se a insuficiência de recursos é justificativa plausível para a limitada realização dos direitos sociais (MATSUDA; PEREIRA; SOUZA, 2011, p. 6).

Como estudado anteriormente, evidentemente a disponibilidade financeira (e material) do Estado não comporta o gigantesco número de demandas, especialmente no Brasil onde a realidade econômica e social é bastante precária e desigual, por consequência, em concordância com Gonçalves (2011, p. 325), é devido o reconhecimento dos limites estatais. Em contrapartida, isso não pode ser tratado como objeção à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

3.2 RESERVA DO POSSÍVEL E O COMENTÁRIO GERAL N.3 DA ONU (QUE INTERPRETA O PIDESC)

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), foi recepcionado pela Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1966, em conjunto com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos objetivando a exigibilidade das obrigações convencionadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, os Estados signatários que descumprissem com o conteúdo assentado no Pacto, passaram a ser internacionalmente responsabilizados. Para acompanhar o plano dos direitos, sua implementação e eventuais dificuldades em realiza-los, há o acompanhamento dos Estados-parte, por meio da elaboração de relatórios

periódicos. Quanto ao Pacto, a supervisão é feita pelo comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

No Brasil, o PIDESC entrou em vigor em 24 de abril de 1992 e logo em seu artigo 2º explicita as atribuições legais assumidas pelos Estados-parte ao Pacto, sendo a principal obrigação de resultado a tomada de medidas que visam “alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos” (COMITÊ DE DIRETOS ECONÔMICOS; SOCIAIS E CULTURAIS, 1990).

O comentário Geral n. 3, em primeira análise, deixa claro que a implementação dos direitos inclusos no Pacto devem ser difundidos e implementados pelos Estados, e que as obrigações não limitam-se puramente aos direitos humanos, mas que alcançam também o dever dos Estados-parte de comprometerem-se a assegurar o gozo destes direitos a todos os indivíduos sob sua jurisdição (COMITÊ DE DIRETOS ECONÔMICOS; SOCIAIS E CULTURAIS, 1990).

Para Canotilho (2003, p. 520-521), os parâmetros para implementação dos direitos do homem no âmbito dos direitos internacionais impõe a concepção de um direito internacional com referências individuais, desenvolvendo o que o autor chama de teoria jurídico-constitucional internacional da justiça, cujo objetivo é consolidar nova dimensão de vinculatividade para a proteção dos direitos do homem, como por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Canotilho (2003, p. 522) reitera a importância do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que asseguram os direitos sociais, econômicos e culturais aos indivíduos, bem como, estabelecem aos Estados-Partes o dever de apresentar relatórios com vistas às medidas que adotam para a realização do catálogo de direitos previstos pelo pacto.

Insta compreender que o reconhecimento dos direitos humanos, e posteriormente dos direitos fundamentais, positivados em documentos e passíveis de responsabilidade são verdadeira conquista universal, dada a

história de luta dos povos por seus direitos. Nesta seara, Sarlet (2012, p. 153) preconiza que ao Estado incumbe muito além das ações negativas (de defesa) para garantir a liberdade pessoal dos indivíduos. Que a manutenção desta liberdade depende, sobretudo, de ações positivas dos poderes públicos.

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1990), entende que, no que toca a proteção dos direitos previstos no Pacto, sobretudo os Direitos Sociais, como por exemplo, direito à saúde, educação e combate à discriminação, uma legislação neste sentido é de extrema importância, se não indispensável.

É importante que se compreenda que os direitos tratados pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais objetivam alcançar suas metas progressivamente, isto é dizer que os direitos nele contidos não são possíveis de serem efetivados de forma imediata, mas sim, a longo prazo. Todavia, isso em nada afeta suas obrigações de fazer com que isso se dê da forma mais rápida e efetiva possível, levando em consideração as necessidades e dificuldades que cada país enfrenta.

Ainda, é inconcebível qualquer medida que reflita em retrocesso, haja vista que é obrigação de cada estado-parte assegurar o desempenho dos mínimos essenciais de cada direito buscando o uso máximo dos recursos disponíveis, pois “se o Pacto fosse interpretado no sentido de não estabelecer tal núcleo mínimo de obrigações, seria largamente privado de sua razão de ser” (COMITÊ DE DIRETOS ECONÔMICOS; SOCIAIS E CULTURAIS, 1990).

Neste sentido, Sarlet (2012, p. 193), esclarece que a incorporação dos direitos sociais, que são inerentes à dignidade da pessoa humana e relaciona-se diretamente com o direito à um mínimo existencial, ao direito internacional dos direitos humanos como sendo atribuídos à pessoa humana individualmente considerada.

Nessa mesma linha, o autor destaca que a individualidade da titularidade do direito e garantia ao mínimo existencial relaciona-se diretamente com o direito à vida e dignidade da pessoa humana e que

isso por si só justifica sua individualidade, sendo que esta não poderá ser afastada sob qualquer argumento de coletividade (SARLET, 2012, p. 194).

Nas lições de Novais (2010, p. 59):

Num Estado baseado na Dignidade da Pessoa Humana, é a pessoa que é um fim em si [...], o Estado é meio, é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais e concretas, assegurando e promovendo a sua dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar.

Deste modo, se um Estado-Parte deixa de assegurar o núcleo mínimo essencial de algum direito previsto no Pacto por falta de recursos, deverá comprovar que tudo fez para alcançá-lo dentro de suas limitações.

A comprovação de que o Estado-Parte esgotou suas possibilidades ao tentar promover de forma efetiva os direitos econômicos, sociais e culturais enquadra-se no Princípio da Máxima Eficácia, aludido por Sarlet (2012, p. 255), no que se refere aos aspectos da Reserva do Possível. Segundo referido autor, é preciso que se busque um "um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado", para que, visando o Princípio da Máxima Eficácia sejam prestados de forma efetiva, se não todos, a maioria, dos direitos fundamentais sociais.

Em análise, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1990), percebe que a efetivação dos direitos reconhecidos pelo PIDESC se dará de forma mais resoluta, parcialmente, por meio dos chamados remédios judiciais. Daí a importância destes direitos serem considerados justiciáveis, considerando o sistema legal nacional.

3.3 CRÍTICAS E POSSIBILIDADES DA APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O já conceituado princípio da reserva do possível tem como principal fundamento àquilo que os indivíduos podem razoavelmente exigir da sociedade. Nos ensinamentos de Sarlet (2012, p. 254-255), é possível constatar que é firmado o entendimento de que o Estado possui uma capacidade limitada para distribuir sobre o objeto das prestações no que tange os direitos fundamentais sociais, e isso, portanto, estabelece certa limitação fática desses direitos. Esta limitação de recursos gera um embate quando posta à frente da possibilidade jurídica de disposição. Devido a este conflito é que os direitos fundamentais sociais passaram a situar-se sob o argumento da reserva do possível, que compreende a possibilidade junto do poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Nesse diapasão, Jorge Reis Novais, utiliza-se dos ensinamentos de Holmes/Sunstein, para esclarecer que a utilização da reserva do possível não trata-se de mero recurso utilizado de forma artilosa contra os direitos sociais. Haja vista que nenhum direito que demande dispêndio do governo pode ser unilateralmente tutelado sem que sejam discutidas as consequências orçamentárias e econômicas (NOVAIS, 2010, p. 93).

Todavia, para Gonçalves (2011, p. 329) a reserva do possível é, muitas vezes, utilizada de forma diversa pelo judiciário brasileiro, de forma que tal princípio é associado a condições de viabilidade de recursos orçamentários, de modo que a efetivação dos direitos sociais se subordinam aos encargos do que refere-se como "reserva do financeiramente possível".

Inegavelmente os direitos sociais custam caro para o Estado, dada a extensa lista de garantias fundamentais sociais adotadas pela Constituição Federal de 1988. A partir daí surgem alguns problemas e discussões sobre a efetividade desses direitos e a utilização da cláusula da reserva do possível.

Por, originariamente, dependerem da realização de políticas públicas para sua realização, os direitos sociais são submetidos ao controle jurisdicional que, por vezes, determina a alocação de recursos estatais a fim de satisfazer estes direitos constitucionais violados, como bem preceitua Leal e Alves (2016, p. 591), à vista disso a reserva do possível é suscitada no contexto brasileiro, com o objetivo de fundamentar sua limitação de recursos financeiros, haja vista que é impossível alcançar a concretização ilimitada dos direitos sociais em níveis ótimos.

Neste contexto surge um embate entre a garantia do mínimo existencial e a utilização da cláusula da reserva do possível, sobretudo quando da utilização da cláusula para obstar, fática e juridicamente, a realização de políticas públicas ou em casos isolados, a implementação dos direitos prestacionais (GOMES; LINHARES, 2012, p. 7).

Entende-se, portanto, que a cláusula da reserva do possível não pode ser impedimento fático ou jurídico à garantia do mínimo existencial, isto é, o mínimo que cada indivíduo necessita para salvaguardar sua dignidade. No entanto, representa de forma legítima a disponibilidade econômica do poder público diante das infinitas demandas, devendo sempre observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

De acordo com Schier e Schier (2018, p. 73-74), dado o custo dos direitos, a utilização da cláusula da reserva do possível é coerente. Contudo é preciso atentar-se à sua utilização para que não se torne uma barreira insuperável na efetivação dos direitos sociais. Haja vista que sobrevivendo isto, é possível que se estabeleça certa supremacia da cláusula da reserva do possível sobre os direitos sociais, provocando sua baixa normatividade.

Com efeito, os direitos sociais precisam ser seriamente vistos como normas constitucionais exigíveis (tanto por políticas públicas, quanto pelo judiciário), e isso implica também na ponderação da escassez de recursos sem tornar a cláusula da reserva do possível insuperável. Isto posto, é possível dizer que a aplicação da cláusula da reserva do possível não se

trata de uma falácia e portanto, não deve ser utilizada de forma abstrata e genérica como por vezes é utilizada pela Administração Pública brasileira (SCHIER; SCHIER, 2018, p. 74).

4 ANÁLISE DO PARÂMETRO ARGUMENTATIVO UTILIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA AFASTAR O DEVER DE EFETIVAR OS DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL JUNTO AO TJ/SC

Para a efetiva realização da pesquisa jurisprudencial junto ao site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina foram selecionados dois direitos sociais que de forma recorrente são judicialmente pleiteados, quais sejam saúde e assistência aos desamparados.

No que toca os julgados sobre saúde, tratam-se de requerimento de medicamentos ao Estado e foram utilizados como operadores da pesquisa a palavra saúde, com a expressão reserva do possível. Neste cenário foi possível obter 577 resultados e dentre eles o ano de julgamento foi utilizado como critério de seleção, entre 2019 até o presente ano.

O grande número de ações cujo pedido é o fornecimento de medicamentos pela via pública, ou seja, o SUS, se dá em razão do Sistema não ser economicamente capaz de prover os fármacos a todos de forma satisfatória e individualizada, já que as demandas tratam-se, em sua maioria, de medicamentos não padronizados pelo SUS.

Aqui faz-se relevante reavivar que o Sistema Único de Saúde (SUS) surgiu a fim de efetivar o direito fundamental social à saúde, assegurado pela Constituição Federal de 1988 a ser promovido pelo Estado. É correto afirmar, portanto, que o Sistema Único de Saúde é a principal política pública que garante o direito social à saúde (LEITÃO; LELIS, 2016, p. 121).

Frente à falta de positivação de políticas públicas pelo poder Legislativo e ineficiência do poder Executivo na efetivação, o poder Judiciário passou a ser figura fundamental na concretização do direito à saúde, é o que demonstram as inúmeras demandas individuais pelo direito à saúde, em especial, por medicamentos inclusos ou não pela assistência farmacêutica do SUS (COSTA; MOTTA; ARAÚJO, 2017, p. 856).

Nesse contexto, os julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina utilizados para a realização da presente pesquisa apresentam-se nesse sentido. A esmagadora maioria das demandas que se enquadram nos critérios de pesquisa expostos em supra tratam-se de ações individuais reivindicando medicamentos que não fazem parte da assistência farmacêutica garantida pelo SUS, a priori.

A título de exemplo, tomemos o primeiro julgado a ser analisado (SANTA CATARINA, 2021a), cujo mérito discute o direito à saúde, especificamente ao fornecimento de medicamento não padronizado pelo SUS, e a responsabilidade do ente Público em efetivá-lo em conformidade com os princípios e garantias fundamentais. No entanto, como matéria de defesa, o Estado de Santa Catarina utilizou-se do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva n. 0302355.11.2014.8.24.0054, que se refere ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos pelo Poder Público.

O medicamento requerido pela autora não é fornecido de forma padrão pelo SUS ao mesmo passo que a prova pericial comprovou que, embora o fármaco pleiteado seja eficaz à sua condição de saúde, o SUS possui outras alternativas terapêuticas hábeis a tratar da paciente, sem que ocorra prejuízo ao tratamento. Isto posto, restou injustificada a excepcionalidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, julgando, conseqüentemente, improcedente o pedido autoral no sentido de reconhecer o recurso do Estado.

O referido Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (SANTA CATARINA, 2016), instaurado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público

desta Corte de Justiça cujo relator é o Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli, julgado em novembro de 2016, firma as seguintes teses jurídicas:

1. Teses Jurídicas firmadas:

“1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF).

“1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

As teses afirmadas em supra indicam os pressupostos que necessariamente devem ser adotados pelo juízo para esclarecimento fatos e do direito aplicável às demandas de fornecimento de tratamento médico pelo Poder Público a pacientes acometidos por enfermidades.

Em caso similar (SANTA CATARINA, 2021b), cujo mérito também discute o direito à saúde e o compromisso do Estado em efetivá-los em conformidade com as garantias fundamentais no que diz respeito

ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos pelo Poder Público, o referido IRDR também foi utilizado como fundamento para negar provimento ao pedido autoral. Entretanto, neste caso o fator determinante para a improcedência do pedido da autora deu-se pela não comprovação de hipossuficiência, um dos requisitos do IRDR que deve, imperiosamente, ser cumprido.

Isso porque, explica Sarlet e Figueiredo (2007, p. 203), é necessário que a efetivação do mínimo existencial seja percebida de acordo com o contexto em que se insere o indivíduo requerente, de modo que, os cidadãos tem o direito de receber tratamentos iguais, mas isso não presume o direito a prestações iguais. Assim, a garantia à saúde pública gratuita não tem como efeito inflexível a gratuidade das prestações materiais à qualquer indivíduo. Portanto, a visão de igualdade em um cenário constitucional e social, como o brasileiro, deve voltar-se a uma distribuição mais justa de riqueza e a restrição à gratuidade das prestações tem de ser observada.

Já quando observadas as jurisprudências cujo principal interesse da ação é a assistência de pessoas economicamente desamparadas (e isso inclui o direito à moradia) e que, por óbvio, necessitam dos chamados *benefícios sociais*, para garantir sua subsistência e dignidade, o número de demandas junto ao TJSC é baixo. Nesta oportunidade foi possível obter dois resultados utilizando os operadores *benefício social* e *reserva do possível*, dos anos de 2018 e 2020, ambos propostos pelo Ministério Público em Ação Civil Pública e que serão analisados no presente trabalho.

Em agravo de instrumento autos de Ação Civil Pública do Ministério Público de Santa Catarina em face do município de Itajaí requerendo o restabelecimento do pagamento de benefício social às famílias que tiveram suas casas interditadas pela Defesa Civil no ano de 2008, a título de auxílio moradia, até a entrega de imóvel proveniente de programa municipal (SANTA CATARINA, 2018).

Nesta ocorrência, estas famílias anuíram ao “Termo de Adesão, Compromisso e Obrigações ao Projeto de Reurbanização do Bairro Nossa Senhora das Graças” e assim, foram encaminhadas para imóveis alugados e custeados pelo município. Ocorre que, no ano de 2014 foram convidados a aderirem ao programa social referente à construção de novo loteamento, e não tendo sido aceito por todas as famílias o ente municipal então, suspendeu o auxílio de algumas famílias, motivo que ensejou a ação e o pedido julgado procedente.

Prontamente o município de Itajaí com a finalidade de defesa interpôs agravo de instrumento alegando as dificuldades oriundas da descentralização da política habitacional do Brasil e a grave situação financeira, assim como a crise econômica pela qual o país e o Município de Itajaí passavam. Arguiu, ainda, no tocante dos princípios da isonomia, reserva do possível, separação dos poderes, proporcionalidade e razoabilidade.

Contudo, o entendimento do Tribunal firma-se no sentido de que mesmo diante da matéria de defesa do município, não é o bastante para justificar a transgressão a direitos tão essenciais, como o acesso à moradia, que faz parte da redação do artigo 6º da Constituição Federal brasileira e integra os direitos sociais.

A decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina vai de encontro com o que leciona Sarlet (2012, p. 289), visto que, a moradia tem ligação direta com as necessidades básicas do ser humano, e, conseqüentemente, também se relaciona com as condições materiais primordiais necessárias para uma vida com dignidade. Deste modo, o direito à moradia possui caráter existencial e sua necessidade assemelha-se a de alimentação, integrando, portanto, o que a nível internacional tem sido tratado como direito a um adequado padrão de vida.

À vista disso, é incabível que no caso em tela o município invoque a cláusula da reserva do possível a fim de justificar o não cumprimento de sua obrigação constitucional dado que o conteúdo da ação se insere no âmbito

do mínimo existencial necessário, não somente para a sobrevivência dos indivíduos a quem o pleito beneficia, mas para garantir-lhes, sobretudo, a dignidade humana. Logo, como explicam Oliveira e Lopes (2015, pg. 64), a cláusula da reserva do possível não deve ser utilizada, pelo Poder Público, visando frustrar e dificultar a efetivação dos direitos sociais, haja vista que encontra rígida limitação constitucional pautada no mínimo existencial que traduz a manifestação direta da premissa da essencial dignidade da pessoa humana.

A mesma utilização descabida da cláusula da reserva do possível se dá no processo (SANTA CATARINA, 2020), e que teve a Des. Subst. Bettina Maria Maresch de Moura como relatora. Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença proferida em Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer para Aplicação de Medida de Proteção a Idoso c/c Pedido de Liminar, ajuizada pelo Ministério Público de Santa Catarina, contra o município de São José, em benefício de cidadão idoso em situação de vulnerabilidade e necessitava de assistência social a fim de resguardar seus direitos e dignidade.

Revestido do teor defensivo, o município alegou que cumpria com suas obrigações para com a coletividade e que o deferimento de tratamentos específicos a um só cidadão fere o princípio da eficiência, bem como, declarou ferir também o princípio de acesso universal e igualitário aos serviços de saúde pública. Argumentou que o Município, não deixou de prestar auxílio ao idoso, não podendo o Ministério Público, tampouco o Poder Judiciário, interferir diretamente no sistema, que possui regras e limites orçamentários, ante o perigo de afetá-lo e até mesmo atrapalhá-lo, e por fim, invocou a reserva do possível requerendo a improcedência dos pedidos preliminares.

Justificando o não acolhimento do recurso do município réu, o TJSC declarou: "[...] que a "reserva do possível" é inoponível em casos desse jaez, em que se busca garantir o "mínimo existencial" (direito à vida e à saúde)." (SANTA CATARINA, 2020).

Ademais, na oportunidade o município não demonstrou por qualquer meio de prova que seu orçamento se encontrasse comprometido, ou que a ordem judicial proveniente deste processo tenha atrapalhado ou afetado de forma prejudicial o restante da população do Município de São José.

Outra vez constata-se a utilização da cláusula da reserva do possível de modo a tentar afastar a obrigação do poder público em promover os direitos sociais e que acaba por ferir o núcleo do mínimo existencial, neste caso, no sentido de inviabilizar a manutenção e sobrevivência do indivíduo.

Deste modo, insta frisar que não se pode condicionar a prestação dos direitos sociais mínimos a mera escassez de recursos a fim de inviabilizá-los. Em concordância com Souza (2013, p. 212), a limitação dos direitos fundamentais sociais sob o argumento da reserva do possível é legítima somente quando não afeta o mínimo existencial, pois, embora haja certo limite orçamentário do Estado, as escolhas da concretização do núcleo mínimo dos direitos sociais não condicionam-se à discricionariedade administrativa.

Por todo exposto, quando da análise das jurisprudências apresentadas é possível verificar a utilização da cláusula da reserva do possível para manifestar a limitação orçamentária do Estado a fim de justificar sua ausência na prestação dos direitos sociais. Sem embargo, isso torna-se um problema social à medida que a cláusula é invocada como subterfúgio em matéria de defesa para escusar-se de efetivar até mesmo o que toca o mínimo existencial para a sobrevivência e garantia constitucional da dignidade humana. À vista disso, evidencia Sarlet (2013, p. 811), que da ótica da proibição de retrocesso no que se refere aos direitos sociais, quando há a violação do mínimo existencial do mínimo existencial consequentemente a dignidade da pessoa humana também é violada, portanto, pode ser considerado desproporcional e inconstitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o problema de pesquisa do presente artigo firma-se na ideia de que o princípio da reserva do possível é utilizada como matéria de defesa do poder público a fim de frustrar a efetividade dos direitos fundamentais sociais sob o argumento da insuficiência de recursos, faz-se necessário analisar de que forma deve se dar a aplicação deste princípio junto ao judiciário brasileiro de forma que os direitos sociais não tenham sua efetivação afetada.

Diante o que foi evidenciado até o presente momento, é possível constatar que o Brasil encontra obstáculos quanto a realização dos direitos fundamentais sociais elencados no rol do artigo 6º da Constituição Federal de 88 cuja característica predominante é a prestação, ou seja, uma ação positiva do Estado. Isso se dá porque as necessidades de cada cidadão são infinitamente maiores que a disponibilidade de recursos para saná-las.

É pacífico, portanto, o entendimento de que o Estado precisa sistematizar seu orçamento a fim de garantir a todos, de forma igualmente satisfatória o chamado mínimo existencial. E isso não se limita tão somente à sobrevivência, mas sim, a salvaguarda de todo o necessário para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Frente a estas obrigações surge, como forma de justificar a não efetivação dos direitos sociais, a cláusula da reserva do possível. Dado o contexto histórico, é necessário que se entenda que a realidade social da Alemanha, seu país de origem, e do Brasil, o qual se faz análise de sua aplicabilidade, são completamente distintas e de fato, o cenário brasileiro conta com diversas restrições orçamentárias e culturais, mas que não podem ser utilizadas como pretexto para obstar o acesso de todos aos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Ao analisar as jurisprudências do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos moldes apresentados no presente trabalho, percebe-se aflorado o

senso de decisão pautado nas garantias constitucionais de dignidade e de limitações sobre o que pode se exigir razoavelmente do Estado. Haja vista que, nas ações cujos pedidos eram medicamentos não padronizados pelo SUS e que a decisão foi pautada na IRDR n. 0302355.11.2014.8.24.0054 que aduzia a reserva do possível, observou-se a realidade social dos requerentes de modo que foi possível perceber que a satisfação destas demandas individuais causariam prejuízos aos cofres públicos, tendo em vista que, no primeiro julgado apresentado o medicamento demandado poderia ser substituído por medicamento fornecido gratuitamente pelo SUS sem prejuízo à saúde da requerente. E no segundo caso a hipossuficiência não pôde ser comprovada, requisito imposto na IRDR que necessariamente tinha de ser satisfeito.

Já nos julgados que se referem à assistência aos desamparados a decisão do TJSC foi acertada em não acolher a alegação da cláusula da reserva do possível como justificativa para a não satisfação dos direitos sociais que constituíam a demanda, uma vez que a não efetivação destes direitos afetaria o mínimo existencial dos requerentes.

Considerando, então que o princípio da reserva do possível trata-se do que os indivíduos podem exigir do Estado de forma razoável, conclui-se que é imprescindível que o judiciário, ao apreciar as demandas que versam sobre os direitos sociais, utilizem-se de análises mais criteriosas, analisando o caso concreto em consonância ao princípio do mínimo existencial e dignidade humana, de modo que, a simples alegação da reserva do possível não seja hábil para obstar nem dificultar a prestação aos direitos fundamentais sociais, sob pena de ser considerada mera falácia.

Sobretudo, é possível confirmar a hipótese constituída inicialmente. Haja vista que o princípio da reserva do possível por si só apresenta-se como limite orçamentário frente aos direitos sociais e, de fato, por possuir essa característica, é muito utilizado pelo poder público diante da sua obrigação de promover as políticas públicas capazes de efetivar estes direitos.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoría e Dogmática de los Derechos Fundamentales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X-7GPj4Htghzm54XrHvC/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 3 abr. 2022.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 6-9, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10196>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. [S. l.]: PUC Minas, 2004.

BORTOLI, José Carlos Kraemer; MACHADO, Guilherme Pavan. O reconhecimento dos Direitos Sociais como fundamentais no Brasil. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 34, dez. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/28742/27685>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen, 2009.

CIDADE, Roberto Berttoni. **Reserva do Possível: Limite máximo do status positivo da atual concretização dos Direitos Fundamentais Sociais Brasileiros.** Marília: Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, v. II, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS; SOCIAIS, E CULTURAIS. **A natureza das obrigações dos Estados Partes.** Comentário Geral, v. 3. 1990. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>. Acesso em: 14 mai. 2021.

COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização Da Saúde: A dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de Alto Custo. **Ver. Bras. Polit. Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 844-874. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4809>. Acesso em: 9 set. 2021.

FERNÁNDEZ, Albert Nogueira. **Los Derechos Sociales en las nuevas Constituciones Latinoamericanas.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

FREITAS, Ana Teresa Silva de. Protagonismo Judicial no Brasil: em busca da concretização de direitos fundamentais sociais. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, jul. 2014, p. 379-384.

GÓES, Winnicius Pereira. **A Judicialização dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.** 2019. Disponível em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2019-08-30-1567190380018.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2021.

GOMES, Eduardo Biacchi, LINHARES, Sólon Cícero. A relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e o limite da reserva do possível face o princípio do mínimo existencial. **Direito e Justiça.** Reflexões Sociojurídicas, [s. l.], v. 12, n. 19, 2012. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/901. Acesso em: 26 set. 2021.

GONÇALVES, Thiago de Oliveira. Metodologia de Análise Comparativa da Reserva do Possível: Evitando-se a “Importação” Equivocada do Conceito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Minas Gerais, v. 58, 2011, p. 311-346. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/rvufmg58&i=311>. Acesso em: 13 mai. 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A Efetivação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pelo poder judiciário: o Projeto de Lei n. 8.058/2014 e os desafios em sede de controle jurisdicional de Políticas Públicas. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 993-1012, set./dez. 2016.

LEITÃO, Rebeca Borges Machado Azevedo; LELIS, Davi Augusto Santana de. A (In)aplicabilidade da Análise de Eficiência para a Justiciabilidade de Medicamentos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, fev. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66428>. Acesso em: 09 set. 2021.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. 2011. Disponível em: <https://silو.tips/download/o-minimo-existencial-como-limite-a-aplicacao-da-reserva-do-possivel-aos-direitos>. Acesso em: 13 mai. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Thiago Ferraz de; LOPES, Maísa de Sousa. A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial na efetivação dos Direitos Sociais. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 40, n. 2, p. 51-76, 2015. Disponível em: <https://silو.tips/download/a-reserva-do-possivel-e-o-minimo-existencial-na-efetivacao-dos-direitos-sociais#modals>. Acesso em: 30 mar. 2021.

ROSA, Alexandre Morais. MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. O Estado democrático de Direito e os direitos fundamentais sociais: (in) efetividade em tempos de prevalência da lógica econômica. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, [s. l.], 2011. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1049/872. Acesso em: 28 mar. 2021.

SANTA CATARINA. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054**. Rio do Sul. Relator: Ronei Danielli. Grupo de Câmaras de Direito Público. Julgado em: 09 nov. 2016. Tribunal de Justiça: Rio do Sul, 2016.

SANTA CATARINA. **Agravo de Instrumento n. 4012195-13.2017.8.24.0000**. Itajaí. Relator: Vilson Fontana. Quinta Câmara de Direito Público. Julgado em: 11 out. 2018. Tribunal de Justiça: Itajaí, 2018.

SANTA CATARINA. **Apelação Cível n. 0900345-12.2014.8.24.0064**. São José. Relator: Bettina Maria Maresch de Moura. Quarta Câmara de Direito Público. Julgado em: 20 ago. 2020. Tribunal de Justiça: São José, 2020.

SANTA CATARINA. **Apelação Cível n. 0005913-73.2013.8.24.0030**. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Jaime Ramos. Terceira Câmara de Direito Público. Julgado em: 17 ago. 2021. Tribunal de Justiça: Florianópolis, 2021a.

SANTA CATARINA. **Apelação Cível n. 0500227-84.2010.8.24.0018**. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Jaime Ramos. Terceira Câmara de Direito Público. Julgado em: 15 jun. 2021. Tribunal de Justiça: Florianópolis, 2021b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; Figueiredo, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, [s. l.], n.1, v.1, 171-213. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v1i1.590>. Acesso em: 22 set. 2021.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.**, Belo Horizonte, v. 18, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1047>. Acesso em 24 ago. 2021.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A Reserva do Possível e o papel do Judiciário na efetividade dos Direitos Sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 42-53, jul. 2007.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre Direitos Fundamentais e limitações orçamentárias. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 205-226, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/86a7cb9df90b-6d9bbd8da70b5f295870.pdf>. Acesso em: 03 set. 2021.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2. p. 39-85, nov. 2007.

AS CONSEQUÊNCIAS DOS DEPOIMENTOS SUCESSIVOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL E A EFICÁCIA DO DEPOIMENTO ESPECIAL PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Carolina Olivo¹

Fabiane Christófoli²

RESUMO

O artigo visa analisar a Recomendação n. 33 do Conselho Nacional de Justiça e o método do depoimento especial previsto na Lei 13.431/2017. O objetivo no estudo do procedimento é identificar as consequências dos depoimentos sucessivos de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, fazendo um paralelo com a eficácia do depoimento especial no ordenamento jurídico brasileiro. Durante as seções da pesquisa, é possível observar o levantamento de variadas implicações pessoais e processuais advindas do uso do depoimento tradicional/sucessivo. É realizada uma avaliação crítica do depoimento especial utilizado na prática e o que é proposto na legislação, concluindo a ideia do artigo na utilização do depoimento cautelar na esfera da Delegacia de Polícia, com profissional capacitado para a entrevista. O presente artigo utiliza o método qualitativo, baseando-se no procedimento bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Depoimento especial. Criança e adolescente. Violência sexual.

1 INTRODUÇÃO

A utilização da oitiva da vítima como meio de prova para a investigação criminal e civil é instrumento utilizado há décadas pelo ordenamento jurídico

¹ Graduanda do Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Tecnóloga em Gestão Pública pelo Centro Universitário Internacional; Tecnóloga em Gestão da Segurança Pública pela Faculdade da Polícia Militar; 33acov@gmail.com

² Professora orientadora; Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Civil; Pós-graduada em Direito Público – Direito Constitucional e Administrativo; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; fabiane.christofoli@unoesc.edu.br

brasileiro. Contudo, nem sempre a tomada do relato é realizada da melhor maneira para preservar a integridade do ofendido e veracidade dos fatos, principalmente quando se trata de criança ou adolescente.

Alguns métodos contemporâneos voltados para a oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência, como o depoimento especial ou depoimento sem dano (Lei 13.431 de 04 de abril de 2017 (BRASIL, 2017)), estão sendo implantados para minorar os efeitos processuais e os traumas humanos do procedimento. Entretanto, nem sempre esse novo método elaborado pode ser o melhor para a minoração dessas consequências.

O lapso temporal entre o cometimento do fato criminoso, a abertura do inquérito policial, o oferecimento da denúncia ou da representação e a instauração do processo crime é, por grande maioria das vezes, extenso demais para que uma criança ou adolescente vítima de violência sexual aguarde para a realização do depoimento especial judicial, tendo esta que se submeter a diversos questionamentos e entrevistas constrangedoras até a chegada do depoimento especial.

Trata-se aqui de consequências morais, sociais e psíquicas que a vítima de depoimentos sucessivos ou de um depoimento vicioso mal aplicado pode vir a sofrer. De outro lado, além dos prejuízos humanos, a própria investigação sofre detrimentos em razão da demora processual, perdendo-se muita informação em razão do esquecimento ou gerando distorção de fatos por conta de falsas memórias.

Diante disso, propõe-se o presente artigo com o objetivo de analisar as consequências das oitivas consecutivas de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual para o ofendido e para o processo judicial, trazendo a eficácia ou não do procedimento de oitiva empregado atualmente.

Na seção dois os enquadramentos legais e normativos acerca da proteção da criança e do adolescente no âmbito nacional e internacional são abordados. Na seção três, discorre-se acerca do depoimento da vítima

como meio de instrução para o processo judicial, trazendo as origens e características do depoimento especial.

Em seguida, comenta-se sobre as consequências das oitivas consecutivas para crianças e adolescentes vítimas de violência sexual e sobre a eficácia da aplicação do depoimento especial para o ordenamento jurídico. Na seção cinco, é analisado o depoimento especial cautelar aplicado junto à Delegacia de Polícia.

O método a ser utilizado para a abordagem do tema e a fundamentação do problema é o dedutivo, fazendo uma análise geral do assunto problema abordado para partir ao método utilizado na atualidade.

A metodologia utilizada neste artigo é a qualitativa e se baseia em pesquisa bibliográfica, com consulta a livros, legislação e artigos.

A conclusão que se extrai do problema mostra que a forma como a oitiva especial está sendo aplicada atualmente não torna o depoimento eficaz. Grande maioria das comarcas adota o depoimento apenas da fase processual, gerando consequências ao processo e à vítima diante do lapso temporal que decorre entre o cometimento do fato criminoso e a tomada do relato.

A proposta do artigo evidencia o depoimento cautelar utilizado na Delegacia de Polícia, com utilização de sala com gravação audiovisual e com profissional policial capacitado para a entrevista, garantindo os direitos planejados no ordenamento jurídico e buscando a eficácia do procedimento.

2 PROTEÇÃO LEGAL

A normativa brasileira e internacional traz importante respaldo jurídico à proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes quando submetidos a oitivas em procedimentos criminais ou civis.

O decreto de n. 99.710 (BRASIL, 1990) promulga a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, determinando em seu artigo 39

que os Estados deverão adotar todas as medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica de crianças vítimas de qualquer forma de abandono, exploração, abuso ou qualquer tratamento desumano ou degradante.

No âmbito nacional, a Constituição Federal respalda em seu art. 227 do Capítulo VII que:

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).

São direitos fundamentais da pessoa humana que devem ser garantidos pela família do infante, pela sociedade como um todo e principalmente pelo Estado, seja através de seus órgãos sociais de proteção, como a escola, a assistência social, o Conselho Tutelar, o Ministério Público, o CRAS (Centro de Referência de Assistência Social), o CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social) e demais entidades garantidoras de direitos à criança e ao adolescente.

O art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em consonância com o art. 4º da Lei n. 8.069/90 (BRASIL, 1990), representa a doutrina de proteção integral da criança e do adolescente. A extensa gama de sujeitos responsáveis pela proteção dessa classe, demonstra a necessidade de priorizar o atendimento para amparo total e em prioridade absoluta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, em seu artigo 3º, expõe os direitos fundamentais protegidos pela lei:

[...] 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. (BRASIL, 1990).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação n. 33 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010), aconselhou os Tribunais para que criassem serviços especializados para a escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais, o que foi denominado como depoimento especial.

A Lei 13.431 de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e regulamenta o depoimento especial recomendado pelo CNJ, também traz de maneira mais específica, em seu artigo 2º e parágrafo único, os direitos fundamentais que devem ser garantidos através dos órgãos de proteção integral:

Art. 2º A criança e o adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas a proteção integral e as oportunidades e facilidades para viver sem violência e preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, e gozam de direitos específicos à sua condição de vítima ou testemunha.

Parágrafo único. **A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios desenvolverão políticas integradas** e coordenadas que visem a garantir os direitos humanos da criança e do adolescente no âmbito das relações domésticas, familiares e sociais, para **resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão**. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Em se tratando de abuso sexual, o Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) trouxe melhorias significativas com a Lei 12.015/09 (BRASIL, 2009), que alterou dispositivos do Título VI (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual) do Código Penal. A alteração trouxe uma nova tipificação no artigo 217-A, tratando especificamente do estupro de vulnerável. Pela redação do artigo, comete o crime de estupro de vulnerável todo aquele que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinosos com menor de 14 (catorze) anos.

Conforme Bitencourt (2014, p. 87), o bem jurídico tutelado no tipo penal do art. 217-A é a dignidade sexual. Essa dignidade sexual mencionada advém de um desenvolvimento normal da personalidade da criança e do adolescente afim de que na fase adulta possam gerir seu comportamento sexual sem traumas psicológicos oriundos de uma violação sofrida na sua adolescência.

A alteração legislativa traz importante respaldo em favor das crianças ao não considerar o consentimento à prática do ato sexual como fator excludente do crime. Os incapazes podem ser sujeitos a praticar o ato sexual apenas por coação psicológica, independente da física, já que não tem noção da gravidade do ato realizado. Esse entendimento ressalta ainda mais a necessidade de proteção e educação das crianças e adolescentes, seja por parte da família ou do Estado.

Diante de toda a legislação exposta, é de responsabilidade e compromisso do Estado fornecer um ambiente sadio e próspero à reabilitação da criança e do adolescente vitimizado, garantindo seus direitos constitucionais e resguardando a sua dignidade violada.

3 A DECLARAÇÃO DA VÍTIMA COMO MEIO DE PROVA

Cometida a infração penal, após condução das partes à delegacia de polícia, cabe à autoridade de polícia judiciária verificar os indícios de

materialidade e autoria para servir como base à ação penal ou às providências cautelares.

Na verificação dos requisitos para a abertura do inquérito policial deve a autoridade policial (Delegado de Polícia) realizar a oitiva do ofendido, conforme art. 6, IV do Código de Processo Penal, utilizando-se de seu testemunho como meio de instrução penal:

Art. 6o Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

IV - ouvir o ofendido. (BRASIL, 1941).

Quanto ao valor probatório do inquérito policial, Capez (2019) entende que a peça tem caráter informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público (em caso de ação penal pública) ou ao ofendido (em caso de ação penal privada) os elementos necessários para a propositura da ação. Expõe Capez que o inquérito policial tem valor probatório relativo, já que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório, da ampla defesa e sobre a presença de um juiz de direito.

No âmbito processual criminal, o depoimento da vítima de um crime se torna obrigatório para a persecução penal e verificação dos requisitos de responsabilização do autor.

Brasileiro (2019, p. 714) demonstra a importância do depoimento da vítima nos casos de infrações contra a dignidade sexual frente aos demais crimes, justamente pela ausência de fonte de provas:

Em virtude do sistema da livre persuasão racional do juiz, tem-se que o valor probatório das declarações do ofendido é relativo. Logicamente, nos crimes cometidos às ocultas, a palavra da vítima ganha um pouco mais de importância, mas daí não se pode concluir que seu valor seria absoluto. E o que acontece, por exemplo, em

crimes contra a dignidade sexual, geralmente cometidos em locais ermos, sem testemunhas presenciais [...].

No mesmo sentido, Avena (2018, p. 669), salienta a seriedade do depoimento da vítima para a instrução do processo:

Embora a palavra do ofendido deva ser considerada com reservas, exigindo-se que seja sempre confrontada com os demais elementos de prova existentes nos autos, não se pode deixar de reconhecer que, em alguns casos, possui alto valor, como nas hipóteses de crimes contra a dignidade sexual, os quais, cometidos na clandestinidade, não apresentam testemunhas.

A dificuldade em se comprovar a autoria demonstra a necessidade de maior consideração do depoimento da vítima em crimes contra a dignidade sexual da pessoa, já que na grande maioria dos casos quem é vítima do atentado normalmente encontra-se sozinha, sendo levada para locais escondidos dos olhos da sociedade para a consumação do crime.

Conforme art. 201 do Código de Processo Penal, sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. Contudo, o § 4º do mesmo artigo, a fim de preservar a intimidade do ofendido, admite que seja reservado um espaço separado para o mesmo antes de iniciar a audiência e durante a sua realização.

Ademais, prevê o art. 217 do Código de Processo Penal que, caso a presença do ofensor no momento da tomada de depoimento causar humilhação, temor ou sério constrangimento ao ofendido, prejudicando a veracidade do depoimento, pode o magistrado fazer a inquirição por videoconferência e, caso não haja esta possibilidade, determinará que o réu saia do local do depoimento, mantendo apenas o seu defensor no ambiente.

No mesmo sentido, a normativa determina que o juiz providencie medidas necessárias à preservação dos direitos fundamentais da vítima, conforme transcreve o § 6º do art. 201 do Código de Processo Penal:

O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (BRASIL, 1941).

Toda a exposição legislativa não é por acaso. Qual vítima de atentado contra a sua sexualidade não sofreria constrangimento psicológico ao ter que reabrir fatos suportados durante o seu passado na frente de pessoas que não detém nenhuma intimidade? Pior ainda é ter que encarar o agressor durante seu depoimento, podendo gerar ansiedade e distorção na veracidade dos fatos, seja por medo ou por nervosismo.

Brasileiro entende a importância da colheita do depoimento do ofendido ainda na fase inquisitória, conforme segue:

Deve a **autoridade policial proceder à oitiva do ofendido**, se possível. Conquanto o depoimento do ofendido deva ser colhido com certa reserva, haja vista seu envolvimento emocional com o fato delituoso e conseqüente interesse no deslinde da investigação, **as informações por ele prestadas poderão ser muito úteis na busca de fontes de provas**, contribuindo para o êxito das investigações. (BRASILEIRO, 2019, p. 138, grifo nosso).

De outro lado, quanto aos meios de provas colhidos extrajudicialmente, dentre eles o depoimento da vítima, pode o juiz nortear sua decisão com base no livre convencimento motivado e em informações coletadas durante a investigação, conforme preconiza o art. 157 do Código de Processo Penal:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

O depoimento imediato da criança ou adolescente vítima de violência sexual durante a investigação criminal (especialmente na data do fato criminoso), devido à necessidade de se resguardar a maior quantidade de informações fidedignas e recentes que se perdem com o tempo, deve ser tratado como meio de prova antecipada. Esse entendimento protege a veridicidade na instrução do processo e evita que a vítima tenha que ser ouvida novamente em um momento futuro.

A Lei 13.431 de 4 de abril de 2017 dispõe em seu art. 11 que o depoimento especial na oitiva da criança e do adolescente vítima de violência deve ser realizado, se possível, como produção antecipada de prova judicial, sendo garantida a ampla defesa do investigado. Seguirá o rito cautelar, conforme a disposição, apenas o depoimento especial que tratar sobre criança e adolescente que tiver menos de 7 (sete) anos (independentemente do crime) ou ainda casos que envolvam violência sexual contra criança ou adolescente (independentemente da idade).

Apesar de amparado em lei desde 2017, ainda é precária a sua efetivação no Brasil. Deixar de dar a atenção necessária à criança ou ao adolescente que sofre a violência sexual no momento ou logo após o fato criminoso é deixar provas sumirem com o tempo e fazer com que o inquérito policial e a persecução penal seja mais árdua e dolorosa para o investigativo e para o judiciário.

De modo mais amplo, entende-se que, de certo modo, crianças de idade inferior à 7 (sete) anos teriam um maior esquecimento acerca dos detalhes do fato sofrido caso fossem ouvidas em depoimento especial apenas na

fase judicial. Contudo, tratando o ser humano como um indivíduo falho de memórias precisas que se perdem com o tempo, não há porquê excluir do depoimento especial na fase inquisitiva uma criança com idade superior à 7 (sete) anos ou um adolescente que se tornou vítima de um crime. Se há como proteger o incapaz, todas as formas possíveis de resguardo devem ser utilizadas.

No mesmo sentido, deixar a criança ou adolescente desamparado quanto à possibilidade de utilização de sua oitiva como prova cautelar, faz com que haja maior facilidade em mudança de comportamento e de opinião acerca do fato, deixando de incriminar determinado agressor por ser seu parente próximo ou por não querer causar constrangimentos dentro da família.

A possibilidade de se extrair um depoimento verídico acerca do fato criminoso, com circunstâncias esclarecedoras devido à grande vontade da vítima em criminalizar e identificar o autor dos constrangimentos, é maior logo após o cometimento do crime.

Contudo, nem toda delegacia de polícia ou fórum tem amparo técnico para organizar um depoimento especial urgente ao cometimento do crime, sendo questionável a eficácia do depoimento especial resguardado pela Lei 13.431 (BRASIL, 2017).

3.1 A ORIGEM DO DEPOIMENTO ESPECIAL

Foi em 2003 que o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, na 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre (RS), iniciou a ideia de desenvolver um depoimento especial no Brasil a fim de minimizar as consequências dos depoimentos sucessivos de crianças e adolescentes vítimas de violência. Apenas em 04 de abril de 2017 a causa foi recepcionada pela Lei Federal 13.431/2017 (BRASIL, 2017), que passou a ter vigência somente em 05 de

abril de 2018, determinando que os órgãos do poder público emanassem atos normativos necessários à efetividade da lei.

O projeto rotulava o depoimento sem dano, vindo a se tornar depoimento especial com a Lei Federal 13.431/2017 (BRASIL, 2017). A ideia de implantar um procedimento diferente na oitiva da vítima criança e adolescente advém da dificuldade do ofendido em se sentir à vontade para revelar situações que para ele são constrangedoras em uma audiência pelo método tradicional.

Além da criança ter sua integridade física, moral ou psicológica violada pelo crime a ser julgado, ainda deve se submeter a um depoimento vitimizador e humilhante frente às pessoas que sequer viu na vida. O depoimento especial vem com a ideia de tentar minimizar as consequências que o depoimento tradicional traz para a vítima.

Na época da criação, o então magistrado Dr. José Antonio Daltoé Cezar, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, experimentou o procedimento da escuta da vítima de violência sexual por um profissional qualificado fora da sala de audiências. A intenção era utilizar-se de uma sala para a escuta separada do técnico com a vítima e outra sala com operadores do direito que fariam perguntas após o relato da criança. As salas seriam interligadas por vídeo e som.

Foi a partir de testes e inovações que o procedimento foi adotado e normatizado nacionalmente pela Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017), sendo atualmente uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça. Decorridos quatro anos da entrada em vigência da Lei, alguns estados já passaram a adotar o depoimento especial judiciário como procedimento novo a ser testado.

No âmbito internacional, as indicações mais antigas do uso do depoimento especial são do ano de 1980. Em estudos realizados por B. R. Santos e Gonçalves (2009, p. 39-40), o depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais já foi adotado em 28 países dos cinco

continentes: África, América (do Norte, do Sul, Central e Caribe), Ásia, Europa e Oceania.

A maior parte dos depoimentos especiais consolidados encontram-se na Europa (36%), América do Sul (25%) e Ásia (14%). A América do Norte e na Oceania ficaram com percentuais menores, mas seus maiores países já adotaram a experiência. Na América do Sul, os países que realizam o Depoimento Especial são a Argentina, o Brasil, o Chile, a Colômbia, o Equador, o Paraguai e o Peru.

3.1.1 Características do depoimento especial

As duas formas de aplicação do depoimento especial mais conhecidas no mundo são a *Closed Circuit Television* (CCTV) e a Câmara de Gesell. Conforme mapeamento de B. R. Santos e Gonçalves (2009, p. 14-15), 61% dos países adeptos ao sistema adotam o CCTV e 39% seguem a Câmara de Gesell. O Brasil adota o sistema CCTV, o qual utiliza circuito fechado de televisão e videogravação. Já a Câmara de Gesell utiliza duas salas divididas por um espelho unidirecional, no qual permite visualizar a partir de um lado o que acontece no outro, mas não vice-versa.

O depoimento especial no Brasil segue a linha de procedimentos do art. 12 da Lei Federal 13.431/2017 (BRASIL, 2017), sendo garantida a livre escolha pela vítima do método tradicional de oitiva frente ao depoimento especial, podendo realizar seu relato diretamente ao juiz.

O método alternativo determina que seja criada uma sala especial para a oitiva da criança e adolescente vítima de violência, sendo separado um ambiente tranquilo e sem contato nenhum com o suposto autor do fato criminoso.

Nessa sala, a criança ou adolescente conversa diretamente com um técnico que lhe dará um suporte emocional, seja um psicólogo, um assistente social ou outro profissional qualificado para tanto. Vale destacar

que a legislação não dispõe acerca da necessidade da realização de cursos de aperfeiçoamento dos profissionais para lidar com essas situações delicadas.

O profissional elencado inicialmente deverá esclarecer à criança ou adolescente acerca desse procedimento especial, informando os direitos da criança frente ao seu depoimento, deixando o ambiente mais disposto à conversa.

Na sala de audiências ficarão os operadores de direito, que através de videoconferência poderão ter acesso ao depoimento especial que está sendo realizado na sala exclusiva. De modo contrário, a vítima não terá acesso visual nem sonoro do que acontece na sala de audiências, resguardando a sua tranquilidade emocional e distanciamento com o réu.

Eventualmente o magistrado, o Ministério Público e os procuradores das partes poderão separar perguntas destinadas à vítima, sendo que estas serão repassadas para o técnico da sala exclusiva por um ponto de escuta. Desta forma, o profissional poderá realizar as modificações necessárias para não induzir a vítima a resposta. De igual modo, antes de repassar o questionamento ao técnico, o juiz analisará a pertinência das perguntas.

A Lei n. 13.431/2017 (BRASIL, 2017), que trouxe modificações à Lei 8.069/1990 (BRASIL, 1990), traz importante proteção da vítima no âmbito do processo, garantindo ao infante acompanhamento psicológico durante as fases processuais.

Antes da reforma trazida pela Lei 11.690/2008 (BRASIL, 2008), o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) previa que o depoimento da vítima deveria ser realizado através do sistema presidencial, no qual o Juiz deveria dar início à audiência e realizar as perguntas pertinentes ao ofendido. Atualmente, o art. 212 do Código de Processo Penal permite que as perguntas direcionadas ao ofendido possam ser feitas pelas partes e seus procuradores, ficando a cargo do juiz analisar a pertinência das perguntas.

Toda a audiência será gravada (vídeo e som) e disponibilizada no processo, de modo que as partes possam ter acesso ao depoimento nas diversas fases do processo. Esse procedimento evita que seja necessário retomar o depoimento por geração de dúvidas nas partes, além de contribuir para que os efeitos da persecução judicial (ao menos a penal) sejam reduzidos ao induzir que a criança tenha que repetir os fatos novamente em Juízo.

Acabando a audiência, o técnico deve realizar uma avaliação da criança, verificando a necessidade de encaminhamento da mesma para atendimento junto à rede de proteção disponível. O abuso sexual é um problema interdisciplinar, envolvendo psicologia, saúde, educação e segurança pública. Por conta disso, esse encaminhamento final é essencial para auxiliar na recuperação da criança afetada, mobilizando os mais diversos setores sociais em prol da recuperação do infante.

Com a técnica, a ideia conservadora de que a criança é apenas um meio de prova utilizado pelo Estado para solucionar um processo judicial mudou, tornando a criança mais um sujeito de direitos.

O depoimento especial já foi recepcionado pelo Superior Tribunal de Justiça no RHC 45.589-MT (BRASIL, 2015), orientado em Informativo 556, conforme consta:

Não configura nulidade por cerceamento de defesa o fato de o defensor e o acusado de crime sexual praticado contra criança ou adolescente não estarem presentes na oitiva da vítima devido à utilização do método de inquirição denominado “depoimento sem dano”, precluindo eventual possibilidade de arguição de vício diante da falta de alegação de prejuízo em momento oportuno e diante da aquiescência da defesa à realização do ato processual apenas com a presença do juiz, do assistente social e da servidora do Juízo. Em se tratando de crime sexual contra criança e adolescente, justifica-se a inquirição da vítima na modalidade do “depoimento sem dano”, em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento

aceito no STJ, inclusive antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (HC 226.179-RS, Quinta Turma, DJe 16/10/2013). (BRASIL, 2015).

Deste modo, não há o que se discutir acerca da garantia dos princípios fundamentais do processo penal, como a ampla defesa e o contraditório, já que apesar de a criança ou o adolescente estar fisicamente separada do juiz e das demais partes, há a possibilidade de realização de questionamentos no momento processual adequado. Tais princípios, com o depoimento especial, são aliados aos princípios da dignidade da pessoa humana, da prioridade absoluta e do melhor interesse, demonstrando ainda mais a proteção da criança e adolescente ofendido.

4 AS CONSEQUÊNCIAS DAS OITIVAS CONSECUTIVAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL

Conforme Paolucci, Genuis e Violato (2001, p. 17-36), é possível externalizar diversas consequências advindas do abuso sexual infantil, dentre elas o estresse pós-traumático, o déficit de atenção, a hiperatividade, o abuso de substância, o medo, a hipersexualização, a agressividade e a perda de confiança. Essas são algumas das consequências psicológicas de origem do fato criminoso e de responsabilidade do agressor que traumatizam o ofendido.

A responsabilidade do Estado com a criança ou o adolescente que sofre qualquer atentado à sua integridade sexual vai além da ação preventiva ou amenizadora das consequências psicológicas acima elencadas. O Estado é quem acompanha a trajetória desse ofendido, desde o cometimento do crime até o seu efetivo julgamento, sendo o maior responsável por garantir a integridade da vítima e seus direitos fundamentais na sua totalidade.

Para uma criança ou um adolescente vítima de uma violência sexual ser submetido à um depoimento torna-se um desafio. Humilhação, medo, insegurança e desconforto são alguns dos sentimentos retomados no momento de responder as perguntas dirigidas pelos técnicos jurídicos.

Seja na frente de um juiz em uma sala cheia de operadores do direito, seja na frente de um policial ou até mesmo na frente de um psicólogo ou assistente social, a provocação em retomar um assunto delicado referente à sexualidade é inerente. Para uma vítima capaz e consciente dos seus atos, falar sobre algo que atentou contra a sua intimidade já se torna desconfortável, mostrando-se ainda mais agressivo para ofendidos incapazes e inocentes em assuntos da vida adulta.

Cometido o fato criminoso, é natural que a criança ou adolescente vítima de violência sexual tenha uma conversa, ao menos que breve, com o policial que realiza o flagrante delito (polícia militar na maioria das vezes).

Assim que constatado o crime sexual, a criança deverá ter o amparo do Conselho Tutelar acionado diretamente pela polícia, conforme diretriz do Procedimento Operacional Padrão para Atendimento de Ocorrências Policiais Militares de Santa Catarina Envolvendo Crianças e Adolescente de n. 201.4.25 (POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA, 2011). Além do contato com o policial envolvido na ocorrência, a vítima também terá o amparo do agente do Conselho Tutelar que irá questioná-la acerca dos fatos (sempre que possível no local do crime).

Após encerrada a investigação do local do crime, a vítima será dirigida aos agentes do Instituto Geral de Perícias (IGP) para a realização do exame de corpo de delito e posteriormente direcionada à Delegacia para novo depoimento junto ao Delegado de Polícia Civil de plantão. Em casos mais graves de atentado contra a integridade física do ofendido, será este encaminhado à atendimento hospitalar o mais rápido possível, ficando à análise pelo IGP postergada à saída da vítima do ambiente hospitalar.

O depoimento especial nas vias cautelares de antecipação de provas deverá seguir o disposto no art. 11, §1º da Lei 13.431, conforme segue:

Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos **e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.**

§ 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:

- I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;
- II - em caso de violência sexual. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Apesar de imposto na normativa legal, o depoimento especial na Delegacia de Polícia nem sempre é realizado uma única vez (isso se efetivado), submetendo a vítima de violência sexual à sucessivos interrogatórios, seja na esfera judicial ou na esfera inquisitória. Vale ressaltar que é natural da jurisdição brasileira demorar para sanear e resolver o processo judicial em sua íntegra, podendo transcorrer anos da intimação para depoimento da criança ofendida no processo frente à data da consumação do delito.

Conforme disposto, são inúmeros os contatos realizados através do Estado com a criança e adolescente após a violação sofrida, gerando desconforto emocional e abalo psicológico por diversas vezes.

O art. 4 da Lei 13.431 (BRASIL, 2017) demonstra quais são as formas de violência que uma criança ou adolescente pode sofrer, dentre elas:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

- I - violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;
- II - violência psicológica [...]

III - violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda [...]

IV - violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Dentre as mais derivadas e comuns formas de violência amparada pela Lei 13.431 (BRASIL, 2017), ressalta-se aqui a violência institucional. Trata-se de um respaldo mais profundo que se dá à criança e ao adolescente como sujeitos merecedores de direitos. Trazer o atendimento especializado para essas vítimas previne a revitimização advinda dos mais derivados órgãos públicos (delegacia de polícia, fórum, ministério público, conselho tutelar, assistência social do município, entre outros).

Induzir a vítima de violência sexual a depor diversas vezes e para variadas pessoas que à bombardeiam de perguntas (muitas vezes constrangedoras), gera diversos constrangimentos que a vitimizam ainda mais. Ou seja, além de sofrerem a própria violência geradora da infração penal ainda tem que se submeter à um sistema agressivo e muitas vezes manipulador (quando tem, por exemplo, desmerecido o seu depoimento pelo procurador da defesa ao justificar seus argumentos).

A Procuradora de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, Maria Regina Fay de Azambuja, defende a seguinte opinião acerca dos depoimentos sucessivos:

Inquirir a vítima, com o intuito de produzir prova e elevar os índices de condenação, não assegura a credibilidade pretendida, além de expô-la a nova forma de violência, ao permitir reviver situação traumática, reforçando o dano psíquico. Enquanto a primeira violência foi de origem sexual, a segunda passa a ser psíquica, na medida que se espera que a materialidade, que deveria

ser produzida por peritos capacitados, venha ao bojo dos autos através do seu depoimento, sem qualquer respeito às suas condições de imaturidade. (AZAMBUJA, 2008, p. 7, grifo nosso).

É verídico que, quanto maior o tempo decorrido entre o evento danoso e a tomada do depoimento, mais chances haverá de cometimento de equívocos quanto aos relatos, como a percepção de falsas memórias ou até a perda da memória com o decurso do tempo.

Gustavo Noronha de Ávila traz a definição de falsas memórias em comunhão com o processo penal:

Nos processos que tentam a (re)construção do fato criminoso pretérito, podem existir artimanhas do cérebro, informações armazenadas como verdadeiras, ou induções dos entrevistadores, de outras pessoas e/ou da mídia que, no entanto, não condizem com a realidade. **Estas são as chamadas falsas memórias, processo que pode ser agravado quando da utilização de técnicas por repetição**, exemplificadamente as empregadas de forma notória no âmbito criminal. (ÁVILA, 2014, grifo nosso).

Além de prejudiciais para a própria vítima ou testemunha do caso, as falsas memórias trazem danos maiores ainda para a própria persecução penal, já que podem distorcer fatos e induzir o julgamento ao erro.

Alexine Rosa da Veiga analisa as falsas memórias no depoimento judicial de vítimas de estupro de vulnerável, chegando na seguinte conclusão:

A recordação de eventos dolorosos, aliados à brechas da memória e aos fatores de contaminação, criam condições favoráveis para a ocorrência das falsas memórias. Assim, a lembrança de fatos que nunca ocorreram ou que aconteceram de forma diversa se tornam possíveis.

Dentre os fatores de contaminação da memórias mais comuns estão o **hábito e a rotina, o transcurso do tempo**, a mídia e a linguagem e **método do entrevistador**. Todos corrompem a recordação de alguma forma, sendo pelo esquecimento ou pela inclusão de elementos não pertencentes ao fato original. (VEIGA, 2020, grifo nosso).

Pode-se extrair do estudo que a demora para a tomada do depoimento judicial ou até mesmo a demora para se efetivar um depoimento especial que não é feito na data do crime leva a falsas memórias, bem como a repetição indevida dos questionamentos pelos mais variados profissionais. Essa distorção da verdade pode levar o juiz ao entendimento equivocado dos fatos, gerando prejuízos ao processo e às partes.

Além do mais, a forma como o entrevistador questiona o ofendido ou a testemunha da violência sexual também pode induzir as falsas memórias. Nem sempre há um operador do direito consciente que faça perguntas sem induzir respostas direcionadas ou que faça perguntas mal elaboradas ao entrevistado, causando confusão mental ao mesmo, ainda mais quando se trata de crianças e adolescentes.

Um empecilho ao bom andamento dos atos processuais durante uma audiência em que extrai provas orais é, com certeza, o reduzido espaço de tempo para a realização de inúmeros procedimentos, como a oitiva do ofendido, das testemunhas, dos peritos, do suposto acusado, realização de possíveis acareações, reconhecimento de pessoas ou coisas e alegações finais. São muitos atos processuais, tornando difícil a dedicação precisa e exclusiva a cada um deles.

É devido às variadas faltas de zelo e atenção por parte do Estado que a violência institucional se instala, gerando a revitimização. Além de toda forma de agressão disciplinada pelo artigo 4º da Lei 13.431 (BRASIL, 2017), preocupa-se com a lesão aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Trata-se aqui de carência quanto ao amparo total que

deveria ser resguardado pela doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, valor esse que assegura o dever do Estado de garantir à criança e ao adolescente os direitos básicos para uma vida digna, longe de qualquer forma de negligência, violência e opressão.

Além disso, indispor a vítima aos depoimentos sucessivos também afronta o princípio da prioridade absoluta e o princípio do amparo total da criança e adolescente, ofendendo diretamente os direitos humanos.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) traz em seu artigo 1º, inciso III, o respeito à dignidade da pessoa humana, trazendo correlação ao princípio da humanidade que deve ser respaldado por qualquer instituição, seja pública ou privada.

De todo exposto, resta entender que o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser resguardado em qualquer ato governamental em que esteja inserida, não só como vítima no processo judicial, mas também como autor ou até como testemunha de fatos atentatórios à dignidade sexual, em respeito aos princípios fundamentais a ela garantidos por lei.

4.1 EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DO DEPOIMENTO ESPECIAL PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO

Como já comentado anteriormente, além das diversas consequências pessoais trazidas através da violência sexual que são externalizadas por parte do ofendido, vem à tona também consequências jurídicas de um depoimento especial mal realizado ou da sua ausência na instrução penal.

Optar pela forma tradicional de colheita de provas faz com que a vítima seja ouvida pelo menos quatro vezes durante a persecução penal, pela polícia no local dos fatos, pelo Delegado de Polícia, pelo médico legista no exame de corpo de delito e pelas partes na audiência processual (deixando de lado a possibilidade de ser ouvida também pelo Conselho Tutelar, pelos agentes de plantão da Delegacia de Polícia, pelo Ministério Público antes de

propor a ação penal e em audiências adicionais que sejam necessárias para elucidar fatos não esclarecidos no processo).

As oitivas sucessivas geram perda ou distorção de fatos ao longo do tempo, provocando muitas vezes falsas memórias. O processo em si fica lesionado pela demora na persecução, já que a distorção dos fatos em depoimentos pode gerar a necessidade de produção de outras provas para comprovar a veracidade das informações verbais.

Cezar (2007, p. 59-60) relata que as informações prestadas na fase policial não se confirmavam em juízo, gerando constrangimento para todos que participavam da audiência, principalmente para a vítima.

Mas se optar pela forma tradicional de depoimento da vítima criança e adolescente não é a melhor opção, o depoimento especial seria a solução para todos os problemas elencados? Não há como deixar de evidenciar que a abordagem legal do depoimento especial é defensora e conservadora dos direitos da criança e do adolescente vítima de violência. Contudo, a forma como a proposta de oitiva vem sendo aplicada na atualidade não vem solucionando os problemas que se observa com o depoimento tradicional.

O que se observa é a utilização do depoimento em grande maioria dos casos apenas na fase judiciária, conforme será demonstrado na seção seguinte. Essa decisão deixa de coletar provas de qualidade no momento do fato criminoso, passando-se o lapso temporal até a realização da audiência processual para a realização do depoimento especial. As consequências da atitude de postergar a colheita do depoimento já foram levantadas e trazem transtornos para a vítima e para o processo como um todo.

Fala-se também de alguns poucos casos em que a Delegacia de Polícia opta por atender por meio do depoimento especial na fase investigatória (nos moldes do art. 11 da Lei 13.431 (BRASIL, 2017)) apenas durante o seu expediente formal (em casos de delegacias especializadas ao atendimento de crianças e adolescentes), em horários restritos ao atendimento ao público e limitando o depoimento especial à agendamento de entrevistas

apenas em horários de disponibilidade do entrevistador (de acordo com a sua possibilidade).

A atitude de postergar o depoimento especial e de não o tomar na data do cometimento do crime também gera revitimização e perda de informações para a persecução penal, já que no momento do ocorrido o ofendido encontra-se ainda mais comovido e sua intenção em criminalizar o agente é considerável. Isso demonstra a falta de organização ou de preparo profissional para que o depoimento especial seja realizado ainda na data do fato.

A crítica vem à forma como é proposto o depoimento especial frente à vítima de violência sexual. Apesar de a Delegacia de Polícia ter plantonistas que estão presentes em qualquer dia e horário da semana, deixa a desejar que o depoimento especial cautelar (realizado na Delegacia de Polícia) seja realizado imediatamente ao conhecimento do fato criminoso, sem agendamentos posteriores.

A ideia se justifica pelas mesmas razões já abrangidas em contextos anteriores, devido à perda de qualidade nos fatos a serem relatados pelo decurso do prazo (mesmo que seja a curto prazo) e devido às consequências pessoais advindas com a submissão da vítima a relembrar novamente os fatos já relatados (caso já tenha sido ouvida na data do crime).

5 DEPOIMENTO ESPECIAL CAUTELAR APLICADO NA DELEGACIA DE POLÍCIA

O relatório realizado pela Universidade de Fortaleza no ano de 2019 (UNIVERSIDADE DE FORTALEZA, 2019), de iniciativa do projeto "A oitiva de crianças no Poder Judiciário brasileiro: estudo com foco na implementação da Recomendação n. 33/2010 do CNJ e da Lei n. 13.431/2017", realizado em alguns estados do país, analisou a aplicação da Recomendação do CNJ pelo Poder Judiciário brasileiro.

A pesquisa foi realizada em 24 comarcas judiciárias distintas pelo país, sendo que destas apenas 14 seguem o procedimento do depoimento especial. Quanto à escolha entre o depoimento especial em sede judicial e cautelar na Delegacia de Polícia, extraiu-se que:

Os resultados das entrevistas, porém, demonstraram que a antecipação de prova para oitiva infanto-juvenil não corresponde, ainda, a prática constante no âmbito dos fóruns judiciais, tendo sido averiguada como medida corriqueira apenas no contexto da comarca de São Caetano do Sul. (UNIVERSIDADE DE FORTALEZA , 2019, p. 126).

Das 14 comarcas entrevistadas que adotam o depoimento especial como medida padrão, apenas uma delas segue o procedimento de forma cautelar, conforme o previsto no art. 11 da Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017). A pesquisa comprova a necessidade de reforço para implementação do método de forma antecipada e eficiente, protegendo provas valiosas e resguardando a integridade psicológica da criança e do adolescente ofendido.

Conforme determina o parágrafo segundo do art. 11 da Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017), caso tomado o depoimento de forma cautelar na Delegacia de Polícia, não será possível nova tomada de depoimento em momento futuro, exceto caso justificada a necessidade pela autoridade competente com concordância da vítima/testemunha ou de seu representante legal. Essa medida é essencial e evita novos depoimentos que vitimizem novamente o ofendido.

Como sugestão, o relatório tratou sobre a relação Delegacia de Polícia e Ministério Público como forma de incentivar a realização do depoimento especial em fase antecipada:

Constata-se, portanto, que a realização do expediente de DE antecipadamente não vem sendo realizada com constância. **Visando alterar esse desaproveitamento do**

instituto da medida cautelar, uma solução interessante seria a abertura de maior diálogo entre delegacias de polícia e Ministério Público, de modo que o delegado, ao receber notícia de violência praticada contra criança ou testemunhada por esta, faça imediata comunicação à promotoria competente para que seu representante analise o caso e proponha ação cautelar de produção de prova, nos termos do art. 21, VI, da Lei n. 13.431/2017. (UNIVERSIDADE DE FORTALEZA, 2019, p. 93, grifo nosso).

Conforme art. 21, VI da Lei 13.431/2017, a integração entre Ministério Público, juiz e a polícia é necessária devido ao MP ser o responsável pela instauração da ação cautelar de antecipação de prova assim que a polícia tiver conhecimento acerca do cometimento do crime e o juiz autorizar o procedimento, conforme segue:

Art. 21. Constatado que a criança ou o adolescente está em risco, a autoridade policial requisitará à autoridade judicial responsável, em qualquer momento dos procedimentos de investigação e responsabilização dos suspeitos, as medidas de proteção pertinentes, entre as quais:

[...]

VI - representar ao Ministério Público para que proponha ação cautelar de antecipação de prova, resguardados os pressupostos legais e as garantias previstas no art. 5º desta Lei, sempre que a demora possa causar prejuízo ao desenvolvimento da criança ou do adolescente. (BRASIL, 2017).

Essa aproximação entre os órgãos de defesa da criança e do adolescente é necessária e deve ser sempre reforçada, garantindo o apoio máximo para a garantia das provas e dos direitos do ofendido no menor tempo possível.

Nucci (2014) também defende a utilização da oitiva especial como produção antecipada de prova, realizando um melhor aproveitamento à persecução penal. Defende ainda o aproveitamento do depoimento cautelar para casos além dos previstos no parágrafo primeiro do art.11 da Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017, grifo nosso):

O ideal, segundo o art. 11, é a colheita do depoimento uma única vez, em produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado, o que certamente é um benefício a todos, visto que a mente (e a memória) infanto-juvenil trabalha com fantasias e ficções, que podem mesclar-se com o fato ocorrido quanto mais o tempo passar. Impõe-se o depoimento especial em produção antecipada de provas em duas situações: a) criança ou adolescente menor de 7 anos; b) casos de violência sexual. Não vemos óbice a que o delegado represente ao juiz para que, também noutras situações, haja a colheita antecipada e única da prova.

A proposta trazida no presente artigo é utilizar-se única e exclusivamente do depoimento especial cautelar para o máximo aproveitamento de provas e garantia de direitos. O depoimento ideal seria realizado logo que tomado o conhecimento do fato pela equipe da Polícia Civil, acionando o profissional capacitado para a realização do procedimento de forma emergente ao retorno da vítima do Instituto Geral de Perícias (IGP), onde fora realizado o exame de corpo de delito.

Assim que autorizada a tomada do depoimento especial de forma cautelar, nos moldes do art. 21, VI da Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017), e assim que acionadas todas as partes necessárias para a oitiva da vítima, esta seria direcionada para uma sala equipada com sistema audiovisual juntamente com um profissional qualificado.

Esse profissional, diferentemente do que é adotado como padrão no depoimento especial judicial, não precisaria ser necessariamente um

psicólogo, podendo dispor a própria Delegacia de Polícia de servidores (agente ou escrivão de plantão) que tivessem curso previamente realizado para atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, com todo o amparo técnico, psicológico e jurídico necessário para resguardar o bom andamento de depoimento e o bem-estar da vítima.

A utilização do próprio policial civil para a tomada do depoimento auxiliaria na obtenção da colheita das provas, tendo em vista que eventualmente o próprio servidor tenha realizado o recebimento do flagrante ou o acolhimento da vítima na Delegacia, facilitando a elaboração das perguntas.

Dentro deste foco, seria importante que todo policial (seja militar ou civil) que eventualmente fosse entrar em contato com ocorrências que envolvam atentado contra a integridade sexual, recebessem amparo prévio para saber lidar com esse tipo de situação, evitando constrangimentos desnecessários à vítima.

Além do mais, restringir o depoimento especial em produção antecipada de prova apenas para crianças e adolescentes menores de sete anos ou em qualquer idade desde que sofram violência sexual seria limitar a grande amplitude que a legislação poderia tomar. O depoimento cautelar deveria alcançar não apenas as vítimas elencadas no art. 11, §1º, I e II da Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017), mas incluir também qualquer vítima de crime que se enquadre como criança ou adolescente, independentemente da idade ou da natureza da infração (desde que se enquadre como maior potencial ofensivo sujeito ao rito sumário ou ordinário), em vista do bom andamento do processo e do bem-estar da criança.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na análise da real eficácia da Recomendação n. 33 do CNJ, juntamente com a Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017), foi possível elencar variadas formas

descritas na legislação de proteção por parte dos órgãos institucionais em prol das crianças e adolescentes violentados sexualmente.

Dentre as diversas formas de violação aos direitos da criança e do adolescente, a violência institucional (art. 3º, §4º, IV da Lei 13.431/2017) destaca-se no presente artigo por ser de integral interesse e responsabilidade do Estado.

Foi possível verificar que o uso do depoimento tradicional da vítima de violência sexual causa constrangimento psicológico, abalo emocional para a vítima e prejuízo para o processo penal, não se mostrando eficaz na proteção integral da criança e do adolescente.

O depoimento sem dano, utilizando-se no Brasil do método de oitiva *Closed Circuit Television* (CCTV), reduz consideravelmente as lesões advindas do depoimento tradicional, desde que utilizado de forma correta. Foi possível visualizar que a grande maioria das comarcas que adere ao depoimento especial o utiliza apenas na sua fase processual. Ademais, Delegacias de Polícia que utilizam o método do depoimento na fase pré-processual não o realizam logo após o cometimento do crime ou não deixam de ser depoimentos exclusivos, sendo necessário nova tomada de relatos na fase processual.

Chegou-se à conclusão de que a aplicação incorreta do depoimento especial torna o procedimento ineficaz diante das variadas falhas não sanáveis frente ao depoimento tradicional. A revitimização continua fazendo parte do procedimento devido a morosidade e ao lapso temporal entre o cometimento do crime e a oitiva da vítima.

Diante da carência na aplicação correta do procedimento, mostra-se viável a nova proposta de depoimento apresentada, com utilização exclusiva do depoimento cautelar na fase da Delegacia de Polícia para oitiva imediata (sem agendamentos) da vítima do crime sexual ou de qualquer crime de maior potencial ofensivo que sofra, desde que seja criança ou adolescente.

O uso da sala preparada com videogravação (para evitar futuros depoimentos) e a escolha preferencial de um servidor policial que tenha um curso preparatório para a atuação como entrevistador visam trazer a oitiva especial para a delegacia de forma que não gere maiores problemas institucionais para a sua oitiva, realizando de forma mais rápida, eficiente e protetora dos direitos e garantias da criança e adolescente.

Além disso, sugere-se uma maior aproximação entre o delegado de polícia, o promotor de justiça e o juiz de plantão, fazendo com que o procedimento corra mais rápido frente a necessidade da autorização da medida cautelar de tomada de depoimento na fase investigatória.

Com o artigo, foi possível visualizar as derivadas consequências advindas com a aplicação do depoimento especial judicial ou sua aplicação incorreta na fase cautelar, trazendo a conclusão de que a mais adequada forma de utilização é através do depoimento cautelar imediato, devendo cada Delegacia de Polícia se adequar à necessidade para o atendimento.

A pesquisa objetiva ensejar eficácia na aplicação do depoimento especial da Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017) nos depoimentos na Delegacia de Polícia, reduzindo danos à criança e ao adolescente vítima do crime, garantindo seus direitos, prevenindo novas consequências e melhorando a produção da prova produzida, sempre respeitando o melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

AVENA, N. **Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ÁVILA, G. N. D. Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das falsas memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário. **Revista Síntese**, Porto Alegre, p. 65, 2014.

AZAMBUJA, M. R. F. **A inquirição da vítima de violência sexual intrafamiliar à luz do superior interesse da criança**. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1450.html>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Decreto Lei 99.710, de 21 de novembro de 1990. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 05 dez. 2020.

BRASIL. Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Lei 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 jun. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Lei 13.431, de 04 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 abr. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASILEIRO, R. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL. RHC 45.589 – MT. Relator Ministro Gurgel de Faria. DJe 03/03/2015. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 3 mar. 2015. Disponível em: ww.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0556'. Acesso: 9 jun. 2021.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CEZAR, J. A. D. **Depoimento sem dano**: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 33 de 23/11/2010**. 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/878>. Acesso em: 06 Maio 2021.

NUCCI, G. D. S. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAOLUCCI; GENUIS, M. L.; VIOLATO, C. **A meta-analysis of the published research on the effects of child sexual abuse.** Journal of Psychology, 2001. P. 17-36.

PELISOLI, C.; DOBKE, V.; DELL'AGLIO, D. D. Depoimento especial: para além do embate e pela proteção das crianças e adoelscentes vítimas de violência sexual. **Temas em Psicologia**, Porto Alegre, v. 22, nm 1, 2014.

POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA. **POP** – Procedimento Operacional Padrão: Atendimento de Ocorrências Policiais Militares de Santa Catarina envolvendo Crianças e Adolescente. POP 201.4.25. Florianópolis, 2011.

SANTOS, B. R.; GONÇALVES, I. B. **Depoimento sem medo:** Culturas e práticas não revitimizantes – Uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes (p. 21-34). São Paulo: Childhood Brasil, 2009.

UNIVERSIDADE DE FORTALEZA. **Relatório Analítico Propositivo:** a oitiva de crianças no poder judiciário brasileiro. Universidade de Fortaleza, Fortaleza. 2019.

VEIGA. A.R. **As falsas memórias no depoimento judicial de vítimas de estupro de vulnerável:** um estudo a partir dos julgados do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2020. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/221916>. Acesso em: 9 jun. 2021.

ATIVISMO PROCESSUAL/DIALÓGICO E A AMPLA PROTEÇÃO DEMOCRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Rafael Pratto Bordin da Rosa¹
Paulo Junior Trindade dos Santos²

RESUMO

O presente artigo visa analisar, através do método dedutivo e por intermédio de pesquisas bibliográficas na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema do ativismo judicial no tratamento dos direitos fundamentais sociais pela jurisdição constitucional. Transcorre-se acerca da legitimidade do Judiciário e o papel exercido por ele frente às omissões do Executivo e Legislativo, passando sobre a teoria clássica de separação dos poderes à divisão dos poderes. Buscando versar sobre as transformações do ativismo desde sua origem no *common law*, e conceituação pela doutrina, até o ativismo contemporâneo. Tratando sobre as decisões sobre os direitos sociais proferidas pela Suprema Corte e seu caráter expansivo, finalizando com a possibilidade de utilização do Ativismo Dialógico como método para concretizar os direitos sociais. Desse modo, este artigo tem como intuito a desmistificação do ativismo judicial e a demonstração de sua necessidade para o Direito brasileiro e para assegurar os direitos e preceitos fundamentais da Constituição, mostrando um possível caminho para a concretização destes direitos.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Separação dos Poderes. Ativismo Judicial. Ativismo Dialógico.

¹ Graduando do Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; prattorafael@gmail.com

² Professor orientador; Pós-Doutor pela Unisinos e pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutor e Mestre em Direito pela Unisinos; Professor do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus de Chapecó e dos cursos de Graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus de Joaçaba; pjtrindades@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A carta magna ao estipular em seu texto direitos e garantias fundamentais, forneceu a base para que a sociedade procurasse, através da Jurisdição, a tutela e a salvaguarda de seus direitos fundamentais, quando os Agentes Políticos legitimados não o fazem.

Dessa forma, o Judiciário permeia os campos que não seriam de sua responsabilidade pela clássica Separação dos Poderes, agindo em prol da sociedade, e legitimada por ela, buscando em suas decisões desenvolver e cocriar o Direito, tomando contornos até mesmo políticos.

Assim, o ativismo processual, acertado no processo democrático e justo, democrático por oportunizar o diálogo entre as partes, e justo pela funcionalidade do contraditório constitucionalizado, acaba por acertar-se na justiça do processo junto ao asseguramento do diálogo voltado à construção de uma decisão justa, tornando-se meio de efetivação e proteção de direitos ou interesses, não só de forma individual, mas também coletiva, assegurando assim os direitos fundamentais prestacionais.

Tal comportamento presente em Cortes Constitucionais de Países em Desenvolvimento, vislumbra-se também no Supremo Tribunal Federal, que ao decidir sobre matérias de direitos fundamentais prestacionais, vem agindo expansivamente de modo a assegurar o previsto pela Constituição Federal.

Resultado disso, o processo, e sua filosofia do direito processual, garante a superação de um litígio dual por um litígio policêntrico ou multipolar, visando o contato e o diálogo entre os interessados, na busca pela concretização de direitos sociais tutelados na Carta Magna, através de medidas contínuas de monitoramento.

2 ENTRE EVOLUÇÃO DA SEPARAÇÃO À DIVISÃO DOS PODERES: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO RESPONSIVO

A assembleia constituinte ao aplicar no art. 2º da Constituição de 1988 a teoria de separação dos poderes de Montesquieu, demonstrou a necessidade primária de estabelecer a segmentação dos poderes do Estado entre órgãos/entes independentes e harmônicos entre si, com autonomia para mover a máquina do estado sem a rédea de um poder soberano e ditatorial (RIBEIRO, 2019, p. 4-5).

Ainda que a Carta Magna tenha sido escrita tendo como base a teoria Montesquiana de separação de poderes, em que o poder deve ser exercido separadamente, mas complementarmente, é essencial perceber que tal fenômeno não é estático, e uma norma abstrata não é apta a captar a fluidez das fronteiras de cada poder, assim “[...] o retrato da separação de poderes é, a cada momento, diferente” (MENDES, 2005, p. 183).

Assim, vislumbra-se a necessidade de diferenciar a “Separação de Poderes” clássica, da “Divisão de Poderes”, teoria transmutada e aprimorada pelo sistema estadunidense do *common law*, que hoje se mostra mais evoluída e adequada ao nosso Estado Democrático de Direito (SANTOS, 2018, p. 191).

Ao contrário da versão clássica francesa que tem a “Separação de Poderes” como uma forma de fragmentação rígida e estática do poder, com foco na especialização dos titulares, de forma que a notória ação fora dos limites pré-estabelecidos na legislação, acarreta em instabilidade jurídica e fragilidade política, a “Divisão dos Poderes”, harmonizada e alterada pelo sistema estadunidense, prezando pela titularização dos poderes, atribuindo um sistema de contrapesos, organiza o estado por meio de órgãos, entidades, instituições, que interagem e integram-se entre si, privilegiando a ideia de harmonia (SANTOS, 2018, p. 191-192).

No baluarte do Estado de Direito Liberal, que imperava a Teoria Clássica, as inúmeras crises intransponíveis características e marcantes de tal sistema, levaram ao desgaste dessa rígida teoria, dando espaço à evolução de uma nova concepção de separação de poderes que melhor atendeu o Estado Democrático de Direito, e as questões que os tempos modernos trouxeram (SANTOS, 2018, p. 192).

O conceito adaptado da Divisão dos Poderes transmuta a concepção clássica da função dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo. Nas palavras de Souza (2019), a moderação harmônica dos poderes no Estado brasileiro organiza-se de forma que cabe ao legislativo a elaboração de leis, e ao executivo a administração do Estado, e a promoção de políticas públicas voltados ao bem-estar social, aplicando a legislação vigente, já ao judiciário cabe utilizar de seu poder para aplicar de pronto e de forma eficaz as leis e normas, quando da inércia estatal na proteção à direitos e garantias, e quando incitados para agir.

É através dessa articulação do poder pelo sistema “check and balances” norte-americano, que ocorreu a divisão entre os institutos e organismos de competência própria, de forma a delimitar o poder que exercem (SANTOS, 2018, p. 209).

Dessa forma, enquanto na tese de Montesquieu a função jurisdicional do juiz é de “boca de lei”, sendo vetor de mera aplicação e interpretação restritiva ao escopo da norma jurídica abstrata, na Divisão de Poderes a função do Juiz é ressignificada, alterando a antiga necessidade de interpretação imediatista e literal da legislação, em uma busca pela concretização da lei com efeitos em dimensões extralegais, através de decisões que abrangem os princípios constitucionais e exercendo uma função jurisdicional e de administração da justiça extremamente mais complexa.

2.1 DA EVOLUÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO ATIVO-RESPONSIVO: DA POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO

A construção norte-americana de divisão de poderes alça a ideia de um Estado Ativo-Responsivo, que reforça a alteração do papel do juiz no processo, trazendo-o como parte, de forma a incentivar a posição de intérprete da lei, legitimando-o como criador do direito ao proferir as sentenças e acórdãos. Dessa idealização de Estado Ativo-Responsivo decorre uma nova dimensão material e formal da democracia, onde a primeira vê-se sujeita à ordem constitucional, e na segunda sujeita a legitimidade representativa do governo e da função política, respaldada na sua confiabilidade (SANTOS, 2018, p. 213).

Nesse diapasão, o direito cria-se e recria-se, não apenas através da representatividade do legislativo e do executivo, mas também através do judiciário, quando este age de forma a suplementar as lacunas omissas na lei, papel comum nos tribunais constitucionais do "*common law*".

O Estado ao comportar-se ativa e "responsivamente" age pelo afã da participação dos agentes sociais e políticos mais importantes, os cidadãos, implicando em uma democratização do direito e o reconhecimento destes, superando a visão de indivíduo de direitos, estatizante e engessante, incrementando o seu papel no jogo democrático e não mais se restringindo à escolha dos seus representantes, cuja função é administrar e legislar. Ao procurarem asilo na jurisdição tais agentes reforçam a essência do judiciário e o legitimam como Poder e como criador do Direito.

Dessarte, a politização do direito leva a atividade do jurisdicional ao centro da discussão, trazendo o Juiz (agente do Estado), como interlocutor legítimo da comunicação entre sociedade e direito, humanizando-se a figura do Estado em si, permitindo que o cidadão encontre outra pessoa como figura representante da autoridade do Estado e da jurisdição, aproximando este agente (cidadão) do direito democrático criado, sendo inegável a

gradual evolução da legitimidade do Estado e da implementação do direito pelo Poder Judiciário, que expõe a esperança depositada nesse poder para resolver as questões não resolvidas pelo sistema político (SANTOS, 2018, p. 219- 220).

O Estado Ativo-Responsivo relega os padrões impostos pelo Estado liberal (reativo) e traz o judiciário ao palco da democracia, politizando o processo, gerando uma ruptura ao legalismo que já não comporta a cisão de Direito e Política, usando como ferramenta o Ativismo Judicial para essa Cocriação do direito e sua politização.

2.2 DO NOVO PAPEL DO JUDICIÁRIO JUNTO ÀS JOVENS E RENOVADAS DEMOCRACIAS

Enquanto no positivismo o “Estado Legislativo de direito” imperava, com a centralidade no parlamento e com as normas constitucionais com eficácia limitada, sendo a Constituição mero documento político, sendo, portanto, necessária a atividade do legislador para ter-se aplicabilidade (NELSON; MEDEIROS, 2015, p. 148). No neoconstitucionalismo o Estado Constitucional de Direito entrou em cena, trazendo o reconhecimento dos princípios constitucionais, nova hermenêutica constitucional e expansão da jurisdição constitucional e constitucionalização de direitos fundamentais.

Como resultado, o Estado Constitucional de Direito pôs a centralidade do Sistema Político Jurídico na Constituição e na Suprema Corte, com a função de interpretação da Carta Magna e com força vinculante das normas (NELSON; MEDEIROS, 2015, p. 148-149).

A inércia da Separação de Poderes e a centralidade do Parlamento no positivismo, tornou a atuação do juiz destituída de politização, espaçando-o das responsabilidades sociais, e restringindo-a à motivação judicial, sempre na aplicação mecânica da lei e nunca no processo de geração do Direito (SANTOS, 2018, p. 226).

Contudo, o cenário do Estado de Bem-estar Social que serviu de plano de fundo para a confecção da Constituição alterou a concepção de "Política" tornando-a um mecanismo para realização e efetivação do direito sempre a par dos princípios e direitos fundamentais da própria Constituição, isso somado a evolução do sistema tripartite, da separação à divisão de poderes, transmutou a jurisdição em fenômeno político (SANTOS, 2018, p. 228-231).

Tal alteração ampliou as funções dos Poderes tendo como consequência o incremento das intervenções políticas, econômicas e judiciais, necessárias para os novos direitos fundamentais constitucionalizados. O aumento deste arcabouço protecionista gerou uma conversão dos litígios levados ao judiciário, que passaram a ter uma maior relevância social, principalmente àqueles frutos da inércia dos demais poderes, gerando um aumento do papel jurisdicional do Estado (SANTOS, 2018, p. 231).

As palavras de Lima e Lima (2016, p. 11) reforçam essa visão ampliada, ao trazerem que a redemocratização dos países saídos de regimes autoritários, com direitos fundamentais positivados nas constituições, fruto da política de Bem-estar Social, deslocaram o centro de tensões dos "procedimentos políticos" para os "procedimentos judiciais".

Embora não sejam agentes políticos eleitos, os integrantes do Judiciário, em 1º ou 2º grau de jurisdição, desempenham uma capacidade política, chamado por Barroso (2012, p. 6) de "dificuldade contra majoritária". Essa capacidade política se demonstra através de um fundamento normativo proposto pela própria Constituição de 1988, uma vez que o julgador ao aplicar e atribuir sentido a expressões vagas, flúentes e indeterminadas, demonstram sua criatividade e discricionariedade na atividade jurídica, participando da criação do Direito.

Nessa seara, Barroso (2012, p. 6) traz uma justificação filosófica a jurisdição constitucional ao dizer que o Estado é considerado um Estado Constitucional, por ser fruto de uma fusão do Constitucionalismo e da Democracia, uma vez que é a Constituição que estabelece as regras do "jogo

democrático" garantindo a alternância de poder e garantindo o direito das minorias, grupo com pouca voz política, protegendo os direitos fundamentais daqueles que não tem o poder político de o fazer.

A legitimidade do judiciário se mostra também ao vislumbrar-se como seus instrumentos têm sido utilizados como canal de representação de minorias, que ao não possuírem mais sua manifestação de poder formal, sendo ela a "voz e a expressão, [...] de um povo (pobre/rico; maioria/minoria)", se mostra fluída, pois "é medida na contagem de voz outorgada à essas expressões" (SANTOS, 2018, p. 233).

Assim, Jurisdição é impactada e engaja-se nas questões políticas e públicas não só pela conexão entre o Direito e Sociedade, mas também pelos reflexos que aquele traz a esse e pela mediação social e política que inserem na justiça a expectativa de um potencial democrático (VERÍSSIMO, 2008, p. 411).

Amaral e Capelari (2014, p. 10) ao versarem sobre o "enfraquecimento do Poder Legislativo em sua competência primária de legislar", reforçam a concepção de que o ente antes legitimado a legislar acaba por transferir ao Judiciário o poder de trazer uma resposta aos indivíduos através da judicialização.

Seguem nessa linha quando demonstram que as adversidades preponderantes do ponto de vista político, social ou moral buscam suporte nas decisões do Poder Judiciário, efetivando essa transferência de poder para as instituições judiciais, muitas vezes em razão das omissões legislativas infraconstitucionais, obrigando essas instituições a potencializar o texto constitucional.

Balizando-se na Constituição a atuação dos juízes sendo deferente das decisões legislativas, representativa e, quando possível, em sintonia com o sentimento e necessidade social, promove os direitos fundamentais exercendo seu papel constitucional democrático, agindo em favor da democracia e não contra ela (BARROSO, 2012, p. 8).

O novo papel desempenhado pela jurisdição pressupõe a quebra da visão instrumental do direito, que impede que as partes do processo se comuniquem, porquanto o processo, versando sobre causas aparentemente políticas, distorce os parâmetros litigiosos e regras legais e a sua aplicação e interpretação, de modo que o juiz se vê preso às questões emolduradas pelas partes e as informações trazidas por elas (SANTOS, 2018, p. 235).

Ao interpretar a constituição de forma prospectiva alterando o processo de interpretação da constituição, adaptando essa hermenêutica às vastas realidades sociais contemporâneas, os princípios constitucionais se tornam grandes aliados por sua abstração, assim o intérprete constitucional, balizando-se em princípios e conceitos abstratos, sopesa bens e interesses sejam implícitos ou explícitos, efetivando a razoabilidade e cocriando o direito (AMARAL; CAPELARI, 2014, p. 19).

Além de meramente declaratória a legislação formal se mostra também incapaz de fornecer o necessário ao bem comum, não estruturando efetivamente a conexão entre o direito e a sociedade na sua plenitude, o judiciário vem centrando a exteriorização dos que não possuem voz, mesmo frente às concepções divergentes do direito, assim o direito fruto do judiciário se mostra policêntrico na medida em que é feito lenta e gradualmente, por inúmeros indivíduos (SANTOS, 2018, p. 235-236).

O papel da jurisdição vai além da função de solução de conflitos, sendo um poder capaz de decidir imperativamente e impor suas decisões, uma atividade por meio dos conglomerados de atos complexos do juiz na lide, e mais importante: uma função ao expor o dever de promoção da pacificação de conflitos por intermédio da realização de um direito justo nos órgãos estatais (AMARAL; CAPELARI, 2014, p. 24).

Atribuído de autoridade socialmente legitimada, o judiciário ao reconhecer mais rapidamente o socialmente justo traz resultados efetivos cocriando o direito no plano social e singular (SANTOS, 2018, p. 239-243).

Ao ser legitimado constitucionalmente para dissociar-se da função de boca de lei, e socialmente quando tem o anseio do povo para agir, efetivamente cria o direito ou o altera por meio de suas decisões legais que tomam viés político pela própria indissociabilidade entre a política e o Direito.

Nas palavras de Barroso (2012, p. 7), a linha divisória entre Direito e Política “[...] existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa”, de modo que qualifica o Direito como política em 3 sentidos: no primeiro sentido o Direito é política por ser criação e produto da vontade majoritária, manifestada pelos representantes legitimados. O segundo impede a dissociação por sua aplicação ser realizada numa “realidade política”, cujos efeitos interagem com o meio social e com os indivíduos sociais. O terceiro sentido pauta-se na humanidade dos aplicadores da lei, uma vez que não são “libertos dos próprios inconscientes”, sendo afetos pela sua história.

Santos (2018, p. 243-245) faz a mesma relação quanto ao primeiro sentido demonstrado por Barroso, de modo que o direito é de fato o produto do processo legislativo, o produto principal da política. E se permite ir além trazendo também que o isolamento desses dois “institutos” se mostra impossível pois sem poder político a sociedade se desmonta gerando um status de anarquia, pela dissolução de nexos sociais pré-existentes, e o direito sem poder é mera lei simbólica.

Nesse sentido, Coura e De Paula (2018, p. 18) reforçam a posição de Barroso e de Paulo Junior Trindade, quando dizem que “Direito é produto do processo constituinte e da vontade da maioria e, de outro lado, a Constituição Programática impõe caráter permanente à alteração das estruturas sociais”, isso serve de base para o encaminhamento ao judiciário dos perdedores do jogo político, tornando os juízes cursores dos paradigmas normativos e sociais.

Desta maneira, ao existir a possibilidade dos cidadãos de levarem à juízo suas questões políticas, por encontrar-se aos caprichos de um legislativo eivado de vícios, sujeito a *lobbys* políticos e omissões deliberadas, incentiva a realocação do poder ao judiciário (COURA; DE PAULA, 2018, p. 19-20).

Percebe-se dessa forma que a “íntima vinculação entre processo e poder político, [...], adquire relevo particular em época como a nossa”, justamente pela transmutação da função jurisdicional em que “o juiz, se vê chamado, com frequência cada vez maior a suprir em sua atividade omissões do legislador e do administrador” (SANTOS, 2018, p. 245-246).

É através desse contexto social em que os pares se encontram cada vez mais ansiosos pela garantia de seus direitos e a evolução de suas pautas, que o Processo, e o Juiz, parte primordial dele, manifestam seu poder, legitimamente concedido. Cria-se, assim, o direito ao caso prático e se conversa com a realidade social propelindo o Processo como campo hábil a discutir política e a fazer direito, abrindo os caminhos para novas discussões através da desobstrução de vias democráticas para os grupos majoritários e minoritários.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS SOCIAIS

Após as barbáries promovidas pelo regime ditatorial, a constituição de 1988, seguindo a linha das constituições de outros países, deu enfoque aos direitos e garantias fundamentais.

A previsão constitucional expressa de direitos fundamentais trouxe uma maior intervenção do Estado em esferas diversas, visando a promoção dos princípios de igualdade e equidade e a garantia dos direitos nela contidos. Essa intervenção estatal buscou a redução de desigualdades sociais e econômicas, promovendo os direitos sociais como educação, saúde, trabalho e cultura através de ações efetivas e não apenas de medidas de caráter formal.

Dividem-se os direitos fundamentais em de 1ª, 2ª e 3ª geração. Os de 1ª geração derivados dos princípios iluministas, prezam em suma pela liberdade coletiva e individual, já os de 2ª geração são ligados à proposta de igualdade e baseados no Estado de Bem-Estar Social, por outro lado os

direitos de 3ª geração têm enfoque nos direitos de fraternidade dos ideais iluministas, uma vez que tratam sobre progresso, meio ambiente e qualidade de vida.

Os Direitos Sociais – 2ª geração – por objetivarem a igualdade material, possuem um condão prestacional, e assim como os demais direitos, são frutos de reivindicações sociais, que demandam do Estado uma prestação enérgica, seja através da administração pública direta ou indireta, ou seja a partir de todos os entes governamentais, todos detêm o dever prestacional e protetivo de direitos fundamentais e humanos, realizando assim os preceitos de ordem constitucional.

Sendo direitos prestacionais originários os que se identificam a partir da garantia constitucional, ao mesmo tempo em que se reconhece o dever do Estado de criar pressupostos materiais necessários ao exercício desses direitos de forma efetiva, e a faculdade do cidadão de exigir de pronto a prestação constitutiva de tal direito, ao passo que os Derivados seriam os que o cidadão usufrui e participa pela concretização legislativa e institucionalizado pelo poder público (BREYNER, 2008, p. 1-2).

Nessa linha, sob o prisma da materialidade, no mundo de fato, os direitos fundamentais apresentam importância ainda maior, frisando a sua fundamentalidade no fato de que são as condições mínimas de subsistência que garantem o efetivo gozo dos demais direitos, e isso abarca também os direitos individuais primários como liberdade e dignidade da pessoa humana, uma vez que como pode considerar livre e digno o indivíduo que não tem seu direito à saúde garantido, ao trabalho digno, questões imprescindíveis para a existência na sociedade capitalista atual (BREYNER, 2008, p. 5).

Cléve (2006, p. 7) aponta que os Direitos Sociais não possuem finalidade única de garantir ao cidadão o mínimo necessário, ao contrário disso visam e reclamam uma eficácia progressiva, cada vez mais vasta, dependente de comprometimento do Estado e do Cidadão, assim como das riquezas do país.

Assim, é imperioso o estabelecimento do vínculo jurídico de proximidade entre Estado e o povo, que sem ter representações e protagonismos centrados nos poderes, exercem seus poderes por si próprios, em todos os poderes e em todos os planos, federal, estadual e municipal. Em relação à vinculação da atividade legislativa aos órgãos que detêm o poder essencial de criação legislativa, esta é primária no tocante aos direitos fundamentais, pois é papel deste poder delimitar e fazer valer os limites impostos pela Constituição (MENDES, 2012, p. 134-136).

Quanto ao Executivo, não se questiona a vinculação, uma vez que a ele é investido o poder constitucional para implementação de medidas que garantam o efetivo gozo dos direitos fundamentais.

No que tange ao poder Judiciário a vinculação não decorre só da necessidade de aferição da legitimidade das decisões judiciais frente a aplicação do direito aos casos concretos, mas também da salvaguarda da efetivação da aplicação do direito nas relações entre particulares e o poder público (MENDES, 2012, p. 137).

Enquanto nos direitos de 1ª geração, a atuação do Estado é mais omissiva do que comissiva, ao passo que este deve prevenir que os direitos sejam atacados, nos direitos prestacionais exige-se da Administração Pública uma atuação positiva, visto que no plano material a garantia desses direitos depende de manifestações legislativas e materiais.

Alexy (2015, p. 202) quando se refere aos “direitos a prestações” fala no sentido de ações/prestações positivas **fáticas** que dizem respeito aos atos cuja efetivação também poderia ser realizada por entes particulares, sendo designadas então como direitos a prestações em sentido estrito.

Mendes (2012, p. 550), similarmente a Alexy, exemplifica essa característica prestacional quando traz que os direitos fundamentais contêm uma proibição de intervenção como uma forma de resguardá-los, e uma “postulação de proteção”, dando assim 2 contornos, o de “proibição de excesso” e “proibição de proteção insuficiente”.

Ambos os contornos dados aos direitos fundamentais geram gastos, e carecem de reconhecimento de que todos os direitos fundamentais, independente da dimensão à que se refere, geram um custo ao erário público, principalmente na dimensão prestacional (positiva).

Ainda nessa linha, por estar o Estado vinculado constitucionalmente à execução de medidas que resguardem os direitos fundamentais e ao respeito aos princípios constitucionais, percebe-se a necessidade da indagação acerca de quais medidas satisfatórias podem ser judicializadas e quais os meios corretos (MENDES, 2012, p. 558-559).

Assim, a demanda no judiciário de ações estatais que resguardem as devidas prestações positivas, que comumente, visam uma alteração futura e não apenas a manutenção do "status quo", convertem as antes decisões políticas para jurídicas, uma vez que quando postas em submissão às regras jurídicas operam uma transmutação no processo decisório.

Tal transmutação considera o elevado risco das decisões políticas de que a grande maioria, senão todos, os direitos dependem da satisfação de pressupostos econômicos, políticos e jurídicos, como exemplo "o direito à educação (CF, art. 205 c/c o art. 6º), o direito à assistência social (CF, art. 203 c/c o art. 6º) e à previdência social (CF, art. 201 c/c o art. 6º)." (MENDES, 2012, p. 559).

Nesse contexto em que os gastos e a disponibilidade de verbas devem ser considerados para a efetivação dos direitos prestacionais, o ativismo judicial focado no processo democrático e justo, por oportunizar o diálogo entre as partes, e com a funcionalidade que o contraditório constitucionalizado traz, acaba por acertar-se na justiça do processo enquanto assegura o diálogo construtivo na busca por uma decisão justa.

Destarte, o ativismo processual se torna o meio adequado para a efetivação da proteção a direitos ou interesses, não só individuais, mas também coletivos, assegurando assim os direitos fundamentais prestacionais. Consequência disso, o processo e a filosofia do direito

processual garantem a superação de um litígio dual por um litígio policêntrico ou multipolar.

4 ATIVISMO JUDICIAL PROCESSUAL E A SUA CONCRETIZAÇÃO PELOS EFEITOS DO ESTADO ATIVO-RESPONSIVO

É nesse enredo de um Estado Ativo-Responsivo em que o Processo se encontra no centro das discussões política e de criação de direito, que o Juiz, legitimado constitucionalmente e socialmente, age através do Ativismo Judicial para efetivar as demandas sociais tendo como baluarte os princípios e regras constitucionais, renovando o Direito com a participação democrática dos pares.

Barroso (2012, p. 06) conceitua ativismo judicial como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”.

Já Santos (2018, p. 265) traz o ativismo judicial como “uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com um perfil aditivo ao ordenamento jurídico”.

Coura e De Paula (2018, p. 15-16) frente a redefinição da justiça e da jurisdição em relação à política, versa que a ação dos juízes, agindo no contexto de seu poder discricionário e alargando as fronteiras jurídicas age de forma ativista em razão do “modo expansivo e proativo de interpretar a Constituição inclusive para levá-la a situações que não foram expressamente contempladas pelo constituinte ou pela lei ordinária”.

Assim o ativismo judicial nada mais é do que o papel desempenhado pelo judiciário, por meio de um protagonismo centrado no juiz, em que decidindo acerca dos casos concretos age proativamente na interpretação da Constituição visando a concretização de princípios e valores expressos na própria constituição, e principalmente o ativismo processual visa a

construção de um direito que reordene-se pela política centrada no social, sem as representações e protagonismos dos poderes, devem seguir os poderes o exercício amplo da cidadania.

4.1 HISTÓRICO

O ativismo, cunhado primordialmente na jurisprudência do sistema "*common law*" norte-americano, é fruto da constatação do Juiz como apto a decidir acerca dos fenômenos constitucionais (SANTOS, 2018, p. 252).

Nesse sentido, Barroso (2012, p. 4) versa que primeiramente a proatividade da Suprema Corte Norte Americana foi palco para a pauta dos setores conservadores mais reacionários, conforme o caso "Dred Scott v. Sanford, 1857" que amparou a segregação racial. Assim como para os casos de cassação de legislações sociais na chama "Era Lochner, 1905-1937", que culminou no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, no caso "West Coast v. Parrish, 1937" que alterou a jurisprudência contrária ao intervencionismo estatal.

Santos (2018, p. 252-253) traz a "Era Lochner" como a primeira fase do ativismo judicial, reforçando a concepção do ativismo judicial conservador, em que ainda que judicialmente ativista e proativa a ação do Juiz, ou aqui da Suprema Corte Norte Americana, era politicamente conservadora, principalmente no campo das liberdades individuais.

A segunda fase do Ativismo Judicial teve início sob a presidência, da Suprema Corte, de Warren, foi de 1953 a 1969, e progrediu até 1973 sob a corte Burger (BARROSO, 2012, p. 4), momento que houve a inversão do antes proposto na "Era Lochner", de modo que os casos de ativismo tiveram apelo social e demonstrando que essa conduta proativa liberal alterou a estrutura funcional Estatal Norte Americana (SANTOS, 2018, p. 255).

Mesmo tendo produzido uma jurisprudência considerada progressista, principalmente em relação as matérias de direitos fundamentais envolvendo

negros, réus em processos criminais, e mulheres, assim como em relação a direito à privacidade e interrupção de gestação, casos “Griswold v. Connecticut, 1965” e “Roe v. Wade, 1973” respectivamente, a doutrina sobre o tema não é pacífica (BARROSO, 2012, p. 4).

A uma diferenciação entre a “Era Warren” e a “Era Burger”, segundo a qual enquanto a “Corte Warren” trazia o Juiz Constitucional como aquele que interpretava a norma infraconstitucional ao limite dos termos da constituição, a “Corte Burger” tinha o juiz como substituto do Legislador, por suas decisões serem substanciais, eivadas de repercussões sociais (SANTOS, 2018, p.257).

Ainda que mais comum em países com sistemas do common law, o caminho proativo na tomada de decisões tem ganhado relevância em diversos países em função da evolução de programas Estatais Sociais, e do Welfare State (SANTOS, 2018, p. 258).

O crescimento no intervencionismo Estatal e a propagação da agenda progressiva do Estado de Bem-estar Social gerou um aumento na atividade judicial e serviu de base para a chamada terceira fase do Ativismo Judicial.

Esse período encontra-se associado ao “judicial review”, considerado assim o exercício judicial de invalidar normas proferidas pelo executivo e legislativo com base na Constituição, e a reestruturação organizacional da Jurisdição e do papel do Judiciário, principalmente quando consideramos o papel do Estado Ativo já citado (SANTOS, 2018, p. 260).

Ao passo que a expansão da atividade jurisdicional constitucional se avoluma, amparando-se sobre seus fundamentos e princípios, até mesmo as decisões com cunho político respaldam-se na sociedade, o titular da jurisdição vem a desempenhar um papel de guardião dos direitos agasalhados pela Constituição, incidindo cada vez mais na seara política, principalmente quando um direito fundamental não puder ser exercido por omissão do legislador infraconstitucional (NELSON; MEDEIRO, 2015, p. 159)

Assim, o Judiciário percebe-se cada vez mais provocado a participar da discussão pública, uma vez que toma para si o papel de fomentador dessas mesmas discussões visando suprir omissões institucionais e atender ao apelo popular, retirando assim os pleitos e apelos do povo, em um protagonismo cada vez mais representativo, centrado no social e democrático.

4.2 ATIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÂNEO

Ao versar de forma ampla acerca da conceituação de Ativismo, a doutrina demonstra que o adjetivo de ativista é dado ao Juiz que exerce certa discricionariedade ao interpretar a constituição, agindo de forma expansiva quando da hermenêutica constitucional.

Contudo percebe-se que essa atividade não foge do agasalho da própria Carta Magna, pois em seu art. 5º, inciso XXXV, vislumbra-se o dever do judiciário de agir quando provocado, não podendo se esquivar do seu dever legal de julgar, quanto posto à sua frente uma afronta a direitos.

Nelson e Medeiros (2015, p. 165), visando afastar o conceito depreciativo da expressão, versam que o ativismo judicial não confronta, na maioria das vezes, os outros poderes, mas meramente ocupa espaços antes vazios, participando assim na materialização dos valores constitucionais ainda que em espaços considerados de abrangência dos outros Poderes.

Assim ao agir dentro dos limites da constituição e em razão do seu dever legal, o Julgador exercendo seu papel de uma forma ativista expande a comunicabilidade entre o judiciário e a sociedade, sedimentando a via de mão dupla de contato entre ambos em que o segundo deposita sua fé e confiança na figura do Juiz para que reconheça seus anseios e os de provimento, cocriando o direito ao caso concreto e efetivando a comunicabilidade entre o direito e a sociedade.

A postura positiva e ativa do juiz é assim uma atuação viável e necessária para concretizar os princípios constitucionais baluartes da hermenêutica atual, que tem foco e escopo principalmente com os fins de concretização e realização dos direitos fundamentais de 2ª geração.

O ativismo judicial e a sua conceituação são dinâmicos e diversos, sendo moldados pelas diferentes condições e variáveis, em que se inserem, pelos diversos contextos dinâmicos, que flutuam de necessárias e suficientes, passando pelos de natureza institucional, política, social e jurídico-cultural, compondo o resultado que alinha com os conceitos de Democracia e neoconstitucionalismo (CAMPOS, 2014, p. 98).

A multidimensionalidade das decisões ativistas é demonstrada pela complexidade do tema, especialmente na forma em que se manifestam as decisões exaradas, que comumente apresentam diversas facetas e impede uma análise meramente quantitativa e genérica (CAMPOS, 2014, p. 99).

Nessa senda da multiplicidade de facetas apresentadas pelo Juiz Ativista, as principais e mais notáveis seriam: interpretação da constituição, na qual os juízes ativistas não se vislumbram acorrentados à literalidade da constituição, assumindo o papel de manter a constituição e a sua hermenêutica compatível com a realidade social do momento, muitas vezes fugindo da literalidade. Enquanto criando o direito, estes realizam o preenchimento das lacunas jurídicas provocadas pelas omissões dos responsáveis pela criação legislativa, exercendo papel "complementar, corretivo ou mesmo substitutivo" (CAMPOS, 2014, p. 99-100).

No que concerne à terceira faceta trazida pelo autor, percebe-se a necessidade de deferência das cortes frente aos demais poderes, isso é a compreensão e o respeito às limitações práticas dos demais poderes, no momento de expedição de ordens, de modo que sejam sustentáveis prática e teoricamente.

Em referência a dimensão de afirmação de direitos fundamentais, Alexandre Campos traz que a positivação e judicialização dos direitos

humanos frente às cortes constitucionais possuem um sentido “inevitavelmente político”, trazendo um caráter aos conflitos que os envolvem não apenas questões jurídicas mas também morais, abrindo espaço para o exercício de acentuadas discussões morais e políticas de acordo com a melhor interpretação constitucional, e ao citar Robert Dow expõe o caráter filosófico que imbuí essa atividade uma vez que os juízes “forçam-nos a viver de acordo com nossos próprios valores, mesmo quando preferimos não fazer” (CAMPOS, 2014, p. 102).

No que concerne ao ativismo praticado pelo Supremo Tribunal Federal, este pode subdividir-se em 4 dimensões principais, quais sejam Interpretativa, Processual, Estrutural, e de Direitos.

Na qualidade da dimensão metodológica o ativismo se assanha sobre a interpretação e aplicação da norma constitucional, dilatando ou enxugando posições e interpretações literais e imediatistas, desvencilhando-se, a corte, da “aplicação passiva” da norma, lançando-se na criação da ordem jurídica (CAMPOS, 2014, p. 163).

A interpretação por si só já reúne em seu cerne a discricionariedade e criatividade, principalmente quando se debruça sobre temas abrangentes como princípios constitucionais e direitos sociais (SANTOS, 2018, p. 270).

Assim, a decisão não se mostra mera escolha pessoal do Juiz ou dos membros da corte, mas sim motivada e fundamentada numa compreensão do sistema jurídico constitucional ancorado em fatos (ALARCÓN, 2017, p. 110).

Já a dimensão estrutural do ativismo da Suprema Corte brasileira é vista como o respeito, ou a falta dele, em relação às posições previamente tomadas pelos poderes executivo e legislativo, de modo a agirem criativamente ou literalmente quando da interpretação de preceitos constitucionais, impedindo o avanço legislativo de determinados temas.

Dessarte, o Ativismo de Direitos se mostra como o mais presente e com maiores efeitos, as abordagens da Corte Constitucional têm demonstrado

que tanto as tutelas de defesa, como as prestacionais, tem avançado quando levadas ao bojo do STF, que vem abandonando a compreensão literal dos preceitos constitucionais (CAMPOS, 2014 p. 187), fazendo assim com que se concretizem os direitos fundamentais prestacionais, pela ampla participação dos entes ligados no processo, por meio da cidadania ativa.

5 O ATIVISMO NO STF E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

A inércia dos poderes Executivo e Legislativo frente às mudanças sociais atuais e constantes, geraram um aumento de demandas levadas ao poder remanescente, o Judiciário.

Tais litígios buscam no Judiciário a concretização de direitos fundamentais dispostos na própria constituição, principalmente os direitos sociais que comumente carecem de uma contraprestação estatal para que sejam efetivados.

O Brasil ainda que entre as maiores economias mundiais, e com uma Carta Magna extremamente detalhista e protecionista expõe parte considerável de sua população a um atendimento à saúde precário, uma assistência social inócua e com condições de habitações degradantes (GRANJA, 2014, p. 21).

Segundo dados publicados por Velasco (2020), no site G1 em 2020, quase 100 milhões de brasileiros não possuíam sistema de saneamento básico e utilizavam medidas alternativas para tratamento de dejetos, e 16% da população não possuía acesso à água tratada.

Desse modo, como pode o Estado, e mais precisamente o judiciário se abster de agir proativamente quando o básico para uma vida digna é negado a boa parte da população brasileira?

Enquanto os direitos socioeconômicos não forem efetivados pelos “poderes ditos legitimados”, cabe ao remanescente intervir, de modo a

determinar as prestações estatais materializando as normas constitucionais, não permitindo o arrepio dos direitos fundamentais pela formalidade excessiva (SILVA; WEIBLEN, 2007, p. 52).

Assim, não se pode olvidar que o próprio STF já se manifestou acerca do tema inúmeras vezes. Na ADPF n. 45, o ministro Celso de Mello ao julgar a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental justamente sobre o tema da legitimidade constitucional do controle e intervenção do Judiciário em implementação de políticas públicas de direitos de segunda geração, versou que é evidente e expressiva a dimensão política da jurisdição Constitucional atribuída ao STF.

Portanto o judiciário não pode abster-se de tornar efetivo os direitos de segunda geração, “direitos econômicos, sociais e culturais”, sob pena de “comprometer de modo inaceitável a ordem constitucional”, obviamente não olvidando-se do “encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais”, considerando que o elemento “binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado)” deve mostrar-se presente e “em situação de cumulativa ocorrência”, pois, “ausentes quaisquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos”(BRASIL, 2004).

Ao passo que não possua a atribuição de implementar e formular políticas públicas, o judiciário poderá atribuir-se tais papéis quando em descumprimento dos encargos “políticos-Jurídicos” os outros poderes não o fizeram e dessa omissão gerar comprometimento da eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos previstos na própria carta Magna, sejam eles expressos ou implícitos (BRASIL, 2004).

Em 2008, na posse de Gilmar Mendes como presidente da Corte, o ministro Celso de Mello (DIREITO DO ESTADO, 2008) reforçou a sua posição em relação ao tema e em defesa de eventual atitude ativista da corte versou que

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

O STF, por força de suas decisões, exige do Estado o cumprimento de obrigações positivas, “inclusive do dever de legislar”, promovendo a realização de condutas positivas, “corrigindo ou mesmo substituindo essas condutas” nos âmbitos da proteção aos direitos fundamentais e na formulação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos dirigidos a assegurar a validade concreta dos direitos sociais e econômicos e saúde e educação (CAMPOS, 2014, p. 191).

Ainda que a maioria das demandas relacionadas à proteção dos direitos de segunda geração concentra-se nas instâncias de entrância, o STF também tem desempenhado certo papel no avanço desses direitos sociais.

Em consequência da ordem constitucional de 1988 ter sido fundada nos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana, e adotado a diretrizes como a “busca da igualdade de oportunidades e possibilidade de humanização das relações sociais”, impõe-se ao Estado, sejam por medidas próprias ou por intermédio de decisões judiciais a adoção de políticas públicas para que promovam a “redução das desigualdades e inclusão social de todas aquelas pessoas que experimentam desvantagens de ordem econômica, física, mental, cultural, etc [...]” (CAMPOS, 2014, p. 191).

Dessa forma, o Supremo encontra-se sempre legitimado a atuar valendo-se dos princípios e direitos constitucionais quando a omissão institucional colocar em risco tais objetivos, principalmente quando as

transgressões a tais preceitos se derem por mera conveniência e omissão dos Poderes de Estado. Sendo apto a “superar os vazios de institucionalização desses direitos” (CAMPOS, 2014, p. 191).

Nessa senda, percebe-se que o STF vem, através de seu exercício constitucional, confirmando as decisões de instâncias inferiores em casos como os que obrigaram municípios a disponibilizarem vagas em ensino fundamental e educação infantil para as crianças carentes em escolas e creches (BRASIL, 2009).

Assim como a proverem professores diante de situações reais de carência de material humano, conforme voto do relator Min. Ricardo Lewandowski, (BRASIL, 2009).

Ao proferir o seu voto em sede de Agravo Regimental em Recurso Ext. n. 639337 o Rel. Min. Celso de Mello com primazia defende que o Direito à educação, prerrogativa fundamental, e direito garantido a todos, “qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos” e o qual “impõe ao poder público, a satisfação de um dever de prestação positiva”, e seguiu versando que não pode a corte omitir-se do encargo que efetivar os direitos socioeconômicos e culturais por imbuir-se da responsabilidade a si imposta pela dimensão política da jurisdição constitucional, sob pena de comprometimento da integridade e eficácia da própria Constituição (BRASIL, 2011).

Assim, os direitos protegidos pelo artigo 208, incisos I e IV, da Constituição de 1988, os direitos tutelados e não poderiam ser submetidos a “discricionariedades e pragmatismos” da Administração Pública (CAMPOS, 2014, p. 191).

No contexto do direito social à saúde o ativismo judicial tem dado largos passos, as decisões que garantem o fornecimento de medicamentos gratuito de medicamentos, podendo ser importados, assim como as que garantiram tratamento médicos urgentes não previstos previamente na Política Nacional de Medicamentos, através da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, geraram uma necessidade do Executivo de usar

de verbas muitas vezes não totalmente disponíveis nos cofres públicos (BARROSO, 2008, p.13-15).

Desta maneira o papel do Supremo defendendo o direito ao mínimo existencial deu ênfase e legitimou as demandas e respostas judiciais ativistas quando postos em voga o direito subjetivo à obtenção gratuita de medicamentos relativizando a ordem orçamentária e o organizacional em face do direito à vida e dignidade (CAMPOS, 2014, p. 191).

Decisões proferidas conforme o Agravo de Regimento em RE 393.175-0, em que o relator, o ministro Celso de Mello, ao versar sobre a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes portadores de doenças como esquizofrenia paranoide e doença maniaco-depressiva crônica, enfatizou que em contextos que se vislumbra embate entre o direito inviolável à vida e a saúde previsto pela própria carta magna, e um interesse financeiro, impõe-se ao julgador a única opção de privilegiar o primeiro, sob pena de transformar o direito positivado em mera promessa constitucional, fraudando e frustrando as expectativas da sociedade depositadas nos Poderes e no Estado. Assim compele-se ao Poder Público um dever positivo que somente se dará como cumprido quando houver a satisfação efetiva do determinado pela ordem constitucional (BRASIL, 2007).

No mesmo sentido, o reconhecimento pelo STF da obrigatoriedade da distribuição de medicação gratuita a portadores de HIV/AIDS foi fundamental não apenas por garantir a efetividade dos preceitos fundamentais da Carta Magna como para motivar o Poder Público a promover políticas de saúde pública destinada a esse público, que até então era deixado às margens da sociedade, sendo privados de sua dignidade e humanidade (BRASIL, 2000).

Tendo em vista a constante discussão acerca do sopesamento entre Necessidade-Possibilidade, o pleno do STF ao julgar o pedido de Suspensão de tutela Antecipada (STA 175 AgR/CE – CEARÁ), tentou delinear critérios para ordenar futuras decisões, de modo que é necessária a consideração acerca de 2 pontos.

Quanto ao primeiro: a existência, ou não, de política estatal que abarque a prestação pleiteada, em caso negativa vislumbrar-se-á: omissão (legislativa ou administrativa; decisão administrativa de não fornecimento; vedação legal de não dispensação. Assim, não se pode fornecer fármaco que não conste nos registros da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Já em relação ao segundo ponto: a existência de motivação para o não fornecimento da ação pelo SUS, nesse caso 2 opções se mostram: o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia (BRASIL, 2010).

Por fim, o Rel. Min. Gilmar Mendes versa que nenhuma decisão serve como **vinculante** jurisprudencial, devendo cada caso ser analisado de forma concreta, de modo que é necessária ampla instrução processual que de lastro aos pedidos, visando a possibilidade de o julgador examinar a ordem concreta e conciliar a “dimensão Subjetiva” e a Objetiva do direito à saúde (BRASIL, 2010).

Assim percebe-se que as decisões ativistas quando analisadas no contexto unicamente da micro justiça representam apenas uma resposta paliativa ao indivíduo, não resolvendo o problema da coletividade, uma vez que sem poder negar a jurisdição, o Judiciário passa a atender pleitos individuais em demandas por concretização de direitos sociais, aforando a hipertrofia e o indesejável protagonismo dos tribunais em matéria de política (CIPRIANI; CRISTÓVAM, 2017, p. 174).

A progressividade em que se avolumam nas Cortes Constitucionais, principalmente dos países em desenvolvimento, litígios acerca dos direitos fundamentais, tem levado juristas e doutrinadores a se debruçar cada vez sobre como dar maior efetividade às decisões.

Observa-se pelos vários fatos trazidos, que o Estado é omissivo, ou ao menos incompetente, na proteção e efetivação de direitos fundamentais prestacionais, sendo sua atuação insuficiente para com a realização

dos direitos. Desse fato surge a processualização de interesses sociais e coletivos, que frente a essa inaptidão Estatal, vem exigindo do Poder remanescente, judiciário, uma posição de centralidade nos debates públicos de temas relevantes ao social.

6 ATIVISMO DIALÓGICO

Enquanto as decisões apregoadas pelo judiciário brasileiro têm se mostrado na linha de uma hermenêutica concretizadora de casos individuais, algumas cortes constitucionais estrangeiras vêm seguindo caminhos diferentes, mas não menos ativistas.

A produção de Garavito demonstra como as cortes constitucionais de países em desenvolvimento tem se posicionado quando tutelando direitos fundamentais sociais, principalmente as decisões proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC), em diversas decisões estruturais declarando o Estado de Coisas Constitucionais (ECI), como a decisão T-535/99, SU- 090/00, T-068/98, acerca da obrigação do Estado de contratar pessoal suficiente para preencher os cargos de oficiais públicos para garantir a funcionalidade do sistema de segurança; T-153/98 acerca da superlotação prisional; T-590/98 sobre a falta de proteção dos defensores dos direitos humanos; e a T-760/08 sobre as falhas sistemáticas do sistema de saúde pública (GARAVITO, 2011, p. 1670).

Os casos estruturais apregoados por Garavito (2011, p. 1671) baseiam-se nos litígios em que: parcela considerável da população alega violação de direitos nos mesmos moldes individualmente ou coletivamente; envolve o Estado, como responsável, direta ou indiretamente, pela afronta aos direitos; e carece de remédios judiciais e ordens que coordenem a proteção da população afetada e não apenas os litigantes.

Henriques (2017, p. 369), ao versar sobre as teorias do diálogo e os direitos socioeconômicos, analisando as decisões proferidas pela CCC

e a carga de ativismo estrutural que tais decisões carregam com base na produção de Garavito, revela como o ativismo judicial tem avançado progressivamente, de modo que a CCC assume para si papel mediador para discutir a violação dos direitos de 2ª Geração enraizadas na privação ao básico para uma vida digna, quando julgando casos estruturais.

O papel de Garavito na apresentação da teoria do ativismo dialógico trouxe uma metodologia de "investigação qualitativa" que permite, através de 3 elementos principais a conceituação como uma decisão dialógica, sendo eles "i) afirmação de direitos no conteúdo substantivo da sentença (efeitos materiais); ii) remédios (forte- decisões monológicas de ordens práticas, e moderados- metas), e iii) monitoramento." (HENRIQUES, 2017, p. 370)

Garavito (2011, p. 1676), versa também sobre os diferentes impactos que as decisões judiciais apresentam após serem proferidas, que impactam na verdadeira efetividade que os mandamentos dispostos nela tem no mundo material.

Conforme o autor, a concretizados das decisões pelo Poder Público dependem do tipo de ordem dada e do acompanhamento exercido pela Corte após o proferimento da decisão, alegando ainda que as decisões proferidas com base no ativismo dialógico encontram maior efetividade por se basearem em dois pontos: decisões dialógicas propõe metas e caminhos de implementação claros através de prazos e de informes acerca do progresso, enquanto deixam as agências e órgãos do governo no comando da tomada de decisões e implementação de detalhes para consecução das metas propostas; e, a abordagem dialógica da proteção aos direitos de 2ª geração permitem uma maior participação da população, dos órgãos públicos e dos demais Poderes, assim como de entidades não governamentais, que possibilitam uma maior participação no desenvolvimento nas discussões nos mecanismos de implementação e monitoramento.

Nesse sentido, desenha-se uma linha que agrega maior efetividade do ativismo dialógico, por meio da afirmação da judicialização do direito

em voga; a transferência da política de decisão para os Poderes eleitos, enquanto define bases e metas para mensuração do progresso, e aplicação, através de métodos democráticos tais como audiências públicas e informes constantes, de uma política de monitoramento das decisões pela própria corte (GARAVITO, 2011, 1.692 e 1.695).

Assim, vislumbra-se uma ruptura da percepção de ilegitimidade da Corte para tratar da proteção de direitos socioeconômicos que carecem de uma prestação ativa do Estado, permitindo a delimitação de metas e planos, mas abrindo espaço para o diálogo entre sociedade civil, Executivo, Legislativo e Judiciário, possibilitando uma busca comum e participativa na solução e efetivação de direitos fundamentais a curto, médio e longo prazo (HENRIQUES, 2017, 374-375).

Dessa forma, o ativismo dialógico delimita um caminho possível para o desenvolvimento das funções estatais do Judiciário, que focado na comunicação com as instituições, demais poderes, entes governamentais e não governamentais, assim como a sociedade civil, busca medidas que materializem os direitos sociais previstos na Carta Magna, utilizando-se de formas de monitoramentos para garantir que as decisões sejam cumpridas no curto, médio e longo prazo, com mudanças efetivas no cerne social dos direitos, da política e por consequência da sociedade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, percebe-se que ainda que pautada na separação de poderes de Montesquieu, a estrutura organizacional do Estado Brasileiro se transmutou e rompeu com as clássicas formulações de separação rígida, abraçando a divisão de poderes, com base no sistema de contrapesos, comum na cultura norte americana, tal transformação alterou o papel dos Poderes do Estado, principalmente do Judiciário, de tal maneira que frente aos apelos populacionais, se viu no dever de agir de forma expansiva no

exercício de sua função jurisdicional, buscando uma efetiva concretização dos preceitos constitucionais, principalmente no quesito de direitos fundamentais.

Como efeito de tal transmutação, o Estado torna-se Ativo-Responsivo relegando os padrões impostos pelo Estado Liberal, cambiando a posição do Judiciário, alterando a própria função do Juiz no processo e fora dele, incentivando-os a cocriar o direito, junto aos entes legitimamente eleitos, agindo pelo afã da participação dos agentes sociais e políticos, democratizando o Direito tendo o Juiz como interlocutor da comunicação entre Sociedade e Direito, politizando o processo e rompendo a divisão entre o Direito e Política presente no Estado Reativo.

É nesse contexto de Estado Ativo-Responsivo que os indivíduos ansiosos pela garantia de seus direitos previstos na Carta Magna, e pela evolução de suas pautas sociais, que o Processo, e o Juiz, manifestam o poder imbuídos a si pela Sociedade, de modo que o aquele se tornou campo hábil para a discussão e criação do direito.

Nesses termos, é por meio desta discussão efetuada no campo da Jurisdição, que os Direitos Fundamentais Sociais ganharam volume e espaço no cotidiano do Judiciário, visto que o Estado se encontra vinculado às execuções das medidas cabíveis para assegurar a satisfação de direitos sociais através de prestações positivas.

Assim o Ativismo Judicial se mostra meio adequado para concretização dos direitos sociais, quando os legitimados por omissões ou incompetências são incapazes de prestar as medidas positivas devidas aos cidadãos, que se formaliza pelas decisões judiciais com uma hermenêutica expansiva e proativa na interpretação da Constituição.

De tal modo, a vasta gama de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstra esse cuidado aos direitos de 2ª Geração, principalmente as relativas à educação básica e saúde, agindo de forma contínua e reiterada condenando os Entes da Federação, em concorrência

em matéria de saúde, a fornecer e custear medicamentos, tratamentos, e até mesmo a promulgação de políticas públicas. Nesse sentido a corte vem baseando suas decisões de forma democrática abrindo suas portas, quando nos julgamentos de temas de ampla recorrência, promovendo audiências públicas, consultando órgãos estatais e não governamentais, de modo a efetivar um verdadeiro diálogo entre a corte e a sociedade civil, mas ainda decidindo sempre ao caso concreto e não gerando vinculantes aos casos futuros, decidindo ao caso concreto.

Nesse sentido o Ativismo Dialógico vem como ferramenta para fomentar a alteração nas concepções de ativismo processual e nos efeitos modulares que decorrem das decisões proferidas pela Suprema Corte, desenhando uma linha que busca uma maior efetividade dessas decisões em longo prazo, propondo metas de implementação aos demais Poderes, contando com uma ampla participação social, através de audiências públicas com entes governamentais, não governamentais, e da sociedade civil, usando o diálogo entre todos os envolvidos direta e indiretamente, gerando uma abordagem multilateral para a designação, implementação e monitoramento das medidas impostas, visando a concretização dos direitos e preceitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial? *In*: DE PRETTO, R. S.; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. (org.). **Interpretação Constitucional no Brasil Escola paulista de magistratura**. São Paulo: Ed. Páginas e Letras, 2017. p. 85-118. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=101908>. Acesso em: 3 ago. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

AMARAL, Antônio José Mattos do; CAPELAR, Rogério Sato. **A função social do direito e o desafio do judiciário na efetivação dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana**: em busca do pleno desenvolvimento do ser. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=213>. Acesso em: 3 jun. 2021

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (org.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: <https://bd.t-jmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2021.

BARROSO, Luís, Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF-MC/DF N. 45. Viabilidade Instrumental da Arguição de Descumprimento no Processo de Concretização das Liberdades Positivas (Direitos Constitucionais de Segunda Geração). Arguintes: Partido Social Democracia Brasileira-PSDB. Arguidos: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 4 maio 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Rg. no AI 592.075/SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 19 maio de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 5 jun. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595592>. Acesso em 25 ago. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 Agr / SP- São Paulo. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 ago. de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 15 set. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271286 AgR. Agravante: Município de Porto Alegre. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 nov. 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393175 AgR. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2 fev. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 25 de ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR / CE - CEARÁ. Agravante: União. Relator: Min. Gilmar Mendes (presidente). Brasília, DF, 17 de março de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 abr. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BREYNER, Frederico Menezes. Tutela jurisdicional dos direitos prestacionais: Mecanismos processuais e eficiência administrativa. **Ciência jurídica**, Belo Horizonte, v. 22, n. 139, p. 125-144, jan./fev. 2008. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2011/03/Artigo-Direitos-Prestacionais-Site.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/n8ex8>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.** **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 54, p. 28, jan. 2006. Disponível em: <http://clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/A-efic%C3%83%C2%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2020

COURA, Alexandre Castro; DE PAULA, Quenya Correa. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 116, 2018. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/511>. Acesso em: 1 jun. 2021.

DIREITO DO ESTADO. **Ministro Celso de Mello defende ativismo judicial do STF.** 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/ministro-celso-de-mello-defende-ativismo-judicial-do-stf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

DUARTE, Hugo Garcez; Leite, Alessandro da Silva. **Uma Visão Histórica da Teoria da Separação dos Poderes no Brasil.** 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/uma-visao-historica-da-teoria-da-separacao-dos-poderes-no-brasil/>. Acesso em: 22 fev. 2021.

GARAVITO, César Rodriguez. **Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America.** 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em 14 ago. 2021.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar Direitos Fundamentais Sociais.** 2014. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03463_03490.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021

HENRIQUES, Maria Isabel Romero Rodrigues. As Cortes, os direitos socioeconômicos e teorias do diálogo: um desenvolvimento possível. *In*: DE PRETTO, R. S.; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. (org.). **Interpretação Constitucional no Brasil Escola paulista de magistratura**. São Paulo. 2017. Ed. Páginas e Letras. p. 367-375. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=101908>. Acesso em: 14 ago. 2021.

LIMA, Wedner Costodio; LIMA, Wiliam Costodio. **Judicialização da política e ativismo judicial**: O limite da interpretação da Constituição e a relação entre Direito e Política na Jurisdição Constitucional. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14650/3075>. Acesso em: 9 jun. 2021.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2005. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php> Acesso em: 25 ago. 2021

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [s. l.], n. 27, p. 146-171, jun. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rfduerj/article/view/12339/12541>. Acesso em: 16 ago. 2021.

RIBEIRO, Sirelene Elias. **Separação de poderes e ativismo judicial**: Legislação Simbólica e os direitos fundamentais. Nome da revista, Curitiba, v. 2, n. 29, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340948075_SEPARACAO_DE_PODERES_E_ATIVISMO_JUDICIAL_LEGISLACAO_SIMBOLICA_E_OS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS. Acesso em: 27 mar. 2021.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo)**: o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito. Tomo I. 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7058>. Acesso em: 27 mar. 2021

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6793>. Acesso em: 25 ago. 2021.

VELASCO, Clara. **Raio X do saneamento no Brasil: 16% não têm água tratada e 47% não têm acesso à rede de esgoto**. [s. l.]. 24 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/24/raio-x-do-saneamento-no-brasil-16percent-nao-tem-agua-tratada-e-47percent-nao-tem-acesso-a-rede-de-esgoto.ghtml>. Acesso em: 25 jul. 2021.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, p. 407-440, jul-dez, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdg-v/a/QBYtQGn7fb3PHQP3jbpPmZM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 ago. 2021

COLONIALISMO, COLONIALIDADE E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Carola Cristofolini ¹

Thaís Janaina Wenczenovicz ²

RESUMO

Traçar elementos acerca da trajetória histórica e sócio-jurídica da violência contra a mulher a partir da leitura de autores que compõem as Epistemologias do Sul. Inicia-se o artigo com a exposição do processo de colonialismo e de colonialidade e das origens de dominação e poder a partir da raça e do gênero como instrumentos de classificação social dos povos. Na sequência, é abordada a violência contra a mulher em diferentes contextos apresentando-se dados estatísticos da atualidade como forma de mostrar o fenômeno da violência contra grupos subalternizados compostos por mulheres. O processo de produção foi por meio de pesquisa bibliográfica. A partir do resultado apresentado, constata-se que as Epistemologias do Sul fornecem ferramentas conceituais que possibilitam a compreensão das origens da violência contra a mulher no decorrer do colonialismo e da colonialidade, processo que reflete nos dias atuais.

Palavras-chave: Colonialismo. Colonialidade. Epistemologias do Sul. Violência contra a mulher.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus de Chapecó/SC; Especialista em Marketing e em Sistema de Justiça: Conciliação, Mediação e Justiça Restaurativa; Psicóloga da Polícia Civil de Santa Catarina; Jornalista; Psicóloga; carolacristofolini@gmail.com

² Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS; Professora Titular no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unoesc; Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná (Unioeste); Professora no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas/Universidade Federal da Fronteira Su; Avaliadora do INEP – BNI ENADE/MEC; Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) – UNESCO; Líder da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos: perspectivas decoloniais/PPGD Unoesc; Membro da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos no Rio Grande do Sul; Membro do Conselho Estadual dos Povos Indígenas (CEPI/Rio Grande do Sul); Membro sócia-titular da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC); t.wencze@terra.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a temática da violência contra a mulher a partir de uma leitura de autores que compõem as Epistemologias do Sul, passando pelo processo histórico do colonialismo e da posterior colonialidade, os quais colaboraram socialmente para a construção da subalternização de grupos, dentre eles, àqueles constituídos por mulheres. Para traçar essa trajetória, faz-se essencial abordar o contexto histórico vivenciado pela mulher desde o período do colonialismo promotor da colonialidade classista e racista, aspectos que se propagaram disfarçadamente para os dias atuais e refletem na vida das mulheres.

Nesta direção, o poder de dominação existente entre homens e mulheres se desenvolveu e acarretou em desigualdades entre os gêneros. Em vários campos as mulheres estão subalternizadas como no ambiente doméstico, no mercado de trabalho, na política, na economia, na educação, dentre outros setores. Ante o exposto, observa-se que a mulher vivencia desigualdades em um sistema patriarcal gerador de múltiplas violências, haja visto alguns documentos legais instituídos³ e válidos na atualidade para combater tal violação.

O objetivo do presente trabalho é traçar elementos acerca da trajetória histórica e sócio-jurídica da violência contra a mulher a partir da leitura de autores que compõem as Epistemologias do Sul. Inicia-se o artigo com a exposição do processo de colonialismo e de colonialidade e das origens de dominação e poder a partir da raça e do gênero como instrumentos de classificação social dos povos. Na sequência, é abordada a violência contra a mulher em diferentes contextos apresentando-se dados estatísticos da

³ Alguns desses documentos legais são: a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006); a Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015, que altera o art. 121 do Decreto-Lei n. 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 n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (BRASIL, 2015).

atualidade como forma de mostrar o fenômeno da violência contra grupos subalternizados compostos por mulheres. O processo de produção foi por meio de pesquisa bibliográfica.

No que tange aos procedimentos metodológicos, este estudo é de ordem descritiva, sendo que a análise apresenta uma natureza qualitativa. A técnica de pesquisa utilizada foi a análise bibliográfica de algumas produções de autores das Epistemologias do Sul que pareceram melhor se articular com o tema da violência contra a mulher. A análise dos dados, por sua vez, seguiu um processo indutivo.

2 COLONIALISMO E COLONIALIDADE: REFLEXÕES PONTUAIS

Historicamente a mulher sofre ações de violência estrutural e simbólica, resultado do processo do colonialismo ancorado no eurocentrismo, tecnicismo e racionalismo universalista surgido na Europa e diversos continentes. Uma das bases desse tipo de pensamento e poder é a classificação social da população do mundo conforme a raça, uma construção da mente humana projetada na dominação colonial, permeando "as dimensões mais importantes do poder mundial" (QUIJANO, 2005, p. 117). É possível que as raízes sejam fenotípicas, como sexo e cor da pele, evidenciando que desde muito cedo o critério raça foi utilizado para diferenciar estruturas biológicas entre conquistadores e conquistados, servindo de classificação da sociedade entre pobres e ricos, por exemplo (QUIJANO, 2005, p. 117).

Por meio das categorias eurocêntricas (economia, Estado, sociedade civil, mercado, classes, etc.), a partir da perspectiva, ponto de vista e experiência da Europa, foram pensados e organizados o tempo e o espaço de todos os seres humanos, elevando-se as particularidades culturais e históricas europeias ao patamar de "padrão de referência superior e

universal"; tais construções constituíram parâmetros para analisar todas as realidades e também significaram "proposições normativas que definem o dever ser para todos os povos do planeta". Isto é, as diversas maneiras de ser, de conhecer, de organizar a sociedade, foram transformadas "não só em diferentes, mas em carentes, arcaicas, primitivas, tradicionais, pré-modernas", situadas "num momento anterior do desenvolvimento histórico da humanidade, o que, no imaginário do progresso, enfatiza sua inferioridade" (CARONIL, 2005, p. 13).

No entanto, esse instrumento de dominação perdura por séculos, mesmo que disfarçadamente, evidenciando seu caráter forte e duradouro. Foi tal artifício que impactou na dominação de gênero, sendo que os povos dominados foram colocados em uma situação de inferioridade, bem como seus traços fenotípicos, seus saberes intelectuais e culturais (QUIJANO, 2005, p. 118). O poder sob o gênero é retratado também por Butler (2018, p. 14), cujos estudos apontam, inclusive, para os diferentes feminismos que devem ser contemplados no mundo, não apenas uma categoria como, por exemplo, a mulher branca. "Não basta inquirir como as mulheres podem se fazer representar mais plenamente na linguagem e na política. A crítica feminista também deve compreender como a categoria das "mulheres", o sujeito do feminismo, é produzida e reprimida", segundo a autora, "pelas mesmas estruturas de poder por intermédio das quais se busca a emancipação".

Essas identidades históricas impactaram nas formas de controle de trabalho durante todo o período colonial. Controlar uma forma de trabalho específico, significava controlar o grupo que dela fazia parte. À exemplo, o controle dos negros a partir do trabalho escravo; o controle da mulher branca, a partir de sua atribuição única e exclusiva de dona de casa; o controle da mulher negra, como trabalhadora empregada da mulher branca ou como ama de leite. Nesta direção Quijano (2005, p. 119) aponta "uma nova tecnologia de dominação/exploração, neste caso raça/trabalho" que

se articulou de maneira “naturalmente associada”, o que tem sido bem-sucedido até os dias atuais.

Ainda em relação às questões de gênero, Butler (2018, p. 14) coloca que se tornou impossível separar gênero dos atravessamentos políticos e culturais em que essa categoria é produzida e mantida. Se alguém “é” uma mulher, não é tudo o que esse alguém é. “O termo não logra ser exaustivo, não porque os traços predefinidos de gênero da “pessoa” transcendam a parafernália específica de seu gênero, mas porque o gênero nem sempre se constituiu de maneira coerente ou consistente nos diferentes contextos históricos”. A autora segue apontando que o gênero “estabelece interseções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas”, de modo inadequado, sem ouvir a perspectiva de quem pertence a essas classes.

O “sistema-mundo” europeu não se limitou ao controle do trabalho, mas também das subjetividades, da cultura, dos conhecimentos existentes e da produção de novas formas de pensar e existir. Ou ainda, os conquistados foram forçados a reproduzir o que os dominadores lhes impunham (QUIJANO, 2005, p. 121). Um golpe nas subjetividades. A mulher que vive com um parceiro ou uma parceira, independente do formato da relação estabelecida, muitas vezes é proibida de estudar ou de trabalhar, pois pela sociedade machista construída historicamente ainda, na percepção de muitas pessoas, a atuação delas deve ser limitada ao cenário doméstico.

Com efeito, a modernidade ocidental se sustentou em um “pensamento abissal”, dividindo a realidade social em dois mundos: o “deste lado da linha”, isto é, sociedades metropolitanas (colonizadoras), Direito (legal ou ilegal, consoante o arcabouço jurídico oficial do Estado ou internacional) e conhecimento científico; e o “do outro lado da linha”, ou seja, territórios coloniais, “conhecimentos populares, leigos, plebeus, camponeses ou indígenas” (que são eliminados como “conhecimentos relevantes ou comensuráveis por se encontrarem para além do universo do verdadeiro

e do falso", constituindo meras "crenças, opiniões, magia, idolatria, entendimentos intuitivos ou subjetivos") e "território sem lei, fora da lei, o território do a-legal, ou mesmo do legal e ilegal de acordo com direitos não reconhecidos oficialmente" (SANTOS, 2007, p. 72-73).

Conforme Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 73/75):

Na sua constituição moderna, o colonial representa não o legal ou o ilegal, mas o sem lei. Uma máxima que então se populariza, "Não há pecados ao sul do Equador", ecoa na famosa passagem dos Pensamentos de Pascal, escritos em meados do século XVII: "Três graus de latitude subvertem toda a jurisprudência. Um meridiano determina a verdade [...]. Singular justiça que um rio delimita! Verdade aquém dos Pirineus, errado além". De meados do século XVI em diante, o debate jurídico e político entre os Estados europeus acerca do Novo Mundo concentra-se na linha global, isto é, na determinação do colonial, e não na ordenação interna do colonial. O colonial é o estado de natureza, onde as instituições da sociedade civil não têm lugar. [...] A zona colonial é por excelência o universo das crenças e dos comportamentos incompreensíveis, que de forma alguma podem ser considerados como conhecimento e por isso estão para além do verdadeiro e do falso. O outro lado da linha alberga apenas práticas mágicas ou idolátricas, cuja completa estranheza conduziu à própria negação da natureza humana de seus agentes.

O controle tem então origens coloniais. A Modernidade é vista no controle do trabalho, por meio de recursos e produtos; no sexo, pela família ideal burguesa; na autoridade, pelo Estado nação; e nas subjetividades, pelo eurocentrismo superior (QUIJANO, 2005, p. 123). Isso demonstra, conforme aponta Quijano (2005, p. 126) "o caráter do padrão mundial de poder: colonial/moderno, capitalista e eurocentrado", configurando o capitalismo.

O colonialismo e consequente colonialidade foram além, fazendo com que o falso processo de igualdade girasse em torno da dominação dos vulneráveis, tornando-os iguais para melhor dominar e controlar. Santos (1997), ao abordar o processo de globalização, colocará que essa é formada por conjuntos diferenciados de relações sociais que dão origem a diferentes fenômenos de globalização. "Perante as condições do sistema-mundo ocidental não existe globalização genuína; aquilo a que chamamos globalização é sempre a globalização bem-sucedida de determinado localismo". Como no caso da não existência de um único feminismo ou de um único patriarcado, "masculinidade hegemônica", abordado por Butler (2018, p. 15). "Embora afirmar a existência de um patriarcado universal não tenha mais a credibilidade ostentada no passado, a noção de uma concepção genericamente compartilhada das "mulheres", corolário dessa perspectiva, tem se mostrado muito mais difícil de superar".

Mas, apesar da globalização pressupor o localismo, ainda nesse contexto há grupos subalternizados em seus próprios localismos. São as chamadas globalizações de cima para baixo. O que leva a uma globalização de baixo para cima é o chamado cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade (SANTOS, 1997).

No colonialismo e posterior colonialidade, o processo religioso separava corpo da alma, sendo o corpo objeto do conhecimento, e a alma objeto de salvação. Isso afetou as relações sexuais de dominação estereotipando as mulheres, especialmente as de raças inferiores. O dualismo corpo e alma abriu espaço para o surgimento da ideia de gênero (QUIJANO, 2005, p. 129). Pode-se dizer que essa perspectiva afeta questões religiosas, onde os múltiplos credos espalhados pelo planeta não têm espaço para existirem para além das muralidades do local onde nasceram.

Dessa reflexão, ainda é possível no século XXI, que diversas classes sociais apresentem e vivenciem os impactos desse processo de formação sócio-histórica, resultando no impedimento das subjetividades genuínas.

É o que ocorre com muitas mulheres em ambiente doméstico quando têm seus direitos fundamentais sociais como trabalhar e estudar cerceados ou proibidos, pois seu parceiro ou parceira contribuem para esse pensamento colonial reforçando os aspectos anteriormente citados, que a mulher deve ficar em casa cuidando dos filhos e lidando com afazeres domésticos. Por vezes, a mulher trabalha, mas seu dinheiro é controlado pelo outro, impedindo-a, muitas vezes, de exercer o direito social ao lazer. Sem contar que muitas adoecem e vivem em constante insegurança. Ainda, no mercado de trabalho, há diferenças salariais entre homens e mulheres que ocupam a mesma posição. “E como resultado não podemos nunca identificar nossos verdadeiros problemas, muito menos resolvê-los, a não ser de uma maneira parcial e distorcida” (QUIJANO, 2005, p. 130).

Para fazer a justiça faz-se necessário ir além do devido processo legal que ocorre dentro de um Estado por meio de suas leis positivadas. Liberdade não é lei, é ter consciência de si e, por consequência, do mundo circundante, o que possibilitará as escolhas de dentro para fora. “A liberdade como consciência seria o princípio de uma autorregulação ética e moral material, isto é, não metafísica” (CARDOSO, 2020, p. 91).

Esses são aspectos da atualidade que impactam os grupos em situação de vulnerabilidade, como mulheres em situação de violência em ambiente doméstico, as quais têm direitos sociais e subjetividades violados. Para haver o diálogo e evoluir dessa situação faz-se necessário o “reconhecimento das incompletudes mútuas” (SANTOS, 1997).

Quando se desenvolve o mundo a partir das subjetividades combate-se o universalismo. Conforme aponta Flores (2009, p. 187) deve-se defender um “universalismo de chegada”, em que as diversas culturas ofereçam suas opções, discutindo-as em um plano de igualdade. Sob essa perspectiva os direitos humanos devem ser analisados, debatidos e definidos a fim de fazer valer a realidade “dos interesses mais gerais e difusos de uma formação

social" para que a vida seja digna de ser vivida. Direitos humanos devem ser pensados a partir do meu, do seu, dos nossos olhares.

2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher acompanha os mais variados períodos históricos e promove opressões limitantes ao desenvolvimento da personalidade, das subjetividades, no ambiente de trabalho, ao bem-estar físico, cultural e social. A mulher pode sofrer estupros, assédio sexual no trabalho, ter salários diferentes nas mesmas posições ocupadas por homens, limitações em postos políticos ou sofrer violências dentro do ambiente doméstico, por exemplo. As violências são todas elas aniquiladoras de subjetividades e violadora de direitos humanos, como a dignidade da pessoa humana e a integridade física. Compreender a cosmologia dos grupos que são constituídos por diversas mulheres também é necessário para reconhecer a multiplicidade e a pluralidade delas. Pode-se refletir sobre os variados feminismos ao invés de um único feminismo que as constituiu, haja visto que também são encontradas diferenças sociais entre mulheres negra e brancas ou de diferentes religiões, por exemplo.

A trajetória histórica deixou marcas de estigma, exclusão e violências no decorrer dos séculos sendo presente no século XXI. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020 (BRASIL, 2020). reflete o processo das violências a classes subalternizadas, como as mulheres. Apesar da violência contra a mulher no primeiro semestre de 2020 ter caído 9,6%, no mesmo período aumentou em 3,8% o número de chamados ao 190 em relação a esses crimes. No primeiro semestre de 2020 cresceu o número de feminicídios em 2% em comparação ao primeiro semestre de 2019. Evidenciou-se que em 2019 no Brasil, a cada 2 minutos, há uma vítima de violência doméstica por agressão. No mesmo ano no Brasil o Anuário mostrou que ocorre 1 estupro a cada 8 minutos sendo que 58,8% das vítimas tinham no máximo 13 anos

e 85,7% eram do sexo feminino. Esses dados refletem a violência contra a mulher no Brasil, mostrando que é uma temática presente e atual, a qual justifica ser estudada e deve ser coibida a partir de políticas públicas.

A edição de 2021 do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (BRASIL, 2021a) aponta um aumento no número de feminicídios em 0,7%. Traz ainda que dentre as vítimas de feminicídio 61,8% delas são mulheres negras, refletindo a maior vulnerabilidade de mulheres negras em relação a mulheres brancas nesse quesito. O número de medidas protetivas concedidas pelos tribunais de justiça do país cresceu em 3,6%, refletindo colonialismo patriarcal carregado pelos anos e presente nos dias atuais.

Segundo o Atlas da Violência de 2021 (BRASIL, 2021b), afirma que em 2019, 66% das mulheres assassinadas no Brasil eram negras. Em números relativos, significa dizer que “enquanto a taxa de homicídios de mulheres não negras foi de 2,5, a mesma taxa para as mulheres negras foi de 4,1”. Nesta direção, “o risco relativo de uma mulher negra ser vítima de homicídio é 1,7 vezes maior do que o de uma mulher não negra”. Portanto, “para cada mulher não negra morta, morrem 1,7 mulheres negras”.

A sensação de medo entre as mulheres compõe o cotidiano das mulheres brasileiras. A título de exemplo, pode-se citar o Estado de São Paulo, onde a violência é crescente, especialmente quanto à violência que acontece em casa, cometida por pessoas próximas das vítimas.⁴ Um levantamento realizado entre os dias 21 e 24 de agosto de 2021 e que foram entrevistadas mil mulheres com idades acima de 18 anos em todo o estado de São Paulo indicaram que para 69%, a violência intrafamiliar é a principal preocupação das mulheres e antecede as questões como emprego, renda e saúde. Também para outras formas de violência citadas pelas entrevistas

⁴ Esta é a constatação da 2ª edição do Jusbarômetro SP – Barômetro da Justiça de São Paulo – Violência contra a Mulher, encomendado pela Apamagis (Associação Paulista de Magistrados) realizada pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe) em 2021.

constatam-se as violências que acontecem fora de casa (23%) e o assédio no local de trabalho (13%) (JUSBARÔMETROSP, 2021)

O Boletim Mensal de Indicadores da Segurança Pública de Santa Catarina de abril de 2021 (SANTA CATARINA, 2021) aponta que em 2018 houveram 42 feminicídios no estado. Em 2019 foram 58 e em 2020 foram 57. No período de 01/01 a 30/04 de 2021 totalizaram 11. Esses dados também mostram como a temática ainda necessita de estudos para combater esse tipo de criminalidade.

Dados do IBGE⁵ de 2019 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2021) apontam que a taxa de participação da mulher no mercado de trabalho é de 54,5% contra 73,7% em relação aos homens. Já dados de 2020 do mesmo Instituto trazem que em cargos gerenciais há participação de 37,4% das mulheres contra 62,6% dos homens. Considerando o cargo político de vereadora, dentre as vagas ocupadas no Brasil, 16% são mulheres. Todos os dados retratados acima refletem a subalternização em que a mulher ainda vive nos dias atuais, apesar dos avanços.

3 CONCLUSÃO

Sabe-se que a riqueza humana reside no desenvolvimento das diversas capacidades e das condições necessárias para que elas se desenvolvam permitindo o diálogo humanitário e intercultural. Significa não excluir o que nos é essencialmente humano. Nessa assertiva é necessário reconhecer a trajetória sócio-histórica de cada nação e coletividade. Dessa forma, compreende-se que romper com os marcadores sociais de dominação e poder em se tratando de mulheres é enfrentar as violências.

Verificou-se, então, que a divisão sexual e social do trabalho produtivo e reprodutivo só se configura numa relação de dominação/opressão, a partir das relações sociais instituídas num contexto ambiental, cultural e histórico

⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Segunda edição de estatísticas de gênero.

que se direcionou para a utilização da propriedade individual (produção e apropriação de riquezas) como forma de diferenciação social e logo, de redefinição das posições de poder e subjugação sobre pessoas de diferentes posições socioeconômicas, sexos/gêneros e etnias.

A atribuição de papéis sociais a partir do sexo, que estabelece então relações sociais de gênero onde o masculino é central (androcêntrico/falocêntrico) e superior ao feminino, é estruturante de um universo de simbologias e significados que vão sendo incorporados e transformados nos diferentes períodos históricos subsequentes. De modo que o patriarcalismo sistematicamente se institui e se perpetua, desdobrando-se sobre diversos outros campos (morais, subjetivos, culturais, institucionais, jurídicos), mediante esta distorção entre aspectos biológicos/reprodutivos e de socialização, que tendem a naturalizá-lo desde seus primórdios. Ou seja, nesse contexto consolidam-se as violências contra as mulheres.

À guisa de conclusão, pode-se pensar que para romper um ciclo de subalternização é necessário romper com a visão naturalizante de tal visão, o que passa por superar socialmente e globalmente estigmas e preconceitos contra a mulher.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. 2021a. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. **Atlas da Violência 2021**. 2021b. Disponível em: <file:///C:/Users/Depcami%2002/Desktop/Carola/Refer%C3%Aancias%20Bibliogr%C3%A1ficas/Mestrado%20em%20Direito/Disserta%C3%A7%C3%A3o/atlas-violencia-2021-v6.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei n. 11.340/2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.104/2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n. 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 n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em 09/09/2021.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismos e subversão da identidade. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CARDOSO, Lourenço. Branquitude e justiça: análise sociológica através de uma fonte jurídica: documento técnico ou talvez político? **The Journal of Hispanic and Lusophone Whiteness Studies**, Persánch, v. 1, pp. 84-106, 2020. Disponível em: <https://digitalcommons.wou.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=hlws>. Acesso em: 9 set. 2021.

CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.) **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais: Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2005, p. 50/62.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (Re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero**. 2. ed. 2021. Disponível em: http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2021/03/liv101784_informativo.pdf. Acesso em; 11 set. 2021.

JUSBARÔMETROSP. **Violência contra a Mulher**. 2. ed. São Paulo: Editora Apamagis, Ipespe, 2021.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do Poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: QUIJANO, Anibal. **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

SANTA CATARINA. **Boletim Mensal de Indicadores da Segurança Pública de Santa Catarina**. Colegiado Superior de Segurança Pública de Santa Catarina: 2021. Disponível em: https://www.ssp.sc.gov.br/files/dinidocs2021/Boletim_Mensal_202104.pdf. Acesso em: 9 set. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11/32, jun. 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 79, p. 71-94, nov. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 set. 2021.

DA BANALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO DIREITO BRASILEIRO A UMA PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO CONCEITUAL: ANÁLISE A PARTIR DE SARLET, NOVAIS, SARMENTO E BARROSO

Luiza Prezotto¹

Gabriela Samrsla Möller²

RESUMO

A presente pesquisa no âmbito do Direito Constitucional, identifica os motivos pelos quais o termo “Dignidade da Pessoa Humana”, hoje um princípio constitucional, sofreu uma banalização pelo direito brasileiro e, na sequência, apresenta bases teóricas capaz de afastar a banalização, por uma devida compreensão do alcance, profundidade e importância do princípio em comento. Utiliza-se pesquisa bibliográfica, com aplicação do método hermenêutico. O estudo está dividido em três partes: A primeira analisa historicamente o que faz nascer o termo, a segunda apresenta as causas de sua banalização e a terceira consiste no estudo do conceito de grandes juristas para expor sua base teórica acerca do referido princípio: Jorge Reis Novais, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento e Luís Roberto Barroso.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Banalização. Conceito. Constitucionalismo brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana passou a ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O princípio é resultado de uma trajetória histórica e filosófica

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) – Campus de Joaçaba; luiza.prezotto20@hotmail.com

² Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) – Campus de Joaçaba; gabriela.moller@unoesc.edu.br

conquistada pelo ser humano ao longo dos anos e, atualmente, tem assumido uma posição de maior destaque quanto sua interpretação e aplicação.

Entretanto, a ambiguidade, a indeterminação e a vagueza semântica quanto ao conceito e conteúdo da expressão “dignidade humana” dificulta a delimitação do seu princípio normativo, gerando como consequência o favorecimento de decisões arbitrárias, banalização do princípio e diminuição de sua força normativa.

Dado esse contexto, pergunta-se: Quais os motivos que levaram à banalização do termo “Dignidade da Pessoa Humana” no ordenamento jurídico brasileiro? Qual possível conceituação e metodologia de aplicação poderia se reconhecer ao princípio a partir de principais juristas?

A hipótese é que, as mais diversas fundamentações jurídicas, com o objetivo de solucionar os inúmeros e mais variados conflitos, recorrem à dignidade humana com facilidade, resultando na banalização do princípio que parece estar presente na maioria de suas decisões. De fato, a dignidade humana, apesar de ser um valor de grande relevância no constitucionalismo contemporâneo, é também uma expressão ambígua que oferece dificuldades de delimitação e, conseqüentemente, de tutela pelo princípio normativo correspondente.

O objetivo geral é compreender os motivos que levaram à banalização do princípio da dignidade da pessoa humana e compreender o conceito e método de aplicação do princípio através de grandes constitucionalistas.

Na primeira seção trata-se dos percursos da dignidade humana desde o surgimento até a banalização, onde é descrito os contornos históricos e filosóficos do princípio e explica a banalização do uso do termo pelo constitucionalismo brasileiro.

Na segunda, terceira, quarta e quinta seção busca compreender o conceito da dignidade da pessoa humana através de importantes juristas que são experts no tema: Luís Roberto Barroso, Jorge Reis Novais, Daniel Sarmiento e Ingo Wolfgang Sarlet.

A seguir, em conclusão, propõe-se um conceito metodologicamente mais preciso da dignidade da pessoa humana para o direito e para o manejo do direito constitucional, com o fim de se evitar a banalização do termo.

O método de abordagem aplicado foi o hermenêutico e o método de pesquisa foi o bibliográfico. O referencial teórico base das pesquisas são os autores Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, Jorge Reis Novais e Luís Roberto Barroso, dado que se procura nos autores supramencionados suas respectivas conceituações sobre dignidade da pessoa humana.

2 PERCURSOS DA DIGNIDADE HUMANA: DO SURGIMENTO À BANALIZAÇÃO

O uso do termo "dignidade da pessoa humana" no âmbito do Direito é um acontecimento histórico relativamente recente. Contudo, a expressão era utilizada há muito tempo nas civilizações antigas, a dignidade da pessoa humana era invocada e respeitada em nome de Deus, de heróis e santos.

O princípio, em geral, foi esculpido ao longo do tempo por fatores sociais, econômicos, culturais, divinos e políticos. A concepção da dignidade humana passou por transformações, assumindo novos traços ao passo das mudanças que ocorreram nas sociedades.

Diante dessas mudanças, o conceito de dignidade da pessoa humana demonstra certa ambiguidade e indeterminação quanto a seu conteúdo, possibilitando que seja invocada em hipóteses banais.

2.1 DOS CONTORNOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS DA DIGNIDADE HUMANA

Conforme leciona Bittar (2010, p. 246-247) "a ideia de dignidade da pessoa humana hoje, resulta, de certo modo, da convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longa

data". Dessa forma, se faz necessária, ainda que sucinta, uma análise na perspectiva histórica e filosófica da dignidade humana.

A dignidade humana como um valor intrínseco advém do pensamento clássico e da ideologia cristã. A concepção cristã de dignidade se dá ao fato de que tanto no Novo quanto no Antigo Testamento encontra-se referência de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, foi nesse sentido que o cristianismo entendeu que o ser humano, e não apenas os cristãos, é dotado de um valor que lhe é inerente. Essa concepção, infelizmente, não foi aceita durante muito tempo pelas igrejas e seus integrantes, podendo lembrar das crueldades praticadas pela "Santa Inquisição" (SARLET, 2011, p. 34).

Na antiguidade grega o que estava profundamente enraizado na sociedade era a desigualdade intrínseca entre as pessoas. A Grécia antiga, que hoje é lembrada como o berço da democracia, aceitava a escravidão sem questionar, bem como a total subordinação da mulher ao homem. Nesse período, é certo que já se discutia sobre igualdade, o que não existia era o pensamento de que todas as pessoas deviam ser tratadas como iguais, era o completo oposto, acreditava-se na desigualdade natural entre os indivíduos como justificativa para discriminações fundadas (SARLET, 2011, p. 35).

Na antiguidade clássica a dignidade humana era reconhecida, em regra, pela posição social e pelo grau de reconhecimento do indivíduo perante a comunidade, de forma que a dignidade foi quantificada e modulada ao ponto de se admitir que há pessoas mais dignas e pessoas menos dignas (SARLET, 2011, p. 34).

Já no pensamento estóico, a dignidade era tida como uma qualidade inerente, que distingue o ser humano das demais criaturas, de modo que todos são iguais em dignidade. Foi nesse sentido, mais notadamente em relação a Roma, que foi possível visualizar a dignidade como um valor moral, desvinculada do cargo ou posição social de prestígio do indivíduo (SARLET, 2016, p. 35).

É nesse período, com a influência do pensamento de Cícero e no pensamento greco-romano, que a dignidade passa a ter duplo significado, como dádiva e como conquista, o primeiro considerava a condição do ser humano de ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, o segundo referia-se a uma dignidade adquirida ou conquistada pelo modo de levar a vida seguindo os ditames da religião cristã (SARLET, 2011, p. 36).

Quando o cristianismo assumiu a condição de religião oficial do Império, o pensamento do Papa São Leão Magno sustentava que a dignidade dos seres humanos advinha “pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o Homem e Deus mediante a crucificação de Jesus Cristo” (SARLET, 2011, p. 37).

Na renascença e no início da Idade Moderna, São Tomás de Aquino afirmou que além da dignidade encontrar-se baseada no fato de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, a dignidade também encontra fundamento na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal modo que o ser humano existe em razão da própria vontade, sendo livre por natureza. Tomás de Aquino que, pela primeira vez, usou a expressão *dignitas humana*, afirmando que “a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo” (FACHIN, 2009, p. 34).

Foi aproximadamente nos séculos XVII e XVIII, no pensamento jusnaturalista, que a concepção da dignidade da pessoa humana sofreu um processo de racionalização e laicização, mantendo-se “a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade” (SARLET, 2011, p. 39).

Embora a dignidade humana tenha sido objeto de referência em várias obras anteriores, foi somente em Samuel Pufendorf que se constatou um passo decisivo no sentido de romper com as antigas tradições com a elaboração de uma concepção mais racional de dignidade humana, fundamentando a

liberdade moral como característica distintiva do ser humano. Pufendorf sustenta que mesmo o monarca deve respeitar a dignidade da pessoa humana, já que a dignidade não está vinculada a posição social, tampouco seja uma qualidade natural do homem, assim como não pode ser traduzida como uma concepção cristã (BARROSO, 2021, p. 52).

Foi, contudo, na filosofia Iluminista de Immanuel Kant, que a concepção de dignidade abandona os entendimentos sagrados e parte da autonomia ética do ser humano. Kant constrói sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, sustentando que o homem existe como um fim em si mesmo, e não apenas como um meio, devendo portanto, ser considerado como um fim em todas as suas ações.

Nesse sentido, “os seres cuja existência depende, não em verdade de nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas”, ao passo em que o homem, um ser racional, se chama pessoa, “porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio” (SARLET, 2011, p. 40-41).

Ainda, Kant afirma a qualidade intrínseca da pessoa humana no sentido de que:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade (KANT apud SARLET, 2011, p. 41).

Desse modo, segundo a filosofia de Kant, o preço apenas deve ser atribuído ao que se pode utilizar como “meio”. Por essa razão, tudo o que detém dignidade não é passível de ser avaliado ou medido, isso porque a dignidade humana é um “fim” em si mesmo, e não uma coisa que pode ser manuseada como um “meio” para atingir determinado propósito (SARLET, 2011, p. 43).

A dignidade nesse entendimento seria uma disposição de espírito imensamente superior a qualquer preço, jamais podendo ser colocada em colisão com aquilo que possui preço. A concepção kantiana da dignidade humana afasta toda a espécie de disponibilização da pessoa, visto que, a dignidade seria violada toda vez que a pessoa fosse tratada como uma coisa, perdendo o “status” de sujeito para ser objeto (SARLET, 2011, p. 44).

Segundo Bobbio, o limiar da era dos direitos é reconhecido com o pós-guerra, já que, para ele, “somente depois da 2ª Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos” (BOBBIO, 2004, p. 49).

Após a segunda guerra mundial, a necessidade de reconhecer a dignidade humana consagrou-se no preâmbulo da Declaração Universal da ONU de 1948 e a partir daí, foi ganhando espaço nas demais constituições. Na América do Sul, o conceito de dignidade humana surge com o processo de redemocratização pelo fim das ditaduras militares na segunda metade do Século XX (SARMENTO, 2016, p. 59).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (art. 1º, inciso III) traz a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, mas não menciona o seu conceito e nem revela sua amplitude, abrindo espaço para diversas interpretações.

2.2 BANALIZAÇÃO DO USO DO TERMO PELO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Diante da indeterminação do conceito, o princípio da dignidade da pessoa humana é frequentemente invocado pelo direito brasileiro com um certo modismo. Apesar de ser altamente positivo o reconhecimento das pessoas como inerentemente dignas, esse fenômeno também gera preocupações. O conceito de dignidade da pessoa humana é muito abrangente e vago, permitindo que ela seja invocada para quase tudo. Muitas vezes, o princípio é empregado na resolução de dilemas morais complexos e totalmente opostos, como para defender e refutar a legalização do aborto, a prostituição e o uso de drogas (SARMENTO, 2016, p. 300).

Ainda, em muitos casos, a dignidade humana é utilizada como argumento em temas que supostamente não tem qualquer relação com o conceito. No Brasil, a dignidade humana foi fundamento em julgados sobre a proibição de briga-de-galo,³ a compensação de tributos recolhidos por pessoas jurídicas⁴ e a incorporação ao salário de gratificações percebidas pelo empregado.⁵

Segundo Daniel Sarmento, há decisões em que a dignidade humana é apenas citada, mas não acrescenta em nada na argumentação que compõe o resultado obtido. Nesses casos, a dignidade é usada na "tentativa de

³ Supremo Tribunal Federal. ADI 1856, Rel. Min. Celso de Mello, Julg. 26.05.2011. A fundamentação baseada na dignidade encontra-se no voto do Ministro Cezar Peluso: "acho que a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano".

⁴ Superior Tribunal de Justiça. REsp 503990, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, Julg. 23.09.2003. Consta do acórdão: "Os princípios fundamentais do contribuinte nascem do texto constitucional que exige respeito à dignidade da pessoa humana, proibindo empréstimo forçado sem autorização de lei ou de forma disfarçada".

⁵ Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 392441-61.1997.5.06.5555, 5ª Turma, Rel. Juiz convocado Walmir Oliveira da Costa, julg. 07.03.2001. A decisão está fundamentada: "Em razão dos princípios constitucionais que resguardam a estabilidade econômica do contrato de trabalho (CF, art. 7º, VI) e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), faz jus a manutenção da gratificação empregada que deixa o exercício da função de confiança, depois de 10 anos, e reverte ao cargo efetivo". (SARMENTO, 2016).

embelezar a decisão, uma pátina para lhe dar um colorido supostamente mais humanista ou grandiloquente" (SARMENTO, 2016, p. 300).

Sarmento (2016, p. 301), sustenta ainda, que no Brasil a problemática é "agravada pela tendência atual ao recurso pouco fundamentado a princípios constitucionais abertos, impregnados de forte conteúdo moral - verdadeira perversão do neoconstitucionalismo".

É o uso do chamado "princípio como preguiça", onde o princípio serve de "fórmula mágica", que encobre a ausência de critério da decisão e substitui o ônus do julgador de elaborar uma fundamentação mais consistente. Na "carnavalização" dos princípios constitucionais, "a dignidade humana tem certamente um lugar de destaque" (SARMENTO, 2016, p. 301).

Esse cenário de banalização do princípio da dignidade da pessoa humana é problemático por diversas razões. Além de trazer questões como insegurança jurídica, pela dificuldade das pessoas preverem o que será ou não considerado contrário ao princípio (SARMENTO, 2016, p. 301).

Ainda, a amplitude do campo de atuação da dignidade humana permite certa discricionariedade dos juízes. Conforme afirma Streck:

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça-, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles o julgador consegue fazer quase tudo que quiser. (STRECK, 2017, p. 55).

Ademais, se a dignidade é invocada em hipóteses banais, o princípio consequentemente tende a desvalorizar. Segundo Daniel Sarmento, "ocorre uma fadiga da dignidade: apela-se tanto ao princípio que ele perde a sua

força". Assim, "nos casos de lesão real e grave à dignidade humana, o recurso ao elevado princípio pode não impressionar ninguém. Tem-se então um paradoxo adicional: no discurso jurídico, mais pode ser menos dignidade" (SARMENTO, 2016, p. 302).

Nesse sentido, é preciso que se estabeleça limites hermenêuticos, pois se o ordenamento jurídico contemporâneo está completamente transformado pela irradiação de valores e dispositivos mais abertos, isso não significa arbítrio dado ao intérprete, mas sim exige-se que ele seja absolutamente razoável e tenha aplicações devidamente fundamentadas (GARCIA, 2005, p. 144).

3 DA DIGNIDADE HUMANA EM LUÍS ROBERTO BARROSO

Barroso entende que a dignidade humana possui uma dupla dimensão: sendo uma interna, a qual está vinculada no valor intrínseco de cada pessoa; e outra externa, que protege e representa os direitos, aspirações e responsabilidades próprias e de terceiros. Para o autor, a primeira dimensão é inviolável, uma vez que o valor intrínseco do indivíduo não pode ser ofendido em nenhuma hipótese; já a segunda é passível de sofrer violações (BARROSO, 2021, p. 62).

Barroso (2021, p. 63) defende a dignidade humana como um valor fundamental, mas que não deve ter caráter absoluto, "já que no direito não há espaço para absolutos". Embora entenda que em muitas situações a dignidade humana deve prevalecer, esclarece que há também muitos casos inevitáveis em que ela deverá ceder, ao menos parcialmente. Segundo ele, um aspecto da dignidade humana de uma pessoa pode ser sacrificado em benefício de algum outro valor. Nesse viés, entende que a dignidade deve ser classificada como um princípio jurídico de status constitucional, e não como um direito autônomo.

Para o autor, o papel principal da dignidade humana é atuar como fonte de direitos e deveres e contemplar direitos não expressamente elencados, mas já reconhecidos como parte da sociedade democrática (BARROSO, 2021, p. 66).

Já o papel secundário, trata-se de um papel interpretativo que resulta da ideia de que a dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a liberdade e a igualdade. Dessa forma, ela vai auxiliar na interpretação dos direitos constitucionais e ajudar a definir o seu significado em casos concretos. Além disso, poderá servir de orientação nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades na legislação e colisões entre princípios, normas e regras (BARROSO, 2021, p. 66).

Barroso (2021, p. 72-73) a fim de unificar o uso e conferir objetividade ao conceito da dignidade da pessoa humana como um conteúdo humanista, transnacional e transcultural identifica a dignidade em três elementos essenciais: o valor intrínseco; a autonomia; e o valor comunitário. O autor analisa esses elementos a partir de um entendimento filosófico que é laico, neutro e universalista.

A laicidade estabelece que a Igreja e o Estado devem ser separados, visto que a "religião é uma questão privada de cada indivíduo e que, na política e nos assuntos públicos, uma visão racional e humanista deve prevalecer sobre concepções religiosas" (BARROSO, 2021, p. 73). A neutralidade sugere que a dignidade humana não seja compreendida por uma visão perfeccionista, ideológica ou política particular, "busca-se um conteúdo mínimo de dignidade humana capaz de ser aceito por conservadores, liberais ou socialistas, assim como por pessoas que professam diferentes concepções razoáveis de bem e de vida boa". Já o universalismo, também chamado de multiculturalismo, envolve o respeito e consideração pela diversidade étnica, religiosa e cultural (BARROSO, 2021, p. 73-74).

O primeiro elemento essencial da dignidade humana é o valor intrínseco, que na filosofia está ligado à natureza do ser, é elemento inerente

a todos os seres humanos. "Trata-se da afirmação de sua posição especial no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas" (BARROSO, 2021, p. 75).

No Direito, o valor intrínseco pressupõe a inviolabilidade da dignidade, que se origina a partir de direitos fundamentais, como o direito à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade mental (BARROSO, 2021, p. 77).

O segundo elemento, a autonomia, "está ligada à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas". A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida. Significa, o poder de fazer valoração moral e escolhas existenciais sem imposições externas. "Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade" (BARROSO, 2021, p. 82).

Na dimensão jurídica, a autonomia tem uma dimensão privada e outra pública. No plano dos direitos individuais, a dignidade se manifesta, sobretudo, como autonomia privada, presente no conteúdo essencial da liberdade, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas. No plano dos direitos políticos, a dignidade se expressa como autonomia pública, identificando o direito de participação de todos no processo democrático (BARROSO, 2021, p. 82).

Para ser livre, igual e capaz de exercer sua autonomia, o indivíduo precisa do mínimo existencial para satisfazer suas necessidades básicas indispensáveis a sua existência física e psíquica. "O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública." (BARROSO, 2021, p. 85).

O terceiro e último elemento é a dignidade humana como um valor comunitário, "o indivíduo em relação ao grupo". O indivíduo pertence a uma

comunidade e um Estado, portanto, sua autonomia pessoal pode ser limitada “por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulamentação coercitiva” (BARROSO, 2011, p. 87).

O valor comunitário, como elemento restritivo da autonomia pessoal, busca legitimidade no cumprimento de três objetivos: A proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e a proteção dos valores sociais compartilhados (BARROSO, 2021, p. 88).

No tocante à proteção do indivíduo em face de si mesmo, de suas próprias decisões, existem exemplos emblemáticos na jurisprudência mundial, como a proibição da atividade conhecida como arremesso de anão na França e a criminalização da violência física em relações sexuais sadomasoquistas consentidas no Reino Unido.

Esses casos chamam a atenção pelo conflito entre a possibilidade da legitimidade “de restrições à liberdade com fundamento na proteção à dignidade do próprio sujeito, definida com base em valores socialmente compartilhados” e a legitimidade “da restrição à autonomia privada para proteção dos direitos de terceiros ou para a imposição de determinados valores sociais” (BARROSO, 2021, p. 91-92).

Nos casos conflitantes, o autor entende que: quando houver conflito entre dois direitos individuais da mesma pessoa é razoável e desejável que o Estado resguarde a autonomia pessoal do indivíduo; quando houver desacordo moral na sociedade o Estado deve permitir que os indivíduos realizem escolhas autônomas, uma vez que não é seu papel tomar partido impondo uma visão, sendo que, em face do moralismo jurídico, a autonomia individual deve ser valorizada e; quando os direitos fundamentais invocados não causarem danos a terceiros ou à própria pessoa o Estado deve reconhecer o exercício legítimo da autonomia pessoal de cidadãos livres e iguais (BARROSO, 2021).

4 DA DIGNIDADE HUMANA EM JORGE REIS NOVAIS

Novais (2015, p. 69) aborda a dignidade humana como sendo fundamento dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. O autor parte da ideia de que a dignidade humana exige do Estado de Direito o respeito, à proteção e a promoção de um conjunto incontestável de direitos fundamentais, principalmente aqueles que visam garantir interesses relativos à vida e a prosperidade das pessoas, mais especificamente, os interesses individuais de liberdade, de autonomia e de bem-estar.

Para o autor, ser reconhecido como pessoa humana, significa “ser e dever ser tratado como portador ou titular da dignidade da pessoa humana” e não apenas titular de direitos e deveres que resguardem interesses próprios, mas também “titular de um direito absoluto, irrevogável, indisponível e irrenunciável a ser sujeito jurídico responsável, a ter direitos, designadamente a ter aqueles direitos fundamentais” (NOVAIS, 2015, p. 70).

Nesse sentido, a pessoa alcança reconhecimento jurídico através da dignidade da pessoa humana, sendo que é enquanto condição e pressuposto de “igual reconhecimento na titularidade dos direitos fundamentais e de igual capacidade jurídica para o desenvolvimento da sua personalidade”, que o princípio da dignidade da pessoa humana pôde então, “mais do que um direito ou mais do que uma garantia jurídica, ser considerada como um verdadeiro “direito originário a ter direitos” (NOVAIS, 2015, p. 70).

Embora o autor entenda a dignidade como fundamento dos direitos fundamentais, reconhece que nem todos os direitos apresentam o mesmo grau de proximidade do núcleo da dignidade humana, dessa forma “pode haver elevação de algumas garantias jurídicas a categoria de direitos fundamentais sem que elas correspondam, necessariamente, a exigências indeclináveis da dignidade” (NOVAIS, 2015, p. 73).

Na medida em que se estabelece como fundamento, não somente dos direitos fundamentais, mas de todo o Estado Democrático de Direito,

a dignidade humana é provocada a desempenhar um papel interpretativo e regulativo enquanto princípio orientador nos casos controvertidos (NOVAIS, 2015, p. 74).

Para o Novais (2015, p. 98) o princípio constitucional também deve ser usado como parâmetro de verificação de inconstitucionalidade das decisões pelas quais o Poder Público impõe restrições aos direitos fundamentais. Dessa forma, quando o Estado pretender limitar os direitos fundamentais deve apresentar justificativas a fim de não contradizer a dignidade humana e, mesmo quando os motivos forem legítimos, as limitações devem observar as exigências do princípio.

Porém, o autor entende ainda, que a dignidade humana possui um sentido normativo autônomo em relação aos direitos fundamentais, e assim sendo, admite a possibilidade da dignidade ser invocada e aplicada contra os direitos fundamentais, com argumentos e posições contrárias (NOVAIS, 2015, p. 98).

Exemplificando situações em que a dignidade humana vai contra os direitos fundamentais, Novais (2015, p. 108) cita o caso do arremesso de anão, já tratado em diversas doutrinas como exemplo de conflitos entre a dignidade e a autonomia privada.

Em síntese, o arremesso de anão consistia num espetáculo realizado em algumas casas de shows na França, na qual um anão, equipado com aparelhos de proteção, era lançado a curtas distâncias pelos fregueses do estabelecimento até cair sobre um colchão de ar. O arremesso de anão foi proibido por várias autoridade administrativas municipais, porém a proibição foi anulada por tribunais administrativos que consideraram não haver violação da ordem pública e nem da dignidade humana (NOVAIS, 2015, p. 108).

Todavia, o *Conseil d'Etat* (Conselho de Estado), em recurso interposto, anulou as decisões dos tribunais administrativos sob o fundamento da garantia da ordem pública e do princípio da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2015, p. 109).

Na análise do caso, Novais (2015, p. 110) destaca a fórmula Kantiana no que diz respeito a coisificação do anão, que no caso é tratado como um objeto de divertimento para os participantes. Nesse caso, para o autor, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana justifica amplamente a limitação dos direitos fundamentais (direito ao trabalho, liberdade de escolha da profissão e a liberdade de iniciativa econômica privada).

Aqui, não é somente a coisificação em abstrato do anão que justifica a proibição pela violação da dignidade humana, mas sim a coisificação específica, uma vez que, para o autor, se a pessoa lançada não fosse um anão, e sim uma pessoa comum, "pressupondo, obviamente, que há consentimento, que há proteção da integridade física e que o arremessado tem, através de sua vontade e disponibilidade, o controle da situação", não se estaria violando a dignidade humana (NOVAIS, 2015, p. 109).

Por fim, Novais (2015, 117) explica que quando a dignidade surge invocada nos dois lados do conflito, deverá ser considerada, de forma principal, a anuência autônoma da suposta vítima, ou seja, sua autonomia em decidir o que é melhor para si.

5 DA DIGNIDADE HUMANA EM DANIEL SARMENTO

Segundo Daniel Sarmento, antes de tudo, para compreender o princípio da dignidade da pessoa humana, é indispensável o entendimento do termo "pessoa", que para ele, deve se apoiar tanto na Constituição como na moralidade. A moralidade "tem de se assentar na compreensão de que os seres humanos devem ser tratados como livres e iguais, mercedores do mesmo respeito e da mesma consideração" (SARMENTO, 2016, p. 27).

Já a compreensão de pessoa subentendida na Constituição Federal brasileira é do "ser humano concreto, enraizado, que não é só racional, mas também emocional, corporal e social" (SARMENTO, 2016, p. 28). Trata-se da ideia kantiana de que a pessoa é um fim em si mesmo, que possui valor

autônomo, mas que também carece da proteção e reconhecimento das suas necessidades básicas, é a razão de ser do Estado, e não apenas um membro da sociedade.

Nesse contexto, o autor traz quatro componentes que abrangem o princípio da dignidade da pessoa humana a partir da compreensão de pessoa em consonância com a Constituição de 1988, são eles: valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento.

O valor intrínseco da pessoa é objeto da fórmula kantiana do tratamento da pessoa como um fim em si. Considera-se que a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana que independe de seu comportamento e status. Todos os seres humanos possuem dignidade apenas pelo fato de serem pessoas, e por isso, não se admite restrições relativas a fatores como gênero, cor, idade, orientação sexual, deficiência, capacidade intelectual, nacionalidade ou qualquer outro. "E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis." (SARMENTO, 2016, p. 103).

Sarmento apresenta, portanto, que o autor do crime de homicídio, estupro, tortura, genocídio e etc., detém o mesmo valor intrínseco que qualquer outro ser humano, seja ele um "herói ou santo". Em outras palavras, o autor refere-se que a pessoa já nasce com a dignidade intrínseca em si, que esta não lhe é atribuída por ninguém, e que jamais poderá lhe ser retirada, seja pela sociedade ou pelo Estado. "Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular" (SARMENTO, 2016, p. 104).

Essa é a dignidade que não instrumentaliza a pessoa, que a trata sempre como um sujeito, e nunca como um objeto. Desse modo, a dignidade não permite a instrumentalização do ser humano em benefício da coletividade ou dos interesses da maioria. Porém, o reconhecimento do valor intrínseco da pessoa não pode se transformar em "discurso de legitimação do individualismo exacerbado, a dignidade humana não pode se converter

em artifício retórico para legitimar invocações egocêntricas de direitos subjetivos, indiferentes em relação ao outro." (SARMENTO, 2016, p. 133).

O segundo componente que abrange o princípio da dignidade é a autonomia, essa relação é uma das mais polêmicas e complexas. Por um lado, há quem defenda que dignidade é reconhecer o direito do indivíduo a ter suas próprias escolhas e segui-las de acordo com o seu próprio entendimento, desde que não interfira nos direitos de outrem (SARMENTO, 2016, p. 136).

Por outro lado, há uma corrente que entende que dignidade é também a imposição de limites à autonomia, visando impedir que a pessoa se sujeite a situações tida como indecentes ou indignas, independente da vontade da pessoa sujeita a tal situação (SARMENTO, 2016, p. 138).

O princípio vem sendo utilizado pela jurisprudência nacional nos dois sentidos, a dignidade é invocada tanto para resguardar a liberdade individual (dignidade como autonomia), quanto para limitar a autonomia (dignidade como heteronomia) (SARMENTO, 2016, p. 139).

A autonomia é dividida em pública e privada, cabendo-nos estudar a privada, conceituada pelo autor como uma faculdade do ser humano de realizar escolhas concernentes à sua própria vida. Ela exterioriza a autodeterminação do indivíduo e é consequência do reconhecimento do ser humano como um ser moral, capaz de decidir o que é bom ou mal para si, e com o direito de seguir a sua própria decisão, desde que ela não viole e interfira em direitos alheios (SARMENTO, 2016, p. 140).

A autonomia, portanto, não é apenas vontades, desejos e preferências, é a capacidade de refletir em conformidade com a moral, é pressuposto de racionalidade, mas também envolve o direito da pessoa a tomar decisões e agir conforme seus próprios desígnios. O respeito à autonomia privada se concentra na ideia de que as pessoas "têm o direito de formular os seus próprios planos de vida, os seus projetos existenciais, a partir das suas próprias compreensões sobre o que seja uma vida boa" (SARMENTO, 2016, p. 142).

No Brasil, a autonomia privada vem cada vez mais sendo respeitada como extensão da dignidade humana nas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo, o julgamento que resultou no direito ao reconhecimento da constituição de união estável nas relações homoafetivas, o Ministro Carlos Ayres Britto, destacou “a proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico (...), dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade” (SARMENTO, 2016, p. 145).

Em síntese, a autonomia deve ser compreendida como a liberdade positiva das pessoas a tomarem suas próprias decisões, contudo, deve se limitar a não causar danos a terceiros. Embora a proteção da autonomia seja relativa, a dignidade humana não deve ser interpretada como um meio para a heteronomia, pois “dignidade é liberdade e empoderamento da pessoa, e não heteronomia”. Esta é a interpretação moral mais adequada para o princípio da dignidade humana, conciliando-se com a Constituição Federal (SARMENTO, 2016, p. 186).

O mínimo existencial é outro componente essencial que abrange o princípio da dignidade da pessoa humana, ele visa assegurar a cada pessoa uma vida digna, compreende o direito de acesso às necessidades materiais básicas de vida. O mínimo existencial é um direito de todas as pessoas físicas, inclusive dos estrangeiros, ele abrange não apenas a exigibilidade de condições essenciais para a sobrevivência física, como também, direitos de natureza sociocultural, não se limitando somente aos direitos básicos expressamente previstos na Constituição Federal (SARMENTO, 2016, p. 202-203).

O mínimo existencial é exigível judicialmente quando os agentes carecem desse direito em uma possível violação da dignidade humana, as prestações quando reivindicadas, devem ser asseguradas, visto que possuem prioridade diante das demais despesas do Estado. O direito ao mínimo existencial nem mesmo se sujeita a reserva do possível (SARMENTO, 2016, p. 203-204).

A garantia do mínimo existencial é essencial para a proteção de outros direitos e valores como a liberdade e a democracia, de modo que, as pessoas que não gozam desse direito e não possuem condições mínimas de sobrevivência e de vida digna, não são capazes, por características pessoais, de exercer esses outros direitos que lhe são conferidos (SARMENTO, 2016, p. 205).

No Brasil, o mínimo existencial não é isento de críticas, há quem considera que o mínimo existencial pode fragilizar os direitos sociais, sendo uma teoria conservadora que limita a atuação do Estado no âmbito social e que fica aquém da Constituição Federal. Segundo Sarmento, a crítica considera que “uma ordem constitucional justa deveria aspirar à justiça social, e não se contentar com a garantia do mínimo para aplacar a miséria”. A crítica afirma, que ao invés de se contentar com migalhas, “o jurista comprometido deveria usar as armas da Constituição para transformar o *status quo*, buscando muito mais do que a simples garantia das condições mínimas de subsistência para os miseráveis.” (SARMENTO, 2016, p. 209).

Sarmento, considera esse argumento relevante levando em consideração as características do ordenamento constitucional brasileiro, para ele, “só há como superar a crítica por meio da construção de uma teoria adequada sobre o mínimo existencial que não a corrobore”. Teoria essa, que tem como primeiro papel o de fundamentar pretensões positivas ou negativas que objetivem garantir as condições materiais essenciais para uma vida digna e que não estejam abrigadas por outros direitos fundamentais expressamente positivados (SARMENTO, 2016, p. 211).

O segundo papel seria o de “servir de parâmetro para a ponderação que é travada entre, de um lado, o direito reivindicado e, do outro, os princípios que com ele colidirem.” (SARMENTO, 2016, p. 211).

O último componente tratado pelo autor é o reconhecimento. Para Sarmento (2016, p. 248), o reconhecimento é o valor que exige “igual respeito à identidade de cada pessoa”, voltando-se contra “a opressão e

os estigmas impostos pela cultura dominante às minorias". Segundo ele, o não reconhecimento pode provocar danos à personalidade da pessoa, prejudicando a sua capacidade de participar e interagir, como igual na sociedade.

A falta de reconhecimento é mais voltada aos indivíduos pertencentes a grupos sociais estigmatizados por motivos como o gênero, orientação sexual, raça, deficiência, religião etc. O direito ao reconhecimento tem por objetivo impedir que as pessoas pertencentes a esses grupos sofram vedações sobre seus direitos universais (SARMENTO, 2016, p. 250).

Para o autor, se extrai do princípio da dignidade da pessoa humana, um direito fundamental ao reconhecimento, estando ele ligado à igualdade e à solidariedade. É um direito "ao igual respeito da identidade pessoal". Ele veda as políticas públicas e práticas sociais que discriminam as pessoas por razão das suas identidades, e também impõe que o Estado intervenha nas relações sociais, visando "eliminar as valorações negativas conferidas pela cultura hegemônica a certos grupos" (SARMENTO, 2016, p. 297).

O reconhecimento, deve se vincular com o valor intrínseco, com a autonomia e com a proteção do mínimo existencial da pessoa, "de modo a proporcionar uma robusta proteção aos aspectos mais caros à personalidade humana". Dessa forma, "ele é indispensável porque ser gente não é só viver, mas conviver; gente pensa, mas também sente; e não floresce sem o respeito do outro" (SARMENTO, 2016, p. 298).

Sarmento afirma que o principal problema do uso da dignidade humana nos tribunais brasileiros é a falta de fundamentação. Para ele, uma fundamentação criteriosa do emprego da dignidade humana é imprescindível, haja vista que trata-se de um direito fundamental, "que visa impedir a atuação arbitrária das autoridades e a assegurar a possibilidade de controle das decisões não só pelas partes e instâncias superiores, como também pela sociedade em geral" (SARMENTO, 2016, p. 308).

Apesar do dever do princípio ser devidamente fundamentado, isso não quer dizer que, “em cada caso que envolva a aplicação do princípio, o intérprete deva mergulhar nos debates complexos, intermináveis e profundamente divisivos que o cercam”. Deve ser respeitado o minimalismo judicial, no qual o Poder Público não deve ir além do necessário para a resolução do caso (SARMENTO, 2016, p. 317).

Por fim, Daniel Sarmento afirma que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos mais importantes da República. Porém, o princípio não deve continuar sendo usado de forma tão maleável pelos intérpretes, daí surgiu a preocupação de sua obra em estabelecer a definição de um conteúdo básico, com seus quatro componentes, para melhor compreender a dignidade humana (SARMENTO, 2016, p. 338).

6 DA DIGNIDADE HUMANA EM INGO WOLFGANG SARLET

Segundo Sarlet a dignidade da pessoa, diversamente do que acontece com as demais normas fundamentais, não cuida de direitos específicos da existência humana, mas, sim, de um direito genérico e amplo, tido como inerente, conferido a todo e qualquer ser humano, de tal modo que a dignidade “passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal”. Acontece que, essa definição não obtém êxito e acaba por não amparar uma compreensão adequada do que de fato a dignidade da pessoa humana tutela (SARLET, 2011, p. 50).

Assim, como forma de facilitar o entendimento e para melhor compreender a dignidade da pessoa humana, em uma concepção multidimensional aberta e inclusiva, Sarlet propõe o seguinte conceito:

Temos por dignidade da pessoa humana 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,

neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem 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, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 73).

Na tentativa, portanto, de construir uma concepção apta de dignidade humana e que possa servir como parâmetro para aplicação também no âmbito do direito, o autor (SARLET, 2011, p. 52) destaca que a dignidade como uma qualidade intrínseca é inalienável e irrenunciável, qualificando o ser humano como sujeito digno pela sua própria natureza humana, qualidade que dele não pode ser separada, lhe sendo inerente no seu mais íntimo ser.

Assim, compreendida como uma condição humana que lhe é irrenunciável, o autor sustenta que a dignidade deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, contudo, não pode ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada) já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente (SARLET, 2011, p. 53).

Nesse sentido, ainda importa destacar que a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa humana, dos indivíduos mais respeitáveis aos mais reprováveis, portanto, "mesmo o maior dos criminosos - são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos" (SARLET, 2011, p. 54). Sendo esse o mesmo entendimento que traz o art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos". "Dotados de razão e consciência, devem agir um para com os outros em espírito e fraternidade." (SARLET, 2011, p. 54).

A titularidade da dignidade decorre da própria condição humana, que independe da capacidade da pessoa de se relacionar e expressar e dispensa a autoconsciência ou a compreensão da própria existência. Como observa o autor, "mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada" (SARLET, 2011, p. 61-62).

Diante disso, Sarlet explica que o ser humano nunca poderá ser tratado como mero instrumento para realização de objetivos alheios, porém, destaca que tal premissa não exige que jamais se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, "que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas" (SARLET, 2011, p. 62).

Em relação a noção de autonomia da vontade e racionalidade, em reprodução da análise de Dieter Grimm, Sarlet conclui que a dignidade como valor intrínseco do ser humano permite que indivíduo decida de forma autônoma e consciente sobre seus projetos existenciais, "mesmo onde essa autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana" (SARLET, 2011, p. 63).

Pelo fato da dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, deve-se analisar a dimensão comunitária dessa dignidade, uma vez que todos convivem em sociedade ou em determinado grupo. Kant ao tratar do tema sempre afirmou o caráter intersubjetivo do princípio, pontuando que a relação em comunidade dos seres humanos deve ser respeitada. Nesse mesmo contexto, Sarlet cita o filósofo Immanuel Kant:

é verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também não lhes subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida das suas forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como um fim

sem si mesmo. Pois se um sujeito é fim em si mesmo, os seus fins tem de ser quando possível os meus, para aquela ideia poder exercer em mim toda a sua eficácia (KANT apud SARLET, 2011, p. 63).

Em síntese, a autonomia deve ser compreendida como a liberdade positiva das pessoas a tomarem suas próprias decisões, contudo, é relativa e deve se limitar a não causar danos a terceiros.

Por outro lado, há quem defenda que a dignidade não deve ser considerada exclusivamente como inerente à natureza humana, uma vez que a dignidade também possui um sentido histórico e cultural, resultado do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, motivo pelo qual as várias concepções e conceitos do princípio se comunicam. Descartando a tese de que a dignidade possa ser compreendida ou equiparada a uma possível dimensão biológica. É pelo fato da dignidade da pessoa humana não possuir um conteúdo universal e fixo, que dificilmente poderá ser interpretada por uma "fórmula que tenha pretensão de ser a verdadeira noção de dignidade" (SARLET, 2011, p. 58).

Nesse sentido, Sarlet sustenta que reconhecer uma dimensão cultural e prestacional da dignidade não significa acolher a dignidade como prestação, mas sim, como uma "condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação" (SARLET, 2011, p. 59-60).

Segundo essa corrente, "a pessoa alcança (conquista) sua dignidade a partir de uma conduta autodeterminada e da construção exitosa da sua própria identidade." (SARLET, 2011, p. 60).

É justamente nesse contexto que Sarlet explica a importância da constatação de que o princípio possui dupla função. Na função defensiva, o princípio "encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade)"; já em sua função prestacional, o

princípio “impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade” (SARLET, 2011, p. 77).

No que concerne a respeito do vínculo do princípio da dignidade e dos direitos fundamentais, para Sarlet, é necessário sempre considerar a ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais mesmo não havendo um conceito objetivo e absoluto entre ambos, haja vista que segundo ele, essa relação é a base para que tanto o princípio como os direitos fundamentais possam ser definitivamente efetivos e capazes de produzirem os efeitos desejados na esfera jurídica (SARLET, 2011, p. 78).

A dignidade da pessoa humana tem uma posição essencial como fundamento da Constituição Federal brasileira vigente, tornando-se a essência do Estado democrático de Direito. Dessa forma, consagrada expressamente como um princípio fundamental, o Constituinte de 1988 reconheceu tacitamente que é o “Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas” (SARLET, 2011, p. 80). Esse motivo acabou por levar a dignidade humana a uma dimensão problemática quanto a sua aplicação, levando muitos doutrinadores a entender a dignidade humana como um princípio máximo e absoluto, razão pela qual sempre e em todos os casos em que surgir um possível conflito deverá prevalecer, em relação aos demais princípios e normas.

Nesse viés, Sarlet compartilha da concepção de Alexy no sentido de existirem dois conceitos de dignidade da pessoa humana que se contrapõem: um absoluto e outro relativo, tratando-se de regra e princípio. Alexy ao se referir à distinção entre princípios e regras, explica que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização” (SARLET, 2011, p. 90).

De acordo com o conceito absoluto, a dignidade da pessoa humana é uma regra superior a todas as outras, em todos os casos, motivo pelo

qual não há possibilidade de se realizar a ponderação (SARLET, 2011, p. 98). Sendo assim, como regra, a dignidade não enfrenta limitação, devendo sempre prevalecer de forma absoluta. Por sua vez, de acordo com o conceito relativo, compreende a dignidade humana como um princípio que pode ser ponderado e relativizado, quando em colisão com outras regras, sendo que a concepção relativa é compatível com a análise da proporcionalidade.

Nesse entendimento, Sarlet destaca que a “dignidade na condição de valor intrínseco da pessoa humana, evidentemente não poderá ser sacrificada, já que, em si mesma, insubstituível, o que, de resto, em nada afeta” (SARLET, 2011, p. 100).

Partindo da premissa que as pessoas são titulares de direitos humanos em razão da sua intrínseca dignidade, é possível dizer que os direitos e garantias fundamentais encontram fundamento ou, ao menos, alguma projeção de conteúdo na dignidade humana.

Nesse contexto, Sarlet (2011, p. 102) sustenta que o princípio da dignidade humana, na condição de valor fundamental, exige o reconhecimento e proteção de todos os direitos fundamentais. Desse modo, sem o reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à pessoa, a própria dignidade não está sendo reconhecida, situação controversa em relação a afirmação de que ter dignidade equivale apenas a ter direitos, “pois mesmo em se admitindo que onde houver direitos fundamentais há dignidade, a relação primária entre dignidade e direitos, consiste no fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua inerente dignidade”.

Em relação a tal raciocínio, torna-se possível diferenciar direitos humanos como direitos absolutamente motivados pela dignidade humana, e direitos fundamentais que independente de ter ou não vinculação com a dignidade da pessoa, são garantidos em razão de sua previsão constitucional (SARLET, 2011, p. 102).

Alvo de grande discussão a respeito da conexão da dignidade humana com os demais direitos, principalmente na sua vinculação com o direito à vida, e no conseqüente resultado que esta ligação possa a vir ter, extrai-se a posição adotada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha que, nas palavras de Sarlet, há “uma espécie de fungibilidade entre a dignidade e a vida, no sentido de que onde há vida há dignidade, e a violação de um, por via de consequência, implica a violação do outro bem jurídico constitucionalmente tutelado” (SARLET, 2011, p. 104).

Sendo contrário a essa posição, o autor aqui ora estudado, adota a posição advogada na Alemanha por Michael Kloepfer, no sentido de resolver o dilema vida ou dignidade pela fórmula “vida e dignidade”, e não “vida ou dignidade”, “sem que isso se esteja a cancelar a absoluta fungibilidade dos conceitos, que seguem tendo um âmbito de proteção próprio e, para efeitos de uma série de aplicações, autônomo” (SARLET, 2011, p. 106).

A despeito de uma possível relativização da dignidade da pessoa humana, constata-se que Sarlet, em acordo com a doutrina majoritária se obstam veemente a qualquer tipo de restrição a dignidade pessoal, de tal forma que afirma que cada restrição a dignidade importa em sua violação e, portanto, encontra-se vedada pelo ordenamento jurídico. Nessa linha de entendimento, “nem mesmo o interesse comunitário poderá justificar ofensa à dignidade individual, está considerada como valor absoluto e insubstituível de cada ser humano” (SARLET, 2011, p. 162).

Embora reconheça a dificuldade na definição do conceito de dignidade, Ingo Sarlet enfatiza que: “a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida” (SARLET, 2011, p. 101).

Sarlet finaliza sua obra dizendo que “o governo que não toma a sério os direitos não leva a sério o Direito”, afirma que o Estado e os particulares que não levam a dignidade da pessoa humana a sério não trata com seriedade os direitos fundamentais e, acima de tudo, “não leva a sério a própria

humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas e que as faz merecedoras de respeito e consideração recíprocos" (SARLET, 2011, p. 174).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema de pesquisa proposto no presente artigo foi o seguinte: Quais os motivos que levaram à banalização do termo "Dignidade da Pessoa Humana" no ordenamento jurídico brasileiro? Qual possível conceituação e metodologia de aplicação poderia se reconhecer ao princípio a partir de principais juristas?

As várias transformações do entendimento de dignidade humana esculpidas ao longo do tempo por fatores sociais, econômicos, culturais, divinos e políticos, em conjunto com a indeterminação e ambiguidade do seu conteúdo, são os motivos que levaram a banalização do princípio da dignidade da pessoa humana.

A hipótese proposta se confirmou, uma vez que as mais diversas fundamentações jurídicas, com o objetivo de solucionar os inúmeros e mais variados conflitos, recorrem à dignidade humana com facilidade, resultando na banalização do princípio que parece estar presente na maioria de suas decisões. De fato, a dignidade humana, apesar de ser um valor de grande relevância no constitucionalismo contemporâneo, é também uma expressão ambígua que oferece dificuldades de delimitação e, conseqüentemente, de tutela pelo princípio normativo correspondente.

Barroso, buscou construir um conceito universal da dignidade humana. Ele separou o "conteúdo mínimo da dignidade humana" em três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. O valor intrínseco efetiva a ideia de nunca tratar a pessoa como apenas um meio e compreende vários direitos básicos, como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. A autonomia envolve tanto a sua dimensão privada, consistente no "autogoverno do indivíduo", como a pública, correspondente à participação

democrática. Ela envolve, ainda, o mínimo existencial, que proporciona os pressupostos materiais para o exercício das liberdades. E o valor comunitário, enseja restrições às liberdades individuais voltadas à proteção de direitos de terceiros, da dignidade do próprio indivíduo e de valores morais compartilhados na sociedade.

Novais aborda a dignidade humana como sendo fundamento dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. O autor parte da ideia de que a dignidade humana exige do Estado de Direito o respeito, à proteção e a promoção de um conjunto incontestável de direitos fundamentais, principalmente aqueles que visam garantir interesses relativos à vida e a prosperidade das pessoas, mais especificamente, os interesses individuais de liberdade, de autonomia e de bem-estar.

Para Sarmento, a definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana deve corresponder à concepção de pessoa manifesta na Constituição Federal de 88. Para o autor, o conteúdo fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana abrange quatro componentes: valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento.

Sarlet, de seu turno, definiu a dignidade humana como uma qualidade intrínseca de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade. Nesse sentido, envolve um conjunto de direitos e deveres que assegurem 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, 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, 2011).

A partir da compreensão de dignidade humana estudada através dos principais juristas brasileiros, conclui-se que a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como uma qualidade intrínseca inerente a todo e qualquer ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. É um valor fundamental inalienável

e irrenunciável, que serve de parâmetro e fundamento para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. O conteúdo fundamental da dignidade humana compreende cinco elementos essenciais: o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial, o reconhecimento e o valor comunitário.

Quanto a uma possível metodologia de aplicação adequada para diminuir os problemas relacionados ao seu emprego jurídico conclui-se que: Em primeiro lugar, quando a violação da dignidade da pessoa humana resultar de conflitos entre direitos fundamentais recomenda-se a aplicação do princípio próprio ao direito mais específico quando este incida simultaneamente com outro mais abrangente. Dessa forma, haverá delimitações mais claras para a decisão judicial, o que aumenta a sua previsibilidade e reduz o risco de arbítrio. A dignidade, nesses casos, serve apenas como critério para interpretação e aplicação do direito mais específico, mas ela não é aplicada diretamente à hipótese.

Deve-se cobrar maior precisão e rigor na fundamentação das decisões judiciais que invocam o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que quanto mais abrangente e indeterminado for o princípio, maior deve ser os argumentos usados na sua aplicação. Deve ser embasada num entendimento que é laico, neutro e universalista, não devendo ser interpretada a partir de dogmas religiosos e culturais.

Apesar da exigência de rigor na fundamentação, o uso do princípio deve se adequar ao minimalismo judicial, sempre que possível, haja vista que, para a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana as decisões não devem ser mais profundas que o necessário para a solução do caso, uma vez que na tentativa de proferir decisões muito “profundas” as chances de erros judiciais aumentam.

Do mesmo modo, as partes não devem invocar o princípio no processo pela ausência de direito expresso ou argumentação jurídica capaz de convencimento.

É certo que cada país possui suas peculiaridades quanto à organização jurídica e social, porém o conceito de dignidade tem de ser construído com base em um mínimo universal possível em qualquer sociedade, baseado nas relações humanas em geral e não somente adstritas aos direitos fundamentais nas constituições de cada Estado.

O respeito à dignidade humana é fundamental e se revela como base do Estado Democrático de Direito Brasileiro, principalmente, na garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma, o princípio não deve ser banalizado e servir como válvula de escape para um ativismo jurídico descomedido, no qual o Poder Judiciário torna-se um "legislador positivo indireto".

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BITTAR, Eduardo. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassi; MELGARÉ, Plínio (org.). **Dignidade da Pessoa Humana**. Fundamentos e Critérios Interpretativos, São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988**.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos**: teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

GARCIA, Emerson. Dignidade da Pessoa Humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. **Revista de Direito Privado; Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 21, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015.**

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana.** Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

DIREITO À MORADIA DIGNA E POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO MUNICÍPIO DE CAPINZAL-SC

Jâniana Bonamigo¹
Gabriela Samrsla Möller²

RESUMO

O presente estudo, baseado no método de abordagem dedutivo, pesquisas bibliográficas e de campo, tem como objetivo analisar a legislação internacional, brasileira, estadual e municipal acerca do direito à moradia adequada, mais precisamente quanto à eficácia deste direito no âmbito municipal, em Capinzal-SC. Para tanto, primeiramente, busca-se verificar sua positivação no ordenamento jurídico internacional, com as principais campanhas de incentivos desenvolvidas pela Organização das Nações Unidas (ONU). Posteriormente, passa-se ao estudo da positivação do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, sua força normativa de direito fundamental social, bem como sua distinção do direito de propriedade. Em seguida, serão abordadas as principais políticas públicas federais e estaduais, no que tange ao conjunto normativo habitacional de Santa Catarina, além de aspectos críticos acerca da financeirização da moradia. Por fim, chega-se à análise da eficácia da atuação do poder público municipal na promoção do direito à moradia em Capinzal-SC, que, em consonância com os documentos nacionais e internacionais norteadores do tema, apresenta-se satisfatória e torna esse direito fundamental social possível a seus cidadãos.

Palavras-chave: Direito à moradia adequada. Objetivo do desenvolvimento sustentável n. 11. Política pública municipal. Financeirização da moradia.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) – Campus de Joaçaba; janibonamigo1@hotmail.com

² Doutoranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) Campus de Joaçaba; gabriela.moller@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Com base na premissa de que a moradia digna é um direito humano, incentivado por tratados internacionais que o Brasil é signatário, pela Constituição Federal, legislações estaduais e locais, o presente estudo busca realizar uma pesquisa exploratória para identificar as políticas públicas incentivadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) voltadas à proteção do direito à moradia, bem como constatar aspectos sobre a descentralização do tema no ordenamento jurídico brasileiro, no estado de Santa Catarina e, no que tange à municipalização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, a aplicabilidade do ODS n. 11 no município de Capinzal-SC.

Buscou-se desenvolver uma pesquisa bibliográfica para conhecer a trajetória do direito à moradia adequada, desde sua projeção no ordenamento jurídico internacional, até sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, mediante a listagem dos principais pontos teóricos das políticas habitacionais nacionais, estaduais (Santa Catarina), até chegar no âmbito municipal, em Capinzal-SC, em que, valendo-se de uma pesquisa de campo, objetivou-se compreender como a teoria é aplicada na prática.

Através de três capítulos, procura-se desenvolver uma reflexão acerca de um tema complexo, por meio da realização de uma análise do conceito de moradia adequada, suas relações com os direitos fundamentais sociais e dignidade da pessoa humana, com fulcro na obrigação do Estado em assegurar à população o acesso adequado a este direito, não o tratando como bem de consumo ou mero objeto de financiamento.

Desta forma, levando-se em consideração a necessidade de pensar globalmente e agir localmente, ao final, o que se pretende responder com o estudo é se o poder público local – que se encontra próximo aos anseios populacionais – está aplicando estratégias incentivadas pelas Nações Unidas em consonância com o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n. 11 para

a promoção do direito à moradia adequada, abordando aspectos relativos à eficácia de sua atuação.

A hipótese, consiste em que as políticas públicas de promoção do direito à moradia são pautadas na financeirização da moradia, em que um direito fundamental social está condicionado ao mercado financeiro, e os cidadãos, titulares do direito à moradia, tornam-se meros consumidores.

Pela pesquisa realizada foi possível constatar que as questões habitacionais no município de Capinzal são pautadas em pressupostos incentivados pelos tratados internacionais, com ênfase na concessão do aluguel social, programas de urbanização de assentamentos precários e promoção de melhorias nas condições de habitabilidade da população, oferecendo especial atenção a classes mais vulneráveis, como idosos e pessoas com deficiência.

A conclusão a que se chegou foi que a experiência de gestão municipal relacionada à promoção do direito à moradia ocorre de acordo com o que preceitua a legislação nacional e supranacional, em que o poder público municipal, conhecendo e se encontrando próximo da realidade local, busca viabilizar o acesso à habitação digna para seus cidadãos, sendo que o principal projeto de realocação social e consequente acesso à moradia digna concretizado recentemente no município não ocorreu no formato de financeirização, mas sim, de total benefício à população.

Reconhecendo a complexidade do tema e a impossibilidade de esgotá-lo, ao final, foi possível verificar aspectos positivos acerca da atuação do município de Capinzal na promoção do direito à moradia.

2 O DIREITO À MORADIA ADEQUADA COMO UM DIREITO HUMANO: DA POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

Os direitos humanos são garantias jurídicas universais que protegem indivíduos contra ações ou omissões que atentem contra a dignidade humana. Visam a garantir o direito à vida e à integridade física e, além disso, consistem no alicerce da atuação estatal em um Estado democrático de direito.³

O direito à moradia adequada foi previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, relacionado assim, como uma necessidade vital do ser social, ora pelo seu viés fundamental, ora pela sua carga humanitária, sendo pressuposto essencial para a construção do Estado de Direito democrático.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU:

Artigo XXV: Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (NAÇÕES UNIDAS, 1948 apud BRASIL, 2013 p. 32).

A Declaração concedeu à moradia um atributo de direito humano, assegurando, além de condições mínimas de habitabilidade, a dignidade humana, princípio informador do sistema jurídico nacional e internacional. Tendo em vista que “se é certo que o direito à habitação se encontra com

³ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo. Foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020).

a dignidade da pessoa humana, também é evidente que não se cuida de qualquer habitação, mas sim da moradia que atenda aos parâmetros da dignidade da pessoa." (SARLET, 2010a, p. 34).

A moradia, ainda, passa a ser coligada a vários outros direitos humanos, como por exemplo, o direito à personalidade. Alves (1993, p. 14-16) afirmou que: "Morar é instintivo. Todos os animais moram; mas para o homem, a moradia é mais do que abrigo e proteção. Quando moramos, expressamos nossas identidades, construímos um modo de viver."

No mesmo viés, manifestando-se acerca da relevância, essencialidade e necessidade de uma moradia adequada, Silva (2001, p. 318) refere que "não há marginalização pior do que não se ter um teto para si e para sua família", sendo a moradia, portanto, direito humano primordial para uma vida digna.

Possuidor de matriz constitucional, o direito à moradia adequada está cristalizado no cenário jurídico internacional. Inicialmente foi previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos como pressuposto de um padrão de vida adequado; no ano de 1966 foi abordado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Comentário Geral n. 4 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; nas Agendas Habitat I, II e III da ONU e nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS n. 11.

Outrossim, pela relevância do alcance dos direitos humanos, o direito à moradia foi previsto em outros importantes documentos internacionais que, sequentemente foram incorporados à ordem jurídica brasileira, entre os quais merece destaque sua abordagem no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC):

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria continua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido,

a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

O referido documento foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 e, sendo um Estado-parte signatário, constitui o principal fundamento para o país ter responsabilidade de possibilitar a concretização desse direito (SAULE JUNIOR, 2004, p. 90).

Ante o exposto, vê-se que o direito humano à moradia adequada contém os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida digna. É baseado no completo bem-estar físico, mental e social, principalmente como resposta aos anseios das classes mais necessitadas, de modo que a falta de um local adequado para viver, proteger a si mesmo e aos seus, impedem a concretização de uma vida com dignidade, bem como põe em risco a própria existência física do homem.

2.1 ONU HABITAT – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ASSENTAMENTOS HUMANOS

As conferências mundiais visam abordar eventos temáticos, tais como direitos humanos, ideologia de gênero, moradia, saúde e meio ambiente. Atuam como fatores norteadores da sociedade civil, haja vista que possibilitam a consolidação, formulação e aperfeiçoamento de políticas públicas, estabelecendo diretrizes que posteriormente devem ser executadas pelos países participantes.

Neste aspecto, a política externa, pode ser compreendida como substrato material de políticas públicas nacionais, capazes de impactar novas estratégias de convivência no âmbito global, nacional e local, fazendo-se necessário analisá-las em sua integridade. Partindo desta perspectiva, tem-se como objeto de estudo da presente seção a Agenda Habitat, circunscrita em um ciclo de conferências que ocorrem na Organização

das Nações Unidas (ONU), e atuam como pressupostos essenciais para a implementação e consolidação do direito à moradia adequada no Brasil.

A Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Agenda Habitat I, ocorreu em Vancouver (Canadá), em 1976. Frente ao processo de urbanização acelerado, que escancarou disparidade de riquezas entre a população e condenou milhões de pessoas a viver na extrema pobreza, sem acesso à serviços básicos de higiene, comida, abrigo, água e energia elétrica, os países participantes reconheceram a necessidade de debater e buscar possíveis soluções para a problemática dos aglomerados urbanos (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2016b, p. 09).

Nesta primeira edição da Agenda, as noções de habitação e moradia foram complementadas pela introdução da perspectiva de assentamentos humanos inclusivos e sustentáveis. Restaram estabelecidas as seguintes diretrizes:

- a) urgência e progressividade na satisfação das necessidades básicas de comida, abrigo, água pura, emprego, saúde, educação, treinamento e seguridade social; b) proibição de discriminação por raça, cor, sexo, língua, religião, ideologia, origem social ou nacional ou outra causa; c) respeito ao direito de livre locomoção e à livre escolha do lugar de estabelecimento dentro dos limites do país; d) planejamento e regulamentação do uso da terra; e) respeito ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural; f) participação das pessoas, individual ou coletivamente, com medidas para assegurar a atuação das mulheres e jovens; g) prioridade aos menos favorecidos; h) cooperação internacional. (GOMES, 2005, p. 48).

A Conferência Habitat II, realizada no ano de 1996, em Istambul – Turquia, insere-se na chamada década das conferências sociais (ALVES, 2001, p. 253). Nela, ocorreu uma renovação dos compromissos assumidos na Conferência Habitat I, contando com a participação dos representantes

da sociedade civil e organizações não-governamentais, o que oportunizou que as questões habitacionais fossem discutidas a partir de diferentes perspectivas. Foram abordados aspectos relacionados à moradia adequada, às cidades como estratégia para desenvolvimento nacional, ao poder local como principal agente de mudança e à cooperação internacional (INSTITUTO PARANAENSE DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 1996, p. 11).

Ademais, na oportunidade foi lançado o Plano de Ação Mundial, que propôs diretrizes acerca do papel do Estado na concretização do direito à moradia, elencando, entre outros fatores, a necessidade de o poder público garantir igualdade na proteção habitacional; facilitar a segurança jurídica e o acesso às terras; impedir remoções forçadas; adotar políticas para que as moradias sejam habitáveis e de custo acessível, e promover apoios à grupos vulneráveis (GOMES, 2005, p. 59).

Não obstante, também influenciou, no Brasil, marcos valiosos da legislação, tais como a aprovação do Estatuto da Cidade em 2001, do Ministério das Cidades em 2003 e a criação do Conselho das Cidades (2004) que passaram a estabelecer metas públicas no setor de habitação e interesse social, tendo como maior exemplo o Programa Minha Casa Minha Vida (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2016b, p. 9).

A Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável – Habitat III, ocorreu em Quito no Equador no ano de 2016, a qual foi marcada por um forte vínculo com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, em especial com o ODS 11, que trata de cidades e comunidades sustentáveis.

Teve como finalidade promover políticas de habitação como forma de inclusão social, especialmente para os grupos de baixa renda, de forma a evitar a segregação espacial e as remoções forçadas, com ênfase aos assentamentos informais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017, p. 24). Para isso, pressupõe-se uma série de compromissos que, para serem

executados, necessitam do apoio dos governos em todas as esferas de poder, e aduz, entre outras, as seguintes metas:

[...] 31. Comprometemo-nos a promover políticas habitacionais nacionais, subnacionais e locais que apoiem a concretização progressiva do direito à moradia adequada para todos como um componente do direito a um padrão de vida adequado; que abordem todas as formas de discriminação e violência, prevenindo desocupações forçadas arbitrárias; e que tenham foco nas necessidades de pessoas sem-teto, pessoas em situações vulneráveis, grupos de baixa renda e pessoas com deficiência, viabilizando a participação e o engajamento de comunidades e atores relevantes no planejamento e na implementação destas políticas, incluindo o apoio à produção social do habitat, conforme legislação e padrões nacionais;

33. Comprometemo-nos a estimular a oferta de diversas opções de moradia adequada que sejam seguras e econômica e fisicamente acessíveis a indivíduos dos mais distintos estratos de renda, levando-se em consideração a integração socioeconômica e cultural de comunidades marginalizadas, pessoas sem-teto e aquelas em situações vulneráveis, e prevenindo a segregação [...]. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017, p. 12).

É nítido que a complexidade das relações urbanas requer ajustes humanitários e constantes avanços. O Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos passou por diversos aperfeiçoamentos, com a finalidade de estabelecer, junto aos governos locais, compromissos frente à problemática habitacional enfrentada em cada período, prezando pelo mínimo existencial e apoio aos grupos vulneráveis.

2.2 OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

N. 11: ASSENTAMENTOS HUMANOS INCLUSIVOS, RESILIENTES E SUSTENTÁVEIS

O crescimento expressivo do ambiente urbano em seu sentido material (ruas, edifícios, muros), deixa reflexos impactantes em seu sentido morfológico e social, principalmente no que tange à divisão sócio espacial, motivo pelo qual a cidade se torna a origem dos problemas humanos, marcada por intensa diversidade sócio cultural, política e econômica, e integra a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Ante o propósito de atender os anseios da geração atual sem comprometer as gerações futuras, com foco no respeito aos grupos vulneráveis, preservação ao meio ambiente e combate à pobreza, em 2015 a ONU lançou a Agenda 2030, composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, e 169 metas, resultando em um mecanismo efetivo para a transformação social (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017).

O estudo do ODS 11 faz-se relevante, uma vez que o deslocamento da população rural para os espaços urbanos é crescente resultando, atualmente, em mais da metade da população global ocupando centros urbanos. Ainda, segundo dados da ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017), até 2030, haverá 41 megalópoles com mais de 10 milhões de habitantes no mundo, motivo pelo qual o crescimento urbano merece atenção especial. O documento é composto, entre outras, pelas seguintes metas:

11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. 11.1: Até 2030, garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível, e aos serviços básicos e urbanizar as favelas. 11.3: Até 2030, aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis,

em todos os países [...]. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2015).

As demais finalidades do ODS 11 atuam em sentido semelhante: melhorar os assentamentos informais, garantir o acesso a um transporte das residências aos locais de trabalho e serviços sociais, viabilizando a participação no planejamento e gestão de assentamentos humanos e oportunizando proteção contra os efeitos de desastres naturais. Apresenta uma perspectiva de cidades sustentáveis, para que o crescimento econômico acompanhe os anseios humanos, ambientais e sociais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017).

Além disso, na atualidade inúmeros outros tratados internacionais versam também acerca dos direitos à moradia adequada ou pelo menos a alguns de seus elementos, no qual vale ressaltar que a ONU possui cerca de 12 (doze) textos diferentes que reconhecem o direito à moradia (BRASIL, 2013).

Vê-se então que o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n. 11 possui a missão de vincular diferentes nações e níveis de poder a um compromisso comum: atender à necessidade de milhões de pessoas que vivem às margens da pobreza, sem acesso à moradia adequada, emprego e saúde, condições que se cruzam e acabam se concentrando em locais específicos, ocasionando a segregação sócio espacial.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA ADEQUADA: DA POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL BRASILEIRO

Partindo da premissa da evolução cognitiva humana, para sobreviver, reinventar-se, adaptar-se e desenvolver todas as capacidades pessoais, é necessário possuir condições mínimas de habitação digna, tendo em vista

que seres humanos são criaturas frágeis que, física e fisiologicamente, necessitam de um local para repousar e desenvolver sua personalidade.

O direito fundamental social à moradia adequada requer uma interpretação multidisciplinar, haja vista que envolve elementos intrínsecos à dignidade humana, requer verdadeiras condições de habitabilidade, disponibilidade de serviços, saneamento básico, equipamentos públicos, localização adequada, custo acessível e priorização de grupos vulneráveis, pois “[...] aonde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2015, p. 28).

Não obstante, o direito à moradia vai muito além de uma construção civil. Há uma série de condições que devem ser atendidas para configurar a nomenclatura moradia adequada. Tais condições estão elencadas no comentário geral n. 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.

Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.

Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.

Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.

Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levadas em conta.

Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas.

Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural (ONU, 1991 apud BRASIL, 2013, p. 13, grifo nosso).

Para Nolasco (2008, p. 88) o direito à moradia trata-se da posse exclusiva e duradoura, de determinado espaço que se tenha proteção contra intempéries, que a intimidade seja resguardada e que seja possível praticar atos da vida cotidiana, tais como: alimentação, higiene e repouso. É o lugar íntimo e pessoal de existência do homem, é abrigo e proteção para si e os seus; é um direito inviolável, de proteção constitucional.

Observada sua relevância, no Brasil, o direito à moradia foi alçado ao status de direito fundamental social pela Emenda Constitucional n. 26 de 14/02/2000, cabendo ao Estado protegê-lo e efetivá-lo por intermédio de ações governamentais no setor habitacional.⁴

Os direitos fundamentais são classificados pela doutrina em três gerações. Na primeira geração, encontram-se os direitos civis e políticos; na segunda, direitos sociais, econômicos e culturais, em que o Estado deve atuar para garantir igualdade social; e na terceira geração, há direitos de solidariedade e fraternidade (MOKARZEL; TOLEDO, 2015, p. 10).

O direito à moradia está previsto no rol de direitos da segunda geração, e são aqueles “que visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais. Também pertencem a essa categoria

⁴ O termo 'direitos fundamentais' aplica-se para aqueles direitos de pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, revelando um inequívoco caráter supranacional (SARLET, 2010a, p. 2).

os denominados direitos econômicos, que pretendem propiciar os direitos sociais" (TAVARES, 2012, p. 502).

Para a efetivação no plano fático deste direito, há obrigações que o Estado possui em relação à moradia, quais sejam: a obrigação de se abster de atos que ofendam tal direito, de proteger a moradia contra a intervenção de terceiros e de atuar para sua concretização, pois ela integra o direito ao mínimo existencial (BRASIL, 2013, p. 39).

Com relação às obrigações estatais frente aos direitos fundamentais sociais, enfatiza Sarlet (2008 apud PEREIRA, 2012, p. 28-29):

Importa, desde logo, frisar que os direitos sociais abarcam tanto os direitos prestacionais – que requerem uma postura ativa do Estado – quanto os direitos defensivos – que demandam uma abstenção estatal – ou seja, uma postura negativa por parte do Estado. Pode-se afirmar, portanto, que os direitos sociais a prestações, a despeito de sua faceta positiva, também implicam direitos subjetivos negativos [...].

Quanto ao seu caráter defensivo, refere-se à proibição de violação por parte da sociedade em geral e do próprio Estado, de maneira que o cidadão não seja privado de moradia digna. E com relação à sua eficácia de direito positivo, refere-se ao objetivo comum de todos os entes da federação (art. 23, IX da CF/88), de erradicar a marginalização e construir uma sociedade justa e digna, viabilizando programas de melhorias na infraestrutura urbana e programas de habitação social (SARLET, 2010a, p. 330).

Nota-se que o direito à moradia, reconhecido como direito humano pelo seu caráter supranacional e, simultaneamente, como direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro, contém os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida digna, composto por liberdades, garantias e proteções que visam alcançar condições mínimas de habitabilidade, com segurança, paz e dignidade.

Ademais, seu conjunto normativo prevê medidas que ensejam a diminuição da problemática da falta de moradias, proibição de remoções forçadas, acessibilidade e segurança da posse, com atenção especial aos grupos vulneráveis e marginalizados.

3.1 DIREITO À MORADIA NO BRASIL: DO DIREITO DE PROPRIEDADE PARA O DIREITO À MORADIA ADEQUADA

A trajetória histórica do direito à moradia no Brasil carrega consigo traços da transição de um país colonial para industrial. A gradual modernização de atividades ocasionou maior concentração de famílias nas áreas centrais de grandes cidades, em busca de trabalho e melhores condições de vida. Todavia, as classes mais carentes foram postas às margens da economia urbana, gerando exclusão social que desencadeou a problemática das habitações coletivas irregulares (VAZ, 1994, p. 582).

Com isso, emergem questões pertinentes à segregação espacial habitacional, haja vista que o crescimento desigual e a falta de planejamento das cidades condicionam determinadas classes a ocupar áreas de risco, distante de serviços essenciais, sujeitos aos diversos tipos de violência, à insegurança, inundações, deslizamentos e condições de vida precárias e insalubres (MOREIRA; LEME, 2011, p. 3).

Na Constituição Federal de 1988, o direito à moradia não era previsto expressamente, mas já era notável seu caráter essencial, havendo menção no artigo 7º, IV, que previa entre os direitos dos trabalhadores "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia", bem como no artigo 23, IV, que estabelece que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais (BRASIL, 1988).

Com a redação da Emenda Constitucional n. 26 de 14 de fevereiro de 2000 a moradia passou a constar expressamente no rol de direitos fundamentais sociais do artigo 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, 2000, grifo nosso).

Outrossim, faz-se oportuno conceituar a distinção terminológica entre propriedade e moradia. Para Diniz (2006, p. 89), o direito de propriedade pode ser entendido como “o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”.

Está previsto na Constituição Federal de 1988, sendo a propriedade vinculada à sua função social:

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: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social [...]. (BRASIL, 1988).

À medida que a moradia, nata ao ser humano, existe enquanto “bem da personalidade”, com proteção assegurada na Constituição, no Código Civil, e em legislações esparsas específicas como no Estatuto da Cidade (SOUZA, 2008, p. 45-47).

Desta forma, embora exista uma forte ligação subjetiva entre os dois institutos, eles são independentes entre si, e podem ou não coexistir: de um lado a moradia, como uma necessidade vital e intrínseca ao ser humano,

não sendo uma escolha, ou um direito eventual; e em contrapartida, a propriedade privada, que consiste em uma conquista financeira, muitas vezes dispensável, não configurando necessidade vital.

De acordo com a precisa manifestação de Sarlet (2010a, p. 329-330):

No concernente ao seu conteúdo, impõe-se o registro de que o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade (e do direito à propriedade). Muito embora a evidência de que a propriedade também possa servir de moradia ao titular e que, para além disso, a moradia (na condição de manifestação da posse) acaba, por expressa previsão constitucional e em determinadas circunstâncias, assumindo a condição de pressuposto para a aquisição da propriedade (como ocorre no usucapião constitucional), atuando, ainda, como elemento indicativo do cumprimento da função social da propriedade e da posse, o direito à moradia, convém frisá-lo, é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprio.

Destarte, observadas suas peculiaridades, vê-se que o direito à propriedade privada pode ser limitado frente à interesses maiores, que são os interesses sociais, para que assim, direito à propriedade e à moradia possam conviver de forma harmônica, cumprindo a propriedade sua função social e viabilizando ao Estado o atendimento ao seu dever de prover e zelar pelos direitos fundamentais, atendendo a concretização no plano fático do direito fundamental social à moradia.

4 DA PROTEÇÃO NORMATIVA AO DIREITO À MORADIA NO BRASIL: DA PROTEÇÃO NACIONAL À PROTEÇÃO DO MUNICÍPIO DE CAPINZAL-SC

Observados os aspectos pertinentes à positivação do direito à moradia no ordenamento jurídico internacional, sua expressa proteção na

Constituição Federal brasileira e sua distinção do direito de propriedade, faz-se oportuno trazer à tona os principais marcos legais infraconstitucionais de proteção normativa nacional deste direito.

Em consonância a isso, abordar-se-á a competência comum a todos os entes da federação de desenvolver políticas públicas voltadas ao setor habitacional (art. 23, IX, CF/88), trilhando a trajetória desde sua proteção normativa nacional, passando pela esfera estadual de Santa Catarina para, por fim, alcançar a municipalização da temática, em Capinzal-SC.

4.1 DA PROTEÇÃO NORMATIVA NACIONAL

O setor habitacional passou por mudanças com a extinção do Banco Nacional de Habitação (BNH) em 1986, momento em que ocorreu considerável redução de recursos para investimentos. O enfrentamento dos problemas habitacionais no Brasil ganhou outra dimensão com a agenda da reforma urbana, em que o Governo Federal deu a devida importância ao tema (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2016a, p. 325).

Os programas de incentivo à moradia, com ênfase no desenvolvimento urbano e social se intensificaram, principalmente após a aprovação do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) e da criação do Ministério das Cidades, “encarregados de formular a política urbana em nível nacional e fornecer o apoio técnico e financeiro a governos locais” (ROLNIK, 2015, p. 294).

O Ministério das Cidades, instituído pela Lei n. 10.683/2003, surgiu pela necessidade de atuação governamental nos três principais problemas sociais urbanos relacionados ao território, sendo eles: moradia, saneamento básico, e mobilidade urbana. Para debater a política de desenvolvimento urbano, foram desenvolvidas duas Conferências Nacionais das Cidades, nos anos de 2003 e 2005, sempre precedidas de conferências nos estados e municípios, para ampliar a participação na gestão das políticas urbanas (MARICATO, 2006, p. 215).

Também foi criado o Conselho das Cidades (ConCidades), como órgão integrante do Ministério das Cidades, responsável pela negociação entre os atores sociais, para tornar abrangente a participação nas tomadas de decisões sobre as políticas executadas pelo Ministério (BRASIL, 2020).

No que diz respeito ao financiamento habitacional, o Ministério das Cidades desenvolveu novo Sistema Nacional de Habitação, com o intuito de gerar cooperação entre União, estados e municípios, em consonância com a iniciativa privada, cooperativas e associações populares, com a finalidade de combater o déficit habitacional (MARICATO, 2006, p. 217).

Convém observar que o Ministério das Cidades foi extinto pela Lei n. 13.844/2019, sendo que nos termos do artigo 57, inciso IV da referida lei, as funções de sua competência foram atribuídas ao Ministério do Desenvolvimento Regional (BRASIL, 2019). Merece destaque, em 2005, a implementação do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS); em 2007, o Programa de Aceleração do Crescimento – Urbanização de Assentamentos Precários – PAC/UAP; e em 2009, o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), que viabilizaram recursos para os municípios fomentarem o desenvolvimento regional.

O Sistema Nacional de Habitação e Interesse Social (SNHIS) teve como objetivos proporcionar para a população de menor renda o acesso à moradia digna e sustentável, implementar políticas de habitação e apoiar as instituições que desempenham funções no setor habitacional. (BRASIL, 2005). Ademais, aproximou o tema da moradia aos municípios, ao prever que eles deveriam aderir ao Sistema para criar seus próprios fundos e conselhos locais, viabilizando a constituição de planos próprios de habitação, com participação popular, de acordo com as necessidades de cada região (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2016a, p. 332).

4.1.1 Plano Nacional de Habitação

Visando implementar a nova Política Nacional de Habitação, fortalecer o setor e gerar um ambiente capaz de propiciar moradia digna à todos, especialmente para os grupos de baixa renda, o Governo Federal lançou o Plano Nacional de Habitação (PlanHab), previsto na Lei n. 11.124/2005 que, em consonância com o Ministério das Cidades, com a Política de Habitação e com o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, surgiu para fortalecer o sistema habitacional.

O PlanHab teve como objetivo “estruturar uma estratégia para enfrentar a questão habitacional e urbana, um dos mais dramáticos problemas sociais, buscando articular uma política de inclusão com o desenvolvimento econômico do país” (BRASIL, 2009b, p. 10). Foi desenvolvido para orientar o planejamento das ações públicas e privadas, direcionando recursos para o enfrentamento das necessidades habitacionais do país e de apresentar estratégias para combate à falta de moradias. Suas ações foram definidas em quatro eixos:

- a) modelagem de subsídios e alavancagem de financiamentos para população de baixa renda;
 - b) organização institucional e ampliação dos agentes do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social;
 - c) propostas e mecanismos de fomento para a cadeia produtiva da construção civil;
 - d) incentivos à adoção de mecanismos de política territorial e fundiária para ampliação de áreas para habitação de interesse social.
- (BRASIL, 2010, p. 25-27).

Visou a universalização do acesso ao direito à moradia. Apesar de consistir em um grande desafio, quando deparado com o déficit habitacional, com o descaso histórico com o tema, com as desigualdades sociais e com o

montante de recursos que demanda, o Plano Nacional de Habitação foi um marco histórico na trajetória da política habitacional (BRASIL, 2010, p. 26).

A formulação do documento contou com a participação de distintos grupos da sociedade civil, que permitiram discutir a temática sob várias perspectivas. Os principais fóruns de participação da sociedade do PlanHab foram os seguintes:

a) Grupo de Acompanhamento do PlanHab; b) Instâncias institucionais de controle social e participação; c) Seminários Regionais; d) Debates com segmentos específicos da sociedade civil organizada; e) Oficinas Técnicas com especialistas; f) Apresentações e debates com público interessado. (BRASIL, 2009b, p. 22).

A formulação do PlanHab, além de ter uma expressiva participação de diversas instituições e da sociedade, prezou por uma atenção direcionada de acordo com as necessidades habitacionais de cada localidade, de maneira que foram traçadas estratégias de atuação baseadas no contingente populacional, diversidade e demanda de moradias dos municípios de cada região do brasileira (BRASIL, 2009b, p. 24).

Também foi traçado um horizonte temporal de desenvolvimento (2007 – 2023), com revisões periódicas em anos de elaboração dos Planos Plurianuais (PPAs), baseado em necessidades habitacionais e fontes de receitas para o setor, incluindo construção de novas unidades habitacionais, urbanização de assentamentos precários e a complementação da infraestrutura (BRASIL, 2009b, p. 14).

4.1.2 Estatuto da cidade

A função social da cidade passa a ser observada sob uma nova ótica a partir de 2001, com a promulgação da Lei Federal n. 10.257 (Estatuto da

Cidade), que dispõe sobre cidades sustentáveis e regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, referentes à política urbana.

O Estatuto da Cidade atua como norma regulamentadora do meio urbano, estabelece diretrizes, serve de instrumento na ordenação dos espaços urbanos e atua na busca da solução para problemas sociais, como a falta de moradia e de saneamento básico, nítidos nas camadas carentes da população (BRASIL, 2001):

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – Garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à **moradia**, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2001, grifo nosso).

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2016a, p. 15), o Estatuto da Cidade é resultado de reivindicações e manifestações sociais urbanas, principalmente na defesa pela moradia adequada como pressuposto para uma existência digna, que traz consigo uma série de outros direitos conectados a cidades sustentáveis, tais como segurança da posse, disponibilidade de serviços, infraestrutura, habitabilidade e localização adequada.

Conta também com mecanismos para enfrentamento da crise habitacional no país, entre os quais, convém especialmente citar as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) e a concessão de uso especial para fins de moradia (BRASIL, 2001). As ZEIS são áreas destinadas à habitação de interesse social, ou à regularização, quando tratar-se de assentamentos informais, e a concessão de direito especial de uso para fins de moradia

possibilita a regularização de imóveis públicos ocupados irregularmente por grupos vulneráveis (SILVA et al., 2020, p. 05).

Tais instrumentos buscam construir uma ordem urbanística socialmente justa e inclusiva, promovendo o direito à cidade, a fim de observar a função social da propriedade, haja vista que regularizar os assentamentos informais e controlar a ocupação desordenada de áreas urbanas são medidas imprescindíveis quando se trata de atender as demandas por moradia digna.

Não obstante, os pressupostos normativos do Estatuto da Cidade são acolhidos pelos planos diretores municipais, sendo possível constatar que neles há a inclusão de instrumentos para efetivação do direito à cidade, especialmente no que tange à habitação, zoneamento e mobilidade urbana.

4.1.3 Minha Casa Minha Vida e Casa Verde e Amarela

No ano de 2007, visando promover o direito à cidade, o desenvolvimento econômico e buscando construir um ambiente favorável aos investimentos financeiros, o Governo Federal lançou o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), que contou com duas fases: No PAC1, foi criado o Programa de Urbanização de Assentamentos Precários (PAC-UAP), e o PAC2 incluiu o Programa Minha Casa Minha Vida, tornando-se os maiores programas habitacionais (CARDOSO; DENALDI, 2019, p. 01).

O Programa Minha Casa Minha Vida, instituído pela Lei n. 11.977/2009 surgiu pela necessidade de viabilizar a produção habitacional em larga escala para famílias urbanas e rurais, de forma a enfrentar o déficit habitacional com o objetivo de zerá-lo com o passar do tempo. Além disso, serviu como um incentivo frente à crise econômica de 2008 (FERREIRA et al., 2019, p. 02-03).

Vale frisar que, o referido programa “Minha Casa, Minha Vida” contou com dois subprogramas, divididos em habitação urbana e rural, em que o PHNU (Programa Nacional de Habitação Urbana) “tem por objetivo promover

a produção ou aquisição de novas unidades habitacionais ou a requalificação de imóveis urbanos”, e ao PHNR (Programa Nacional de Habitação Rural) cabe “subsidiar a produção ou reforma de imóveis aos agricultores familiares e trabalhadores rurais”, nas propriedades rurais, posses e agrovilas (BRASIL, 2011).

No que tange à habitação urbana, se por um lado gerou inclusão e acesso à moradia, por outro lado o PMCMV também acabou, involuntariamente, possibilitando a segregação sócio espacial, haja vista que a política habitacional foi entregue à uma estratégia de mercado, em que os empreendimentos para famílias de baixa renda eram implantados em locais com menor custo de terra, distante de acesso aos serviços urbanos e com ausência de infraestrutura (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2016a, p. 337).

Em substituição ao programa Minha Casa Minha Vida, surge um conjunto de medidas para aprimorar os programas habitacionais já ofertados, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico, combate ao déficit habitacional, e qualidade de vida da população urbana e rural, sendo instituído pela Lei n. 14.118/2021 o denominado programa “Casa Verde e Amarela” (PCVA).

Divide os beneficiários urbanos em três grupos, de acordo com a renda: Grupo 01, composto por famílias de renda de até R\$ 2.000,00 mensais; grupo 02, famílias com renda de até R\$ 4.000,00 mensais; e grupo 03, famílias de com rendimentos de até R\$ 7.000,00 e, quanto aos residentes em áreas rurais, a renda anual deve ser de até R\$ 84.000,00 (BRASIL, 2021a).

Entre outros objetivos, prevê possibilidade de ampliar o acesso de moradias a famílias de baixa renda e realizar melhorias nas moradias já existentes, no que tange ao seu caráter fundiário, de saneamento e infraestrutura; contribuir para que haja melhoria da qualidade de vida da população, redução de custos e sustentabilidade ambiental; estimular a

inserção de diversos grupos empresariais e entidades sem fins lucrativos no programa (BRASIL, 2021a).

O programa Casa Verde e Amarela destina taxas de juros diferentes de acordo com as regiões do Brasil, e torna-se mais abrangente que Minha Casa Minha Vida por prestar apoio aos municípios também no que tange à regularização fundiária, proporcionando às famílias além de moradia adequada, segurança da posse.

4.2 DA COOPERAÇÃO FEDERATIVA: LEGISLAÇÃO ESTADUAL E MUNICIPAL

A legislação federal é o eixo norteador das políticas habitacionais no Brasil. Todavia, a Constituição Federal (art. 23, IX) prevê a diretriz da cooperação federativa, determinando como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a promoção de programas de moradias (BRASIL, 1988).

Tendo em vista a descentralização do tema e, a oportunidade de o poder público local – que se encontra próximo dos anseios populacionais – observar as peculiaridades de cada região, há a possibilidade de estados e municípios aderirem ao Sistema Nacional de Habitação e Interesse Social (SNHIS).

A política habitacional de interesse social deve priorizar os planos, programas e projetos habitacionais para a população de baixa renda, articulados no âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, de acordo com o Art. 4º, II, a, da Lei do SNHIS (BRASIL, 2005). Sendo atendidos seus requisitos obrigatórios, tais como a instituição de Fundos, Conselhos e Planos Locais de Habitação, estados e municípios têm acesso a recursos do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), viabilizando a melhoria das condições de moradias locais (BRASIL, 2021b).

Observados aspectos pertinentes à legislação internacional e nacional que regulamentam o direito à moradia, passa-se à análise da legislação na esfera estadual pela Constituição do estado de Santa Catarina, e municipal, com fulcro no conjunto normativo de Capinzal-SC.

4.2.1 Legislação do estado de Santa Catarina

Na Constituição estadual de Santa Catarina, há disposições no sentido de propiciar melhorias nas condições de habitação, tanto para o perímetro urbano, quanto rural. A proteção ao direito à moradia está prevista expressamente no art. 153, I, como princípio fundamental do estado, interligado ao direito à saúde:

Art. 153: [...] Parágrafo único. O direito à saúde implica os seguintes princípios fundamentais: I - trabalho digno, educação, alimentação, saneamento, **moradia**, meio ambiente saudável, transporte e lazer (SANTA CATARINA, 1989, grifo nosso).

Ademais, o mesmo texto legal em seu art. 142 também determina que “as diretrizes de planos de desenvolvimento social proporcionarão, gradativamente, habitação a todas as famílias, sendo destinada atenção especial as famílias de baixa renda” (SANTA CATARINA, 1989). Bem como, dispõe sobre a necessidade de os municípios estabelecerem em seus planos plurianuais metas e prioridades para o setor habitacional.

Para o enfrentamento à problemática, a Companhia de Habitação do Estado de Santa Catarina (COHAB/SC) era responsável por executar a política habitacional de interesse social, atuando como agente operador do Fundo de Habitação Popular do estado de Santa Catarina (FUNDHAB). A partir de 2017, com a extinção da COHAB pela Lei n. 17.220, a atribuição da política

habitacional passou para a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social, sendo atualmente responsável pela condução dos projetos.

O estado, além de recursos oriundos de programas federais, possui como principal ação social o Programa de Habitação Popular Nova Casa, instituído pela Lei n. 422, de 25 de agosto de 2008, que visa atender famílias cuja renda não exceda 12 (doze) salários mínimos, priorizando aquelas com rendimento máximo de até três salários mínimos, e as atingidas por catástrofes, que residam em áreas de risco (SANTA CATARINA, 2008).

O programa destina reserva de vagas para ocupação de unidades habitacionais à grupos vulneráveis, em que 5% (cinco por cento) das vagas são destinadas para idosos, 5% (cinco por cento) para pessoas com deficiência, e 20% (vinte por cento) para mulheres que sustentam o núcleo familiar, nos termos do Art. 2º da referida lei (SANTA CATARINA, 2008).

Oportuno pontuar que cada unidade habitacional é desenvolvida na modalidade de empréstimo, em que os valores concedidos mediante a transferência de recursos da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social ao beneficiário, devem ser precedidos de garantias apropriadas e equivalentes ao valor da unidade que fora repassado.

Anualmente, diversos setores do estado destinam orçamentos ao FUNDHAB, que posteriormente são aplicados para as finalidades de construção, aquisição, ampliação, reforma ou locação social de conjuntos habitacionais; obras destinadas a melhores condições de habitabilidade; aquisição de terrenos destinados à construção de moradias de interesse social, entre outros (SANTA CATARINA, 2008).

Não obstante, o estado também conta com o Núcleo de Habitação e Urbanismo e Direito Agrário (NUHAB) da Defensoria Pública de Santa Catarina, que acompanha as políticas públicas e atua na tutela coletiva do direito social e humano à moradia, visando a defesa em caso de despejos, remoções, reintegrações de posse e outros conflitos fundiários que

apresentem risco para a posse e moradia de comunidades vulneráveis (SANTA CATARINA, 2010).

Porém, apesar dos esforços governamentais, os desafios habitacionais enfrentados pelo estado tomam grandes proporções. Segundo informações do Cadastro Único, há atualmente 8.907 famílias vivendo em condições inadequadas de moradias, e o déficit de moradias de interesse social é de 152.983 famílias (CALLEGARO, 2021).

Somente em Florianópolis, capital do estado, aproximadamente 15% da população reside em áreas de risco ou em habitação precária, pois não conseguem acessar o mercado formal de habitação, restando como única alternativa a ocupação irregular (NSC TV, 2018). Resta cristalino que os projetos habitacionais no estado de Santa Catarina existem e são executados, mas tornam-se insuficientes frente à demanda habitacional, à dimensão, proporção e complexidade das questões que envolvem o direito à moradia digna.

4.2.2 Pensar globalmente e agir localmente: legislação do município de Capinzal-SC

O município de Capinzal, emancipado pela Lei n. 249 de 30 de dezembro de 1948, está localizado no meio oeste do estado de Santa Catarina, e possui população estimada de 20.769 habitantes, e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 0,752 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010). As possibilidades de trabalho na indústria local atraem famílias de diversas localidades, sendo fator primordial para o crescimento populacional do município, e consequente aumento da demanda habitacional.

O plano diretor municipal (LC 210/2017), documento norteador da atuação do poder público municipal, visa promover o direito à moradia como

necessidade social básica, por intermédio do Plano Municipal de Habitação e Interesse Social, e possui os seguintes objetivos:

Art. 13: [...] I – facilitar o acesso à habitação mediante incentivos para a aquisição de imóveis à população de baixa renda; II – monitorar e avaliar o Plano Municipal de Habitação de Interesse Social; III – combater os fenômenos de segregação urbana, desequilíbrios sociais e urbanísticos. (CAPINZAL, 2017).

Entre os incentivos para implementação de moradia adequada, pode-se citar o fortalecimento de programas habitacionais do município, programas de construção e reformas de unidades habitacionais, regularização fundiária, criação de novos loteamentos populares e aquisição de áreas destinadas a programas de habitação social (CAPINZAL, 2017).

Não obstante, o município possui Conselho e Fundo Municipal de Habitação, instituídos pela Lei Complementar (LC 117/2008), responsáveis pelo tratamento dos investimentos públicos e planejamentos relativos à habitação. Atuam em conjunto com a Assistência Social no sentido de garantir acesso à moradia com verdadeiras condições de habitabilidade aos cidadãos, principalmente aos mais vulneráveis (CAPINZAL, 2008).

A efetividade do direito fundamental à moradia não depende da propriedade imobiliária, mas sim de outras estratégias, entre as quais, no município de Capinzal, destaca-se o aluguel social. Previsto no art. 22 § 2º da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei n. 8.742/93), trata-se de benefício eventual para atender situações de vulnerabilidade temporária (BRASIL, 1993).

No âmbito municipal, o aluguel social está disposto na Lei Complementar n. 3.283/2018. O benefício é destinado ao pagamento de locação residencial a famílias que se encontrem em situações emergenciais de habitação, e é devido pelo período de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado uma única vez por mais 6 (seis) meses:

Art. 2º §1º Considera-se situação de emergência a moradia destruída, total ou parcial, ou interditada em função de condições climáticas, tais como: deslizamentos, inundações, incêndios, conforme parecer técnico da Defesa Civil, ou em risco social definido pela Diretoria de Habitação, que impeçam o uso seguro da moradia. (CAPINZAL, 2018).

O poder público municipal destina o montante de 70% (setenta por cento) do salário mínimo para pagamento do aluguel a famílias que residam há no mínimo 24 (vinte e quatro) meses no município, com renda mensal de até 1 (um) salário mínimo *per capita*, ou não superior a 03 (três) salários mínimos no total. O pagamento do aluguel do mês subsequente é condicionado a apresentação do recibo de pagamento do mês anterior (CAPINZAL, 2018).

No mês de agosto de 2021, no município de Capinzal, 7 (sete) famílias estavam sendo beneficiadas pelo aluguel social. A partir de vistorias *in loco* realizadas pela Defesa Civil e mediante avaliação psicossocial, torna-se possível delimitar os imóveis que não possuem condições de habitabilidade, tampouco estrutura adequada que se localizam em áreas de risco ou de difícil acesso, sendo então imprescindível que os moradores deixem o local e passem a residir em uma moradia adequada, custeada pelo município, pelo aluguel social.

Durante o prazo de pagamento do aluguel social, as famílias passam a residir em uma moradia digna, segura e adequada às necessidades humanas, custeada pelo município e, neste período, o poder público realiza a inclusão destas famílias em programas de habitação social.

Além disso, merece destaque a execução do Loteamento Nova Capinzal, que surgiu da necessidade de realocação social de pessoas que residiam em áreas de risco, sujeitas a inundações, em áreas verdes ou de preservação permanente. Os recursos foram oriundos do Governo Federal

por intermédio da Caixa Econômica Federal, e da Administração Municipal (CAPINZAL, 2020).

No que tange aos requisitos para ter acesso ao programa, as famílias mapeadas em áreas de risco deveriam inscrever-se no Cadastro Único, no setor habitacional da prefeitura, e comprovar renda mensal de até R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais). As obras iniciaram no ano de 2013, e foram concluídas em meados de outubro de 2020. No total, 162 (cento e sessenta e duas) famílias foram beneficiadas com uma unidade residencial, destas, aproximadamente 35 (trinta e cinco) famílias estavam recebendo aluguel social enquanto as obras não fossem concluídas.

Não obstante, o sorteio das casas entre os beneficiados seguiu a seguinte ordem de preferência: 10 (dez) casas para pessoas com deficiência, 36 (trinta e seis) casas para idosos, e 116 (cento e dezesseis) casas para os demais cidadãos, priorizando os grupos vulneráveis na escolha da unidade habitacional.

O terreno em que foi implementado o Loteamento Nova Capinzal é uma Zona Especial de Interesse Social. Foi delimitada e escolhida de forma que não fosse localizada distante da área de intervenção (local onde as famílias residiam) para que mantivessem preservada sua origem e não se sentissem prejudicadas pela realocação geográfica.

Entre as dificuldades encontradas pelo município na execução do projeto, convém destacar o fato de se depararem com diversas situações nas áreas de risco, verdes, de utilidade pública ou sujeitas a inundações: os casos mais comuns eram famílias de baixa renda que residiam em moradias precárias sem mínimas condições de habitabilidade; porém, também haviam famílias que possuíam boas residências, mas que pela localização do imóvel, precisaram ser removidas.

Tais dificuldades desencadearam a resistência de algumas famílias em abandonarem suas casas, porque possuíam um apreço emocional pelo local em que viveram por muito tempo e construíram sua história.

Ademais, foram encontrados entraves no que tange à renda mensal para ter acesso ao benefício, ora por famílias possuírem renda superior àquela delimitada, mas se encontrarem em áreas de risco, ora por ter passado um expressivo lapso temporal desde o cadastro das famílias até a entrega das residências, motivo pelo qual ocorreram mudanças econômicas e estruturais nas famílias.

Outro fator importante é que as famílias que se encontravam em situação de extrema vulnerabilidade social na antiga moradia precária, não pagavam IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), tampouco água, energia elétrica, ou rede de esgoto. Quando passaram a residir no Loteamento Nova Capinzal, apesar de não pagarem aluguel, precisaram se adequar à nova realidade, sendo com eles desenvolvidos trabalhos sobre consumo consciente e a importância de pagar tributos.

O novo loteamento de interesse social continua recebendo melhorias para propiciar adequação cultural a quem lá reside: estão sendo implementadas praças, campos, jardins, e centro comunitário para reuniões entre os moradores. Os locais de onde as famílias foram removidas estão passando por reflorestamento, e se tornarão áreas de preservação permanente (APP's).

Diferentemente tradicionais programas de financiamentos habitacionais, em que o direito à moradia está vinculado à empréstimos com taxas de juros reduzidos, no loteamento Nova Capinzal as famílias beneficiadas não estão pagando aluguel, financiamento ou qualquer contraprestação: como precisaram ser removidas de suas residências por tratar-se de áreas de risco, como forma de compensação, foi-lhes entregue uma moradia digna, adequada e que atende as necessidades humanas.

Pode-se observar que o projeto, além de proporcionar realocação social de famílias em áreas de risco, também foi eficaz no que tange à promoção do direito à moradia adequada, haja vista que, coincidentemente ou não, grande parte das moradias inadequadas do município estavam localizadas

em áreas de risco, de preservação permanente, sem regularização fundiária, e sem acesso à infraestrutura.

Sabe-se que os problemas relacionados à efetivação do direito à moradia surgem constantemente frente às complexidades das relações urbanas, não se limitando apenas à entrega de determinado projeto habitacional. Todavia, a experiência de gestão municipal de Capinzal, com auxílio de recursos federais, presta a devida atenção à temática, sempre buscando viabilizar formas de tirar seus cidadãos de situações precárias de habitação, priorizando grupos vulneráveis e prezando pela dignidade humana.

4.3 ANÁLISE CRÍTICA ÀS POLÍTICAS FEDERAIS, DO ESTADO DE SANTA CATARINA E DO MUNICÍPIO DE CAPINZAL

No que tange à promoção do direito à moradia no Brasil, é possível constatar que há expressa regulamentação infraconstitucional que norteia o tema, com mecanismos que preveem a aplicabilidade deste direito e pela competência comum entre os entes da federação, a temática pode ser explorada nos planos locais de habitação.

Todavia, vê-se que as principais políticas públicas de promoção do direito à moradia estão vinculadas ao mercado financeiro, situação em que um direito fundamental social depende de um financiamento habitacional para ser alcançado. Torna-se um fator negativo frente à realidade de famílias carentes que, por vezes, não são capazes de arcar com as custas do financiamento, o que acaba por vincular seu direito à moradia à uma longa relação de consumo.

Dessa forma, passa-se à análise crítica acerca das políticas públicas de habitação nas esferas governamentais, que conduzem à problemática da financeirização da moradia.

4.3.1 Da financeirização da moradia

Apesar da moradia consistir em um direito social, quando posto frente à interesses políticos e econômicos, torna-se pressuposto para formulação de projetos para aquisição de propriedade por intermédio de financiamentos, deixando de lado seu viés de direito fundamental, fazendo com que o direito à moradia se torne um bem de consumo (MÖLLER; CATALAN, 2020).

Segundo Kopper (2017), na medida em que o estado torna a moradia um “produto financeiro”, possibilitando seu acesso por intermédio de linhas de crédito, até mesmo pelas classes mais carentes, constrói a ideologia da casa própria, e a torna uma mercadoria fictícia de crédito. Os cidadãos – titulares do direito fundamental social à moradia – tornam-se meros consumidores, e o mercado financeiro substitui as políticas públicas de habitação

Transferir a atribuição de prover o direito à moradia ao mercado financeiro está atrelado à ideia de que ter a propriedade do imóvel seria a melhor opção, sendo essa forma de posse colocada no centro das políticas habitacionais. Se por um lado essa prática aduz efeitos positivos, por outro, deixa consequências negativas (ROLNIK, 2009, p. 12).

Entre os efeitos negativos, é válido citar a insegurança de milhões de famílias cujas vidas foram “hipotecadas”, ou que tiveram que abandonar os bairros onde viviam e passar a residir longe de serviços públicos essenciais, ora pelo aumento expressivo dos preços imobiliários, ora por políticas de remoção e reassentamentos. Ainda, de acordo com Rolnik (2009), formase um vínculo duradouro entre famílias beneficiadas com isenções fiscais, menores taxas de juros e financiamentos para aquisição da casa própria e o estado.

Após o exposto, convém analisar que as políticas públicas habitacionais federais, à exemplo dos programas Minha Casa Minha Vida e Casa Verde e

Amarela, estão condicionadas à um financiamento habitacional, com ênfase na promoção de moradias como bens de consumo, fator que distancia as famílias de baixa renda do verdadeiro acesso ao direito à cidade e à moradia adequada.

Se, por um lado atua como um fator positivo como resposta ao déficit habitacional no país por gerar segurança da posse e crescimento econômico, por outro lado, concede créditos para famílias que dificilmente teriam condições de contrair o empréstimo, aumentando ainda mais a vulnerabilidade de classes hipossuficientes frente às instabilidades econômicas (ROLNIK, 2009, p. 16).

A partir disso, pode-se verificar que, ao se considerar a moradia como uma mercadoria, ignora se completamente suas demais dimensões, gerando significativos impactos sobre seu viés subjetivo de pertencimento, qualidade de vida, construção da subjetividade e inclusão social (ROLNIK, 2009, p. 14).

Pela cooperação entre os poderes, no estado de Santa Catarina, as principais políticas de promoção do direito à moradia também ocorrem em sentido semelhante, na modalidade de empréstimo, em que a moradia está condicionada à uma garantia do valor que foi repassado pelo Estado para sua aquisição, para posterior quitação pelo beneficiado, ainda que com juros reduzidos.

Por fim, no que tange à municipalização do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n. 11 e da promoção do direito à moradia em Capinzal-SC, é possível analisar que a experiência auto gestonária do município, com recursos próprios e federais tem características peculiares, haja vista que o poder público identifica as necessidades específicas de seu povo e viabiliza formas para solucionar os problemas encontrados, delimitando áreas e buscando soluções para questões pontuais.

O município atua de acordo com princípios constitucionais de fortalecimento da cidadania, gestão participativa, democrática e luta por moradia adequada. A legislação municipal é aplicada de forma coerente e

eficaz em prol da promoção da moradia adequada, conforme preconizam os tratados internacionais e a legislação federal, tendo como principal ação emergencial, a concessão do aluguel social.

O principal projeto de realocação geográfica e acesso à moradia digna concretizado no ano de 2020 no município não ocorreu na forma de financiamento, mas sim de total benefício ao cidadão, sem qualquer contraprestação, ofertado em prol de famílias em situações precárias de habitação que residiam em áreas de risco, havendo unidades destinadas especialmente para grupos vulneráveis, tais como idosos e pessoas com deficiência, restando cristalina a necessidade de se pensar globalmente e agir localmente, no que tange à promoção do direito à moradia adequada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia adequada consiste em uma necessidade vital do ser social que está coligado a valores de personalidade, dignidade e bem-estar físico e mental, sendo pressuposto para a existência e desenvolvimento do homem. Possui força normativa de direito humano pela sua eficácia supranacional e de direito fundamental social pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A Organização das Nações Unidas (ONU), promove conferências e estabelece diretrizes para que os líderes globais adotem medidas para viabilizar o direito à moradia adequada, sendo o eixo norteador das políticas públicas nacionais, estaduais e municipais. O Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (ONU-Habitat) propõe um ideal de cidades social e ambientalmente sustentáveis, com o objetivo de propiciar habitação adequada para todos. Além disso, o direito à moradia está entre os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, sendo uma meta global que até o ano de 2030, todos tenham acesso à habitação segura, adequada e a preço acessível.

Na Constituição Federal brasileira, o direito à moradia foi alçado ao status de direito fundamental social de segunda geração, motivo pelo qual o Estado deve desenvolver prestações positivas para concretizá-lo, sendo competência comum de todos os entes da federação promover programas de melhorias para o setor habitacional. A promoção do direito à moradia e a consequente redução do déficit habitacional depende, entre outros fatores, de aplicação regionalizada das diretrizes incentivadas pelas Nações Unidas, bem como de projetar caminhos para alcançar a meta do ODS 11, visando tornar as cidades inclusivas, resilientes e sustentáveis.

Ao analisar as principais políticas públicas de promoção do direito à moradia na esfera federal e estadual, torna-se possível constatar que estão vinculadas à um financiamento habitacional. Se essa condição por um lado é positiva por propiciar segurança da posse, por outro lado é negativa por aumentar a vulnerabilidade de famílias carentes frente às instabilidades econômicas geradas pela concessão de um empréstimo, situação que vincula o direito à moradia uma relação de consumo.

O direito social à moradia, mesmo com toda a proteção jurídica, não tem experimentado a desejada efetividade, nem mesmo frente ao maior programa habitacional, denominado “Minha Casa Minha Vida”. Na prática, ainda faltam políticas públicas habitacionais que combatam o déficit para além da lógica da financeirização.

No âmbito municipal, em Capinzal-SC foi possível observar que o poder público local atua de acordo com os documentos internacionais norteadores do tema. As políticas públicas são desenvolvidas direcionando atenção prioritária para as pessoas em maior vulnerabilidade social, tais como idosos e pessoas portadoras de deficiência. Há constantes melhorias e adequações para dirimir os problemas relacionados à falta de moradias, ofertando subsídios como o aluguel social e realocação geográfica de famílias residentes em áreas de risco, além de auxílios para reformas e construções de novas unidades habitacionais.

O loteamento Nova Capinzal, maior projeto de realocação social concretizado atualmente no município, concedeu segurança da posse, habitabilidade, acessibilidade, economicidade, adequação cultural e disponibilidade de serviços aos seus habitantes, requisitos imprescindíveis para uma moradia ser adequada. Ademais, foi entregue em total benefício aos cidadãos, não sendo vinculado à um financiamento habitacional ou qualquer contraprestação, demonstrando assim a preocupação do poder público local proporcionar qualidade de vida, justiça social e alcançar a meta do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n. 11.

Após o exposto, resta evidente que os entraves que norteiam a promoção do direito à moradia surgem constantemente, em todas as esferas governamentais. Trata-se de um problema de cunho social, não sendo possível esgotá-lo ou resolvê-lo por completo tão somente pela outorga de determinado projeto de habitação social. Mas, pela atuação pública eficaz e ciente das necessidades estruturais e sociais da cidade, à exemplo do município de Capinzal, torna-se possível diminuir os impactos da falta de moradias e propiciar aos cidadãos o que há de mais valioso: a dignidade humana.

É necessário ressaltar que o presente estudo possui limitações no que tange a defasagens na coleta de dados na pesquisa municipal, haja vista que, ante a dimensão da temática, alguns fatores não foram levados em consideração, tais como a totalidade de famílias carentes do município que já foram atendidas por projetos habitacionais e o percentual que ainda está aguardando para ter acesso à moradia adequada, diante das frequentes e complexas necessidades estruturais do ambiente urbano.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: IBRI, 2001.

ALVES, Maria Magdalena. Homens de rua: aqueles que não moram. **Tempo e Presença**, Rio de Janeiro, ano 15, n. 267, p. 14-16, jan./fev. 1993.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais**. Brasília, 24 jan. 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Avanços e desafios**: política nacional de habitação. Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação: Brasília, 2010. 96 p. Disponível em: <http://www.capacidades.gov.br/media/doc/biblioteca/SNH010.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. **Conselho das Cidades (ConCidades)**. Ministério do Desenvolvimento Regional, Conselho das Cidades. Brasília, DF: Governo Federal, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/composicao/orgaos-colegiados/conselho-das-cidades-concidades>. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000. Dá nova redação ao artigo 6º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 fev. 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%2026%2C%20DE,6o%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.&text=.%22%20\(NR\),Art.,na%20data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%2026%2C%20DE,6o%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.&text=.%22%20(NR),Art.,na%20data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. **Direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/ PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. 76 p. ISBN: 9788560877362. Disponível em: https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/DH_moradia_final_internet.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Lei Federal n. 8.742 de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Lei Federal n. 11.124 de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jun. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. Lei Federal n. 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2009a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. Lei Federal n. 12.424, de 16 de junho de 2011. Altera a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jun. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm. Acesso em 2 set. 2021.

BRASIL. Lei Federal n. 13.844 de 18 de junho de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jul. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Lei Federal n. 14.118, de 12 de janeiro de 2021. Institui o Programa Casa Verde e Amarela. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jan. 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14118.htm. Acesso em: 3 set. 2021.

BRASIL, Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRASIL. **Plano Nacional de Habitação**. Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação. Brasília, dez. 2009b. 212 p. Disponível em: https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Habitacao/Material_de_Apoio/PLA-NONACIONALDEHABITAO.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Sistema Nacional de Habitação e Interesse Social**. Ministério do Desenvolvimento Regional, 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/habitacao/sistema-nacional-de-habitacao-de-interesse-social>. Acesso em: 3 jul. 2021.

CALLEGARO, Márcia. **Governo encaminha para Alesc projeto que reestrutura Fundo de Habitação Popular**. Florianópolis: Casa Civil – Governo de Santa Catarina, 26 jan. 2021. Disponível em: <https://www.scc.sc.gov.br/index.php/noticias/1355-governo-encaminha-para-alesc-projeto-que-reestruturara-o-fundo-de-habitacao-popular>. Acesso em: 2 jul. 2021.

CAPINZAL. Lei complementar n. 117/2008. Institui o Conselho Municipal de Habitação e o Fundo Municipal de Habitação. **Câmara Municipal de Vereadores**, Capinzal, 2008. Disponível em: <http://www.legislacaomunicipal.com/gedocnet/imagens/82939406000107/lei02967.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2021.

CAPINZAL. Lei Complementar n. 210 de 10 de dezembro de 2017. Institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Municipal do município de Capinzal. **Câmara Municipal de Vereadores**, Capinzal, 10 dez. 2017. Disponível em: https://static.fecam.net.br/uploads/689/arquivos/1128663_LC_210_2017.pdf. Acesso em: 5 jul. 2021.

CAPINZAL. Lei n. 3.283 de 28 de março de 2018. Dispõe sobre a provisão de benefício eventual de aluguel social no âmbito da política pública de habitação. **Câmara Municipal de Vereadores**, Capinzal, 28 mar. 2018. Disponível em: <http://www.legislacaomunicipal.com/gedocnet/redacoes/82939406000107/consolidadas/Lei03609.html>. Acesso em: 8 jul. 2021.

CAPINZAL. **Obras do Loteamento Nova Capinzal estão praticamente concluídas**. Município de Capinzal, 2020. Disponível em: <https://www.capinzal.sc.gov.br/noticias/ver/2020/04/obras-do-loteamento-nova-capinzal-estao-praticamente-concluidas>. Acesso em: 5 jun. 2021.

CARDOSO, Adauto Lucio; DENALDI, Rosana. **Direito à cidade e habitação: balanço do PAC urbanização de favelas**. 2019. Disponível em: <http://anpur.org.br/xviiienanpur/anaisadmin/capapdf-sl.php?reqid=25>. Acesso em: 30 jun. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Geniana Gazotto *et al.* Política habitacional no Brasil: uma análise das coalizões de defesa do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social versus o Programa Minha Casa, Minha Vida. URBE. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/urbe/a/jmR7Y6NdPqRwZf3PgQsVNjN/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

GOMES, Francisco Dinozete. **Direito fundamental social à moradia**: legislação internacional, estrutura constitucional e plano infraconstitucional. Porto Alegre, 2005, p. 48. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13076/000637931.pdf?sequence=1>. Acesso em: 9 mar. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico**. Capinzal, Santa Catarina: IBGE, 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/capinzal/panorama>. Acesso em: 10 jul. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Indicadores brasileiros para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. ODS Brasil, 2015. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=11>. Acesso em: 1 jun. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *In*: COSTA, Marco Aurélio (org.). **O estatuto da cidade e a Habitat III**: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana. Brasília, DF, 2016a. 361 p. ISBN: 9788578112868. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7121/1/O%20Estatuto%20da%20Cidade%20e%20a%20Habitat%20III.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Relatório brasileiro para o Habitat III**. Brasília, DF, 2016b. 139 p. ISBN: 9788578112042. Disponível em: <https://uploads.habitat3.org/hb3/National-Report-LAC-Brazil-Portuguese.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

INSTITUTO PARANAENSE DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Resultados. *In*: ENCONTRO PARA AVALIAÇÃO DO HABITAT II. 17-18 out. 1996, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba, 1997, 59 p. Disponível em: http://www.ipardes.pr.gov.br/sites/ipardes/arquivos_restritos/files/documento/2020-03/RP_resultados_avaliao_habitat2_02_1997.pdf. Acesso em: 5 maio 2021.

KOPPER, Moisés. Entre o mercado e o governo: as políticas habitacionais e a financeirização da moradia no Brasil. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2017.1.25166>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/civitas/a/z7x-GKFWy5QgfcD9mNLGXSKR/?lang=pt>. Acesso em: 4 set. 2021.

MARICATO, Ermínia. Cidades brasileiras: a matriz patrimonialista. **O ministério das cidades e a política nacional de desenvolvimento urbano**. IPEA, 2006. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4508/1/bps_n.12_ensaio2_ministerio12.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

MOKARZEL, Carolina Baracart; TOLEDO, Claudia Mansani Queda de. A relação entre o direito de propriedade e o direito à moradia na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, Minas Gerais, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revista-DireitoUrbanistico/article/view/57>. Acesso em: 1 ago. 2021.

MÖLLER, Gabriela Samrsla; CATALAN, Marcos (coord.). A cidade como objeto de consumo e os (consequentes) impactos da pandemia na órbita do direito à moradia. **Empório do Direito**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-cidade-como-objeto-de-consumo-e-os-consequentes-impactos-da-pandemia-na-orbita-do-direito-a-moradia>. Acesso em: 30 jul. 2021.

MOREIRA, Camilla Fernandes; LEME, Alessandro André. **Moradias e desenvolvimento**: Aspectos jurídicos e políticas públicas setoriais no Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2011. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo13.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2021.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, DF, 18 set. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jul. 2021.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

NSC TV. **17 mil famílias de Florianópolis estão na lista de espera por programas de habitação social da prefeitura**. Florianópolis, 21 jun. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/17-mil-familias-de-florianopolis-estao-na-lista-de-espera-de-programas-de-habitacao-social-da-prefeitura.ghtml>. Acesso em: 16 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Nova Agenda Urbana. *In*: CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL, 20 out. 2017, Quito. **Anais [...]**. Quito, 17-20 out. 2017. Disponível em: <https://uploads.habitat3.org/hb3/NUA-Portuguese-Brazil.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

PEREIRA, Jamile Cherém Gomes de Araújo. **Entre o direito à moradia e o direito de propriedade**: análise jurisprudencial e concreta à luz das políticas públicas que versam sobre direitos sociais prestacionais. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/102111/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20completa.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2021.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2015.

ROLNIK, Raquel. **Promoção e proteção de todos os direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, inclusive o direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Conselho de Direitos Humanos, 4 fev. 2009. Disponível em: https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2010/05/relatorio_crise_portugues.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

SANTA CATARINA. [Constituição (1989)]. Constituição do Estado de Santa Catarina. ed. atual. **Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, 1989. 245 p. Disponível em: http://www.alesc.sc.gov.br/sites/default/files/CESC_2021_-_80_emds.pdf. Acesso em: 4 set. 2021.

SANTA CATARINA. Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. **Núcleo de Habitação e Urbanismo e Direito Agrário – NUHAB**. Florianópolis, 2010. Disponível em: <http://defensoria.sc.def.br/nucleos-especializados/#page-content>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SANTA CATARINA. Lei complementar n. 422 de 25 de agosto de 2008. Institui o programa de habitação popular Nova Casa, cria o fundo de habitação popular do estado de Santa Catarina e estabelece outras providências. **Assembleia Legislativa de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, 25 ago. 2008. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/sc/lei-complementar-n-422-2008-santa-catarina-institui-o-programa-de-habitacao-popular-nova-casa-cria-o-fundo-de-habitacao-popular-do-estado-de-santa-catarina-e-estabelece-outras-providencias?q=lei%20422/2008>. Acesso em: 30 ago. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 20, p. 01-46, 2010b. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/370724/mod_resource/content/1/direito-fundamental-c3a0-moradia-ingo-sarlet.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: SAFE, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Julia Marçoni Gonçalves *et al.* Estatuto da cidade instrumentalizando o direito social à moradia para uma sociedade desigual. **Brazilian Journal Of Development**, Curitiba, v. 6, jul. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/13034/10948>. Acesso em: 1 set. 2021.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3240/tavares-andr-ramos-curso-de-direito-constitucional.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

VAZ, Lilian Fessler. **Dos cortiços às favelas e aos edifícios de apartamentos**: a modernização da moradia no Rio de Janeiro. 1994. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/122337718716iYL2uw3Xe43QN7.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

DIREITO À PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DE COOKIES NO E-COMMERCE

Júlia Bossardi Premaor¹
Graziela de Oliveira Köhler²

RESUMO

O presente estudo analisa a utilização dos *cookies* como forma de monitoramento e captação de informações provenientes da navegação na internet e os seus reflexos no direito à privacidade e à proteção de dados na seara das relações advindas do *e-commerce*. A partir da pesquisa bibliográfica e do método analítico, o trabalho aborda as funcionalidades dos *cookies* e a vinculação com o consumo on-line, realiza uma breve síntese acerca do direito à privacidade e à proteção de dados e, ao final, demonstra as implicações jurídicas da coleta de informações de navegação dos consumidores. Os resultados obtidos indicam que os *cookies*, de certa forma, podem interferir na privacidade e na autodeterminação informativa do consumidor on-line.

Palavras-chave: Direito à Privacidade. Proteção de dados. LGPD. *Cookies*. *E-commerce*.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a utilização dos *cookies* como forma de monitoramento dos padrões de navegação do consumidor na internet, essencialmente no âmbito do *e-commerce* e suas possíveis interferências no direito à privacidade e proteção de dados. Diante de um contexto em que informações e hábitos pessoais são constantemente rastreados e

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG) Campus de Caxias do Sul, Rio Grande do Sul; juliabpremaor@yahoo.com.br

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Mestra em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Especialista em Direito Empresarial (FGV); Graduada em Direito (ULBRA); Docente do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG); graziela.kohler@fsg.edu.br

armazenados, o problema de pesquisa partiu do seguinte questionamento: Em que medida a utilização de *cookies* no *e-commerce* pode contrair o direito à privacidade e à proteção de dados do usuário na internet?

Para melhor direcionamento da análise, foram elaboradas as seguintes hipóteses: a utilização de *cookies* no *e-commerce* viola o direito à privacidade do consumidor na internet a partir da captação de dados pessoais para fins comerciais e de marketing abusivo; a utilização de *cookies* no *e-commerce* não viola o direito à privacidade do consumidor na internet na medida em que a captação dos dados pessoais seja anonimizada e para fins estatísticos servindo para proporcionar uma melhor experiência de navegação.

Com isso, o objetivo da pesquisa recai na investigação das funcionalidades dos *cookies* a fim de identificar sua influência na privacidade do consumidor on-line. Para tanto, através do método-base analítico, utilizou-se a pesquisa bibliográfica como procedimento técnico para o alcance da finalidade proposta.

Assim, o desenvolvimento da pesquisa resultou em três tópicos: o primeiro, que além dos aspectos técnicos e funcionais dos *cookies*, aborda o alcance da captação de dados nas relações de consumo on-line; já o segundo, trata do contexto jurídico acerca do direito à privacidade e à proteção de dados; e ao final, demonstra as implicações jurídicas da coleta de informações de navegação dos consumidores.

2 COOKIES E AS RELAÇÕES DE CONSUMO ON-LINE

2.1 O QUE SÃO COOKIES E COMO SÃO UTILIZADOS

A evolução dos meios de consumo na internet, bem como a crescente acessibilidade às funcionalidades de *smartphones* conectados, são fatores essenciais para o aprimoramento de ferramentas de captação de informações do usuário na internet, contexto onde se insere a aplicação dos *cookies*

(CARMO; NETO; SCARMANHÃ, 2018). Leonardi, (2005, p. 135), explica que os *cookies* são “pequenos arquivos de texto oriundos de um *website* que são gravados na memória RAM de um determinado computador, ou dispositivo eletrônico e utilizados pelo seu programa de navegação.”

Eles foram criados, primordialmente, para facilitar e agilizar a comunicação entre usuário e navegador na internet (LEONARDI, 2005). Hoje, são capazes de absorver tanto preferências de idioma, e outras personalizações escolhidas pelo usuário, até informações pessoais como logins e senhas, muitas vezes captados e armazenados sem o devido consentimento de seu titular, tampouco seu conhecimento (CARMO; NETO; SCARMANHÃ, 2018).

Existem diversas modalidades de *cookies*, dentre os quais se destacam aqueles de “sessão” ou “temporários”, que possuem validade e permanecem armazenados apenas enquanto o usuário trafega pelo site, até o navegador ser fechado (ROHR, 2010). Há, nesse mesmo contexto, os *cookies* persistentes, que perduram por um longo período de tempo no computador do próprio consumidor ou usuário. Destaca-se também, a existência dos “*cookies* de terceiros” que permeiam na superfície de diversos domínios e transitam no banco de dados de todos os *websites* com os quais mantêm “relação comercial com o site utilizado pelo usuário” (QUEIROZ, 2011, p. 32), sendo manipulados por provedores terceiros em relação à requisição estabelecida entre o usuário e o titular do domínio inicialmente acessado.

Por se tratar de pequenos arquivos de texto provenientes da web, os *cookies*, em tese, não deveriam ser empoderados a ponto de se infiltrarem no computador do usuário, muito menos de vasculhar seus documentos pessoais. Em sua essencialidade, eles serviriam unicamente para facilitar a ponte entre usuário e internet, proporcionando uma experiência personalizada de navegação.

Por outro lado, ao fazer uso desse facilitador, abre-se uma lacuna para a possibilidade de exploração da vulnerabilidade dos meios informacionais

já que preveem padrões de comportamento, principalmente para direcionar conteúdos de marketing e propaganda ou de melhorar a experiência de navegação tornando-a mais rápida e responsiva (ROHR, 2010). Especificamente sobre a questão, foi editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, em 2002, a Diretiva 2002/58/CE, alterada em 2009, abordando o tema da proteção de dados no setor das comunicações eletrônicas, bem como das regras de monitoramento e rastreamento de usuários na internet, na qual explica-se que:

[...] sempre que os *cookies* se destinem a um fim legítimo e desde que o *website* visitado expressamente informe que os utiliza e para quais fins (possibilitando ao usuário aceitar ou não a gravação do *cookie* em seu computador), seu uso será lícito, coibindo-se eventuais abusos pelas vias regulares. (UNIÃO EUROPEIA, 2002).

Diante da aceitação de sua licitude, respeitados os parâmetros legais, no âmbito do comércio on-line, os *cookies* adquirem papel mais relevante, já que atualmente é visto como um “mecanismo eficiente e de baixo custo” (QUEIROZ, 2011, p. 14) que serve para mapear padrões de consumo e enquadrar o consumidor em áreas de interesse e negociações específicas para direcionar produtos de forma mais eficaz. Ocorre que, sob a justificativa da melhora da experiência da navegação na plataforma do *e-commerce*, a rotina de “espionar os hábitos dos usuários na internet, permitindo assim ser traçado um perfil social, íntimo, preferencial e econômico” tornou-se algo corriqueiro (SANTOS, 2001, p. 197). Por mais invasivo que isso possa parecer, Leonardi (2011) defende que os *cookies* não representam nenhum mal à privacidade do usuário na internet, uma vez que seriam incapazes de vasculhar conteúdo desejável, tampouco executar programas ou propagar vírus no computador e, por isso, seriam inofensivos.

Todavia, Carmo, Neto e Scarmanhã (2018) argumentam que a coleta fracionada dos dados de navegação não deve ser menosprezada, uma vez

que ao serem processados pelos provedores adquirem outra valoração. Essa mesma conclusão já foi anteriormente firmada, ainda em 1983, pelo Tribunal Constitucional Alemão em julgamento das Reclamações Constitucionais ajuizadas contra as regras do recenseamento impostas pela Lei de Censo daquele país, à época, quando foi estabelecido que “não existem dados insignificantes no meio digital”.

Nesse cenário, o desconhecimento ou o uso indevido das ferramentas de captação de informações na internet pode vir a se tornar um risco à privacidade do usuário e levar à banalização dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos possibilitando “a formação de completos bancos de dados sobre o comportamento do consumidor” (LWIN; WIRTZ; WILLIAMS, 2007, p. 572 apud SILVA, 2013, p. 7), bem como incentivando o uso da *web* como uma potente ferramenta de marketing. Por isso, diante do rápido desenvolvimento de tecnologias que estão presentes no cotidiano dos usuários, o debate acerca do tema demonstra-se de grande relevância para reforçar a necessidade do cuidado ativo dos dados pessoais no meio digital diante das vulnerabilidades acentuadas nesse meio, essencialmente no que diz respeito à utilização de plataformas de compra e venda on-line.

2.2 RELAÇÕES DE CONSUMO ON-LINE

De início faz-se necessária uma breve explicação acerca do significado do termo comércio eletrônico, ou *e-commerce* (*eletronic-commerce*). Ao analisar as definições apresentadas por Alfredo Rocco, Ricardo Luis Lorenzetti, Fábio Ulhoa Coelho e Cláudia Lima Marques, Teixeira (2015, p. 22) sintetiza que o *e-commerce* pode ser definido como sendo:

[...] uma maneira de contratação não presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços por meio eletrônico. Já de forma ampla, o comércio eletrônico envolveria qualquer tratativa ou troca de informações

objetivando negócios, aí incluídos os dados transmitidos prévia e posteriormente à venda ou à contratação, bem como o envio de bens materiais e imateriais, os serviços de busca e *link's*, a publicidade, os meios de pagamento, entre outros.

Ainda, o comércio eletrônico pode ser definido como aquele que se desenvolve no meio digital utilizando-se de conexão com a internet ou por meios eletrônicos em que haja a transmissão on-line de dados entre vendedor e comprador de forma instantânea. Por esse motivo, as transações feitas via operações bancárias, de cartão de crédito ou até compensações de cheques, poderiam ser enquadradas no conceito de *e-commerce*, pois se utilizam de ferramentas relativamente tecnológicas como a transferência eletrônica de fundos (TEF). Todavia, o campo do *e-commerce*, objeto de estudo deste trabalho, não se confunde com a abrangência dos acima indicados. Esse trabalho se limita ao âmbito da compra e venda de produtos on-line via sites de internet onde há clara relação de consumo entre as partes.

A grande disseminação e aderência dessa forma de negócios está ligada principalmente à redução de custos de manutenção e à praticidade que ela proporciona. O maior diferencial do *e-commerce*, frente ao comércio tradicional, está na alta probabilidade de escalonamento global da oferta e demanda condicionadas ao aumento da acessibilidade à internet (BOECHAT et al., 2016).

Isso passou a ser evidente quando o setor do *e-commerce* atingiu o recorde de crescimento de 40% em plena pandemia, conforme dados apresentados no site E-commerce Brasil (2021). O site da revista Exame aponta que o levantamento Ebit/Nielsen (maior plataforma de avaliação de consumidores do Brasil) identificou que 7,3 milhões de brasileiros efetuaram uma compra on-line pela primeira vez, nos meses de abril a junho de 2020, auge da disseminação do Coronavírus. Esses dados refletem o estímulo ao isolamento social à época, o que, involuntariamente, acelerou a modificação

das práticas consumeristas e aumentou a confiança das pessoas frente ao *e-commerce* (MARTUCCI, 2021).

Ao absorver essas mudanças, as empresas não mediram esforços para achar maneiras de utilizar tais ferramentas em seu favor já que o uso da internet passou a ser inerente à rotina de compra das pessoas. Nesse sentido, a indústria consumerista reinventou seus métodos de abordagem e suas estratégias comerciais tornando o meio digital em uma potente ferramenta de marketing a partir da utilização das informações coletadas dos usuários da internet.

Por isso, essas informações adquiriram valor expressivo no decorrer dos anos, por ter alto impacto comercial transformando os bancos de dados em um grande mercado de negócios. Em síntese, o consumidor não “é mais visto como somente um destinatário de informações, mas também como a própria fonte delas, determinando, inclusive, a forma como ele poderá ser abordado e tratado futuramente” (SOUZA, 2018, p. 9). Por isso, apesar de ser munido com ferramentas que instigam a comodidade e rapidez das negociações, o *e-commerce* pode promover a exposição do consumidor na internet aumentando o risco à coleta involuntária e desproporcional de dados.

No meio eletrônico de consumo, os *cookies* são as ferramentas mais eficazes para a captura de dados pessoais e de navegação dos usuários. Eles são os responsáveis por mapear padrões de consumo e navegação a fim de direcionar propagandas de publicidade e marketing individualizados e alavancar o alcance de vendas.

Em paralelo ao crescimento do *e-commerce*, surgiu a discussão sobre a necessidade de regulamentar esse novo tipo de negócio já que, essencialmente, se trata de relação consumerista que põe o usuário em situação de maior vulnerabilidade. Primordialmente, no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (BRASIL, 1990) é a norma incidente nas relações em que haja vínculo entre consumidor final e fornecedor, independentemente

se ele tenha se originado no meio digital (BOECHAT et al., 2016, p. 16). Esse enquadramento ocorre também mesmo antes da concretização da relação de consumo, na fase pré-contratual em que exista, pelo menos, a “potência, a possibilidade, a virtualidade de ocorrência da relação” (NUNES, 2021, p. 171 apud BOECHAT et al., 2016, p. 7).

Não bastasse, as relações de consumo on-line têm peculiaridades específicas que aumentam a propensão do consumidor em ser direcionado a negócios fraudulentos ou a ser induzido por propagandas enganosas com mais facilidade. Por isso, com respeito ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, o CDC pode e deve ser a norma norteadora de atuação no meio digital, essencialmente pelo fato de que o *e-commerce* é “uma extensão das relações já conhecidas entre fornecedor e consumidor” (BOECHAT et al., 2016, p. 8) que merece ser igualmente amparado.

A dificuldade em resguardar os dados do consumidor no meio digital está calcada na instantaneidade das relações, ligada ao fato de que a maioria dos negócios jurídicos são realizados à distância, na qual subsiste apenas a grande expectativa da correta contraprestação sem ao menos ter contato físico com o produto almejado (LORENZETTI, 2000). Além disso, existe também a presença forte da “fusão de técnicas de contratação em massa, disponível pela internet, que oferece, por exemplo, a união do contrato de adesão, das condições gerais dos contratos, marketing agressivo, entre outras características” (CANTO apud BOECHAT et al., 2016, p. 82) o que poderia se tornar excessivamente prejudicial ao consumidor.

Diante das particularidades narradas, o *e-commerce* e outras questões relacionadas ao meio digital têm sido alvo de diversas tentativas de regulamentação. A exemplo disso, no âmbito do território brasileiro, houve a promulgação do Marco Civil da Internet (MCI) (BRASIL, 2014), direcionado a regulamentar as relações na internet e a aprovação do Decreto do *E-commerce* (BRASIL, 2013) a fim de dispor sobre o comércio no meio eletrônico. Já, com o intuito de promover a proteção dos dados dos titulares, foi promulgada a

Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (BRASIL, 2018) e surgiram algumas decisões e projetos de emenda à Constituição importantes na consolidação do debate e no auxílio da compreensão do tema, a dizer: o julgamento da ADI 6.387 e apresentação da PEC 17/19 (SENADO FEDERAL, 2019), por exemplo, as quais serão estudadas no decorrer do presente trabalho.

Sobre o exposto, é possível extrair que a expansão das plataformas de *e-commerce* e a mudança gradativa das práticas de consumo on-line devem ser analisadas sob uma nova ótica a fim de prevenir quaisquer abusos (SOUZA, 2018). Assim, em razão dessas repercussões no cenário das relações de consumo, os estudos sobre o direito à privacidade e à proteção de dados relacionados às técnicas de monitoramento on-line, como os *cookies*, têm ganhado espaço nas últimas décadas pelo seu caráter inerente à condição humana e ao exercício da cidadania, inclusive sendo tema de normas regulamentadoras dessa realidade digital.

3 DIREITO À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

3.1 DIREITO À PRIVACIDADE

A perspectiva direcionada à tutela da privacidade foi evoluindo historicamente de acordo com as necessidades precípua da sociedade de cada época (DONEDA, 2006). A conceituação da privacidade teve seu debate acentuado pela publicação do estudo proposto pelos professores Warren e Brandeis, publicado na Revista de Direito da Universidade de Harvard em 1890 os quais tiveram como base precedentes referentes à propriedade, quebras de contrato e confiança, violação de direitos autorais e casos de difamação (WARREN; BRANDEIS, 1890).

Nesse período, o paradigma era centrado no isolamento e na ausência de comunicação entre os indivíduos ou “na aversão contra qualquer

intromissão não consentida na vida privada" (MENDES, 2008, p. 16). No desenvolvimento do seu trabalho, Warren e Brandeis caracterizaram a privacidade de outra forma, identificando-a como "um direito de ser deixado só" estabelecendo a conexão do instituto da privacidade com a inviolabilidade da personalidade e não do patrimônio, como era de tradicional entendimento (MENDES, 2008). Por adotarem uma perspectiva diversa sobre a matéria, tornaram-se referência na matéria ocupando o primeiro posto dos artigos mais citados da época.

O debate direcionado à privacidade sempre vinha à tona devido aos escândalos envolvendo a divulgação de imagens e fatos secretos relativos às celebridades da época, por isso era vista como um direito elitizado. Essa perspectiva foi se modificando a partir do ganho da consciência de que a privacidade, muito mais do que isso, "é um aspecto fundamental da realização da pessoa e do desenvolvimento da sua personalidade" (DONEDA, 2006, p. 6).

No âmbito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), no mesmo inciso do rol de direitos fundamentais, constantes em seu art. 5º, incluiu a proteção à "intimidade" e à "vida privada", com o intuito de não negligenciar qualquer uma das duas. Ao diferenciá-las, o constituinte atribuiu a elas diferentes significados, mas não hierarquia, sendo a intimidade abarcada pela parte secreta da personalidade do indivíduo, aquela que ele deseja manter em sigilo e a vida privada como sendo um conjunto de modos a se viver, o direito do indivíduo de viver a sua própria vida (SILVA, 2015).

Não suficiente, também foram inclusos em seu texto os termos "honra" e "imagem", a primeira resguarda a dignidade da pessoa e o respeito entre os indivíduos, já a segunda tutela parte essencialmente física da pessoa refletindo também em sua personalidade moral. Ao fazer distinções entre os termos, a Constituição Federal garantiu autonomia a esses direitos, muito embora devam ser sempre analisados em conjunto diante de características próprias que se entrelaçam entre elas (SARLET; MITIDIERO; MARIONI, 2021,

p. 199). A privacidade, portanto, pode ser considerada como gênero do qual se origina as espécies da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, alcançando uma compreensão mais ampla, Canotilho (2018, p. 287) explica que ela está “assentada na própria ideia de autonomia privada e da noção de livre desenvolvimento da personalidade.”

Por se tratar de um direito histórico, cultural e possuir evolução própria, a privacidade vem angariando adjetivos em sua definição. Essas características também estão relacionadas com a evolução dos métodos de captação de informações estritamente ligadas à privacidade dos indivíduos.

Antigamente, a coleta informações dos cidadãos era centralizada ao Estado com o objetivo de controle e eficiência da administração, uma vez que as entidades particulares não detinham de meios capazes ou recursos necessários para o seu devido tratamento (DONEDA, 2006). Com o advento das tecnologias de informação e de novos métodos eficazes de captação e tratamento de dados, o equilíbrio do eixo “controle e eficiência” também foi introduzido no meio privado, fazendo com que “a importância da informação aumentasse à medida que a tecnologia fornecesse meios para transformá-la em uma utilidade, a um custo razoável” (DONEDA, 2006, p. 10). Por isso, a discussão acerca da proteção da privacidade e das informações pessoais começou a ganhar novas perspectivas e entendimentos (MENDES, 2008).

No âmbito do *e-commerce*, a detenção de informações dos consumidores é prática recorrente e essencial ao negócio. Com acesso aos dados de navegação do internauta, os provedores de internet conseguem captar diversos padrões de uso e assim “traçar um perfil social, íntimo, preferencial e econômico” (SANTOS, 2001, p. 197), alimentando o banco de dados de forma minuciosa e precisa com o único objetivo de convertê-las em lucro mediante o direcionamento de publicidade e campanhas de marketing.

A partir disso, o direito à privacidade não mais diz respeito ao “direito de estar só” ou de isolamento e tranquilidade, mas também se relaciona àquele da autodeterminação informativa, pelo qual o usuário tem a prerrogativa de

saber quais os dados que estão sendo dispostos e de determinar o que será feito com eles quando expostos no meio digital (RODOTÀ, 2008). Ali, o direito à privacidade não deve se restringir apenas ao acesso indevido aos dados pessoais, devendo o manto protetivo recair sobre “o manejo ou manipulação, não autorizada, dos dados pessoais” (RODRIGUEZ, 2008, p. 49 *apud* CARMO; NETO; SCARMANHÃ, 2018,1497).

Por isso, é possível concluir que “o conceito de direito à privacidade é subjetivo, pois é inerente a cada indivíduo delimitar os fatos e informações que deseja manter sob sigilo” (MEIRA; SOARES; PIRES, 2012 *apud* CARMO; NETO; SCARMANHÃ, 2018, p. 1495). Partindo desse pressuposto, diante do estreito laço com o direito à personalidade e à privacidade, a proteção de dados pessoais acaba por angariar seu espaço no debate jurídico e sua regulamentação cresce frente às tecnologias em constante desenvolvimento, tanto no cenário mundial, como no nacional.

3.2 DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

Sob uma perspectiva histórica, a utilização em massa de dados pessoais pode ser remetida à era pós-industrial na qual valia-se da burocratização do Estado e do desenvolvimento da tecnologia da informação. Neste momento, não só era essencial mapear informações dos cidadãos, mas também utilizá-las a fim de auxiliar na tomada de decisões econômicas, políticas e sociais (MENDES, 2008).

O enfoque da primeira geração das legislações sobre proteção de dados e privacidade, essencialmente desenvolvida em solo europeu, por volta das décadas de 1960 e 1970, era a regulamentação da atuação de bancos de dados e da informatização do armazenamento e não a proteção dos dados ou privacidade em si (DONEDA, 2010). Como eram direcionadas à atuação e ao controle estatal, Doneda (2010) identifica que essas leis não previam a

participação ativa do cidadão nesse processo, tendo como enfoque principal a tecnicidade da norma.

Na segunda geração, ao final da década de 1970, o foco da legislação sobre o tema passou a ser sobre a privacidade e proteção de dados como “uma liberdade negativa, a ser exercida pelo próprio cidadão” (DONEDA, 2010, p. 42) redirecionando sua estrutura para que não fosse mais em torno do fenômeno computacional em si. Nesse momento é que houve a percepção de que o fluxo de informações era essencial à efetivação da vida em sociedade, pois tanto o Estado como os entes privados se valiam delas para poder operar suas atividades de forma viável.

Para além disso, a questão ganhou destaque frente ao modo como os censos populacionais em diversos países eram realizados. Com questionários extremamente minuciosos, nos quais captavam desde a origem étnica até a qualificação profissional do cidadão, essas práticas foram duramente criticadas na Europa, com destaque na Suécia, na Inglaterra e na Alemanha, à época.

A partir de então, houve uma modificação da perspectiva sobre a valoração da privacidade e da proteção de dados. A terceira geração dessas leis, surgida na década de 1980, conforme destaca Doneda (2010, p. 42), “passou a abranger mais do que a liberdade de fornecer ou não os próprios dados pessoais, preocupando-se também em garantir a efetividade desta liberdade”.

A proteção de dados pessoais é composta, em sua essência, pelos mesmos pressupostos que compõem a tutela da privacidade, sendo, portanto, a sua “continuação por outros meios” (DONEDA, 2006, p. 19). Muito mais do que isso, ao assumir características próprias, a proteção de dados pessoais ultrapassa o âmbito da privacidade alcançando novos patamares de tutela da personalidade e liberdade do indivíduo, adquirindo autonomia própria (BIONI, 2021).

Contextualizando, os dados pessoais podem ser definidos como uma informação em estado potencial ainda primitiva e fragmentada, tendo como seu objeto um sujeito de direito. Já as informações pessoais são descritas como um atributo da personalidade, em síntese, seriam “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou susceptível de identificação” (BIONI, 2021, p. 93) definição apresentada pelo Conselho Europeu, por meio da Convenção de Strasbourg, de 1981.

Para melhor compreensão das narrativas aqui tratadas, usa-se a expressão “informações” para se referir às duas situações descritas pelo fato de ser um termo mais abrangente e didático. De todo modo, mesmo a diferenciação dos termos sendo relevantes para a discussão do tema, é fundamental esclarecer que, na realidade, a tutela de dados (ou informações) visa à proteção da pessoa e de sua personalidade, e não dos dados *per se*, já que atualmente os dados pessoais fazem as vezes da própria pessoa em uma série de circunstâncias nas quais a sua presença física seria outrora indispensável (DONEDA, 2011, p. 92).

Além disso, Mendes (2008, p. 26) explica a necessidade em estabelecer o entendimento de que a tecnologia não pode ser encarada como “responsável pela perda de privacidade pessoal da sociedade contemporânea”. O debate deve prevalecer sobre o fato de que o direito à proteção de dados, nesse cenário, estará pautado nas decisões tomadas em relação às funções jurídicas e econômicas da tecnologia e sem que ela seja considerada culpada pela perda da privacidade de forma harmônica em prol do desenvolvimento da sociedade (MENDES, 2008).

O avanço da tecnologia impactou fortemente nos processos de captação, tratamento e comunicação da informação, tornando-a mais complexa e minuciosa o que se tornou um requisito indispensável para o funcionamento de qualquer sociedade ou negócio (DONEDA, 2011). Tão grande é a sua importância, que não é difícil perceber que, atualmente,

“aqueles que possuem informação, são aqueles que detém o poder” (RODOTÀ, 2008, p. 102), pois é encarada como:

[...] o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial, mesmo não resumida ao meio digital, a tecnologia e a internet são ferramentas em destaque desse processo. Houve, portanto, um progresso quantitativo e qualitativo do processamento informacional. (BIONI, 2021, p. 5).

Diante desse contexto, percebem-se grandes modificações nos hábitos empresariais de venda de produtos, já que os computadores facilitaram a transformação de informação dispersa em informação organizada, a partir da vigilância do consumidor. No *e-commerce*, as empresas perceberam a necessidade de individualizar e seccionar suas estratégias de captação de dados para poder obter vantagens no mercado e criar nichos fiéis de consumo. Com essa intenção, foram criadas inúmeras ferramentas de captação e lapidação de informações on-line, a fim de buscar aquelas mais completas sobre os hábitos e o comportamento dos consumidores ou clientes em potencial e, conseqüentemente, potencializá-la como produto comercializável frente ao provedor de internet e aos anunciantes on-line, tornando-se uma moeda de troca com grande valor.

Indubitavelmente, o ambiente virtual é propício para essa prática e a sua expressiva aderência deve-se ao fato de que são extremamente efetivas do ponto de vista econômico e facilmente mascaradas por ferramentas tecnológicas superdesenvolvidas. Por isso, Mendes (2008, p. 83) identifica que “há uma ameaça patente à liberdade e à igualdade do sujeito consumidor”, uma vez que ele perde o controle de suas próprias informações a ponto de aumentar exponencialmente a exposição ao risco de seu uso discricionário e para finalidades prejudiciais diversas.

Os *cookies*, por serem meios facilitadores da captação de informações, exemplificam apenas uma das práticas às quais o consumidor está sujeito no meio digital, mas que, em razão de suas características próprias, levanta o questionamento acerca das vulnerabilidades acentuadas nesse meio. A partir de ações controladas e direcionadas, os *cookies*, que muitas vezes agem de forma automatizada, atingem o consumidor sem que tenha o real conhecimento acerca da destinação de suas informações, tampouco das funcionalidades de todas as ferramentas tecnológicas comumente utilizadas pelo *e-commerce* para a otimização do negócio.

A relevância em apontar os reflexos e decorrências dos direitos fundamentais entrelaçados com o debate do direito à proteção de dados no meio digital deve-se principalmente ao fato “de que esses dados, assim como as demais informações contraídas a partir deles, constituem uma representação virtual da pessoa perante a sociedade, constituindo uma verdadeira parcela de sua personalidade” (SOUZA, 2018, p. 12). Desse modo, quando equiparados ou iguais à personalidade, os dados pessoais devem gozar do mesmo patamar de proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

De toda essa narrativa, extrai-se que o estudo dessa questão merece ser pautado com o objetivo de posicionar o cidadão não como um mero expectador das suas informações, mas sim desempenhando papel ativo no seu controle e proteção (ZUBOFF apud BIONI, 2021, p. 10). Por isso, Bioni (2021, p. 17) afirma ser natural presumir que tanto o direito à privacidade como à proteção de dados pessoais “devem fundamentar-se, em última medida, na proteção da personalidade e da dignidade do indivíduo”. Assim, as práticas direcionadas à captação de informações mediante o monitoramento da navegação do usuário na internet também necessitam seguir essa mesma lógica, inclusive, sendo alvos de regulamentações aptas a garantirem a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo.

4 AS CONSEQUÊNCIAS DA CAPTAÇÃO DE INFORMAÇÕES DE NAVEGAÇÃO DO CONSUMIDOR NA INTERNET

4.1 TRATAMENTO DE DADOS NA INTERNET E O USO DE *COOKIES*

Observando os novos padrões de consumo, nos quais as compras on-line têm ganhado destaque, as empresas vislumbraram a exploração de métodos informatizados de captação de informações do consumidor e, em razão de seu baixo custo e alta efetividade, tornaram-se práticas “obrigatórias” e disseminadas ao redor do mundo. A partir do monitoramento e rastreamento das ações operacionalizadas pelo acesso ao navegador da internet, as informações obtidas por essa prática são armazenadas em bancos de dados no qual são tratados de acordo com os objetivos almejados pelas empresas.

Esse é um processo muito utilizado no âmbito do *e-commerce*, pois, somente assim, as empresas conseguem obter informações dos consumidores e usuários, já que a relação firmada entre as partes ocorre exclusivamente de forma on-line. Uma das características que difere o comércio eletrônico do tradicional, é justamente isso, o contato com os hábitos do consumidor é mais sutil, instantâneo e, por vezes, imperceptível, ao contrário da relação consumerista presencial na qual a obtenção de informações de consumo é mais visível e praticada de forma “manual”.

Nesse contexto, o imperativo da vigilância passa a ser regra, visando à conversão dessas práticas em lucro. Assim, destaca-se a utilização dos *cookies* como principal meio de captação de informações pelo monitoramento da navegação do usuário na internet. Resumidamente, a fim de evitar tautologia, é sabido que os *cookies* podem capturar quaisquer informações provenientes da navegação quais sejam: retorno à página da web, tempo de permanência, frequência de acesso, senhas, logins, históricos

de pesquisas, buscas por interesse etc. e atuam em conjunto com diversas outras técnicas desenvolvidas para complementar e refinar as informações coletadas de acordo com o interesse do controlador.

A partir desse tratamento reiterado de informações, os *cookies* facilitam a exposição do consumidor a “uma mensagem publicitária sob medida, cujas chances de se enquadrar dentro de seus interesses é presumivelmente maior, de acordo com os critérios do mecanismo utilizado” (DONEDA, 2010, p. 63). Essa prática é denominada Publicidade Comportamental, pela qual a formação do perfil do consumidor é baseada em escolhas pretéritas que foram consideradas em um determinado contexto.

Esse método pretende direcionar o comportamento do consumidor, uniformizando a vinculação da sua navegação mediante apresentação de opções padronizadas e direcionadas de publicidade. Partindo desse pressuposto, Doneda, (2010, p. 36) elenca que entre as principais consequências que poderiam ser desencadeadas a partir da utilização dessa técnica seria uma separação “entre a informação inconscientemente fornecida pelo sujeito, e a utilidade na qual ela é transformada” e o vazamento ou compartilhamento de dados provenientes de bancos de dados informatizados.

A questão central, portanto, incidente nas duas situações narradas, seria o possível desvirtuamento da finalidade do tratamento refletindo no direito de livre escolha ou até mesmo em uma possível redução de possibilidades de encontrar a melhor oferta, por exemplo, ou de uma falsa representação da realidade do mercado (DONEDA, 2010). Nesse sentido, extrai-se que quando captadas informações dissociadas de um contexto elas adquirem significado próprio podendo ser enquadradas no meio em que se achar pertinente, desvinculando-a de seu real significado e dando a ela valoração própria.

Em razão disso, Souza (2018) explica que a previsibilidade dos riscos e do mapeamento dos fluxos das informações coletadas podem

restar prejudicados, impossibilitando, inclusive, mensurar o alcance do seu tratamento e os reflexos dele provenientes. Segundo leciona Doneda (2010, p. 36):

[...] é justamente essa diferença entre uma informação e outra que diminui o controle das pessoas sobre o que se sabe delas, limitando sua própria liberdade. De um ponto de vista técnico, o que ocorre é que a informação fica cada vez mais manipulável, se tornando um objeto exclusivamente de potencialidades econômicas.

Muito embora analisadas com desconfiança, essas práticas, em si, não deveriam ser consideradas cruéis ou maldosas, já que surgem em decorrência do processo natural de evolução tecnológica e das relações humanas, todavia há de se ter cautela na análise sobre os limites do aprofundamento que elas podem alcançar, pois influenciam diretamente no processo de livre escolha e autonomia decisional na hora de consumir (DONEDA, 2010). As facilidades propiciadas pela utilização de técnicas como a dos *cookies*, também não devem ser encaradas como vilãs, uma vez que apenas o seu uso desvirtuado e abusivo poderia acarretar possíveis violações à privacidade e aos dados pessoais.

Outra questão é que, a utilização dos *cookies* e técnicas similares podem efetivamente auxiliar no mapeamento das necessidades de uma sociedade em diversas áreas de atuação. O cruzamento dos dados coletados poderia servir para identificar, por exemplo, padrões da saúde pública ou tendências na educação, garantindo aprimoramento de ações direcionadas ao desenvolvimento coletivo (SOUZA, 2018).

O que se observa, em verdade, é que o tratamento dessas informações, quando captadas desproporcionalmente em razão da sua finalidade, o risco do desencadeamento de consequências não previstas seria maior. Por isso, surge a necessidade de equilibrar as relações firmadas no meio digital, em clara vulnerabilidade do consumidor. A evolução do direito à privacidade e à

proteção de dados vem propiciando diversos debates legislativos e sociais direcionados à sua efetivação com fundamento na autonomia do titular em gerir suas próprias informações. Portanto, levando em consideração essa narrativa, diversos países têm se mobilizado na tentativa de regulamentar a questão frente à necessidade de criar mecanismos para frear abusos aos direitos fundamentais e garantir a sustentabilidade da relação tecnologia e consumo.

4.2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO TEMA DA PROTEÇÃO DE DADOS NO MEIO DIGITAL

O direito à proteção de dados no ordenamento brasileiro ganhou destaque a partir da promulgação da LGPD, em 2018, frente às necessidades da sociedade da criação de uma legislação específica sobre o tema. Anteriormente, o seu fundamento pautava-se em definições constitucionais relacionadas à inviolabilidade da vida privada e ao direito de informação, além das normas infraconstitucionais, por analogia. Por isso, a valoração e a aplicação do direito à proteção de dados no âmbito brasileiro ganhou, ao longo dos anos, em razão da ausência de disposição positivada, diversas interpretações favoráveis e robustas, não negando a importância de sua proteção.

A partir do desenvolvimento histórico da percepção acerca do direito à proteção de dados, a nova geração legislativa sobre a questão preza pela corrente de que o titular merece ter papel efetivo no tratamento de seus dados pessoais. Na Europa, como já mencionado, essa movimentação se acelerou de forma antecipada e, por isso, até hoje, é considerada como referência na discussão sobre o direito à proteção de dados pessoais.

Acerca da matéria destacam-se a edição da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas

e a instituição do Regulamento Geral de Proteção de Dados (UE) 2016/679 (RGPD) (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Especificamente sobre as particularidades dos *cookies* foi editada a Directiva 2009/136/CE (UNIÃO EUROPEIA, 2019) na qual esclarece no Considerando 66 que a sua utilização é legítima desde que efetivada de maneira transparente, explícita e mediante consentimento do titular. Dessa forma, o movimento europeu direcionado à transparência das atividades desenvolvidas nos bastidores do acesso à *web*, principalmente no que se refere ao uso de *cookies*, evidenciou a sua existência e fomentou o debate acerca das suas funcionalidades e da proteção de dados no meio digital.

Como principal norma, a proposta desenvolvida pelo RGPD teve como objetivo “modernizar e uniformizar o sistema jurídico de manipulação de dados na União Europeia, revogando a Diretiva 95/46/EC, que dispunha anteriormente sobre a proteção de dados, fortalecendo os direitos individuais e tratando a matéria de forma coerente e clara no bloco europeu” (MOURA, 2019, p. 40). Pode-se dizer também que, em razão da sua disposição acerca da possibilidade de transferência de dados dos titulares para além dos limites geográficos da União Europeia, o RGPD foi incentivador da criação de legislações sobre o tema ao redor do mundo já que necessariamente, o país receptor precisaria estar em patamar consonante no que diz respeito à proteção de dados. Além disso, o Regulamento propõe amplo exercício de vigilância às autoridades fiscalizatórias em respeito ao princípio da responsabilização daqueles que realizam coleta e manipulação de dados informações como forma de coibir possíveis incidentes de segurança e garantir a credibilidade da operação (MOURA, 2019).

Inspirada pelos avanços legislativos europeus sobre a questão, é possível observar traços indicativos e singelos nas disposições do Marco Civil da Internet (MCI) promulgado em 2014. Nele foram estipulados direitos e deveres de todos os usuários da internet em território brasileiro, seguindo alguns princípios, inclusive o de proteção de dados. Para além disso, o MCI

destaca a relevância em tratar sobre o acesso à internet ao caracterizá-lo como um instrumento essencial ao exercício da cidadania e da liberdade de expressão, elevando-o ao patamar de garantia constitucional, além de se preocupar em destacar os princípios da neutralidade da rede, qualificando em seu texto a necessidade do consentimento ser livre, expresso e informado, em clara interpretação da autodeterminação informativa (BIONI, 2021).

A LGPD, de igual forma, apresenta como base, de forma mais incidental, as referências europeias da matéria. Promulgada no ano de 2018, a fim de preencher lacunas legislativas acerca do tema de proteção de dados no âmbito brasileiro, a LGPD também traz diretrizes e parâmetros a serem aplicados de forma complementar e sincronizada com outras normas incidentes.

Em suas disposições é possível destacar a necessidade de indicação de uma base legal como meio de justificar o tratamento de dados pelo controlador, além de elencar diversos direitos dos titulares de dados como forma de incentivar a sua participação efetiva no gerenciamento de suas próprias informações, tais como o direito de acesso, de eliminação, portabilidade e de oposição ao tratamento. A LGPD também indica uma série de princípios e fundamentos sobre os quais devem ser baseadas as práticas de manipulação das informações, como o princípio da transparência e o fundamento da autodeterminação informativa, por exemplo.

Além disso, a LGPD também instituiu a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e determinou parâmetros para sua atuação na fiscalização do cumprimento da norma, bem como instituiu práticas de governança e de mudança cultural como estímulo de caráter educativo, muito embora preveja também a aplicação de multas e sanções administrativas em caso de descumprimento, independente de outras que porventura possam ocorrer nas esferas penal e cível.

Ademais, no que se refere ao tema de proteção de dados no âmbito brasileiro, também ganha destaque o julgamento da Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.387 (BRASIL, 2020), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, eleita como a principal entre as cinco ADI intentadas contra a Medida Provisória n. 954/2020, a qual foi editada para viabilizar o uso de dados pessoais dos consumidores de serviços de telecomunicações para realizar a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios de forma remota em razão da pandemia do Coronavírus.

A fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para acolher os fundamentos da referida ADI foi um marco para definir algumas perspectivas sobre o direito à proteção de dados e da autodeterminação informativa (TOMMASO, 2021). Com base nos direitos positivados na Constituição, tais quais o direito à privacidade, à inviolabilidade, à intimidade, à personalidade e à dignidade da pessoa humana, os ministros do STF aproveitaram o julgamento para “criarem balizas não só para o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais, mas também para o estabelecimento dos limites necessários” (TOMMASO, 2021).

Em clara mudança de entendimento, a Suprema Corte, que até então julgava os casos sobre proteção de dados baseando-se na premissa da privacidade e da inviolabilidade apenas de dados sigilosos. No julgamento da ADI 6.387, houve a defesa da proteção de quaisquer dados que “tenham por característica ser um atributo da personalidade humana” (BIONI, 2021, p. 104) firmando a autonomia do direito à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa, bem como elevando-os a um patamar de direitos fundamentais.

Para além disso, em consonância com os entendimentos jurídicos e doutrinários, foi proposta a Emenda Constitucional n. 17/19, apresentada e aprovada pelo Senado em 2019, para incluir no texto constitucional a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, como direito fundamental, além de remeter privativamente à União a função de legislar sobre o tema. Em agosto de 2021 o texto foi remetido à Câmara dos Deputados que retornou

com alterações, foi novamente analisada pelo Senado e será remetida à promulgação em breve.

No âmbito do *e-commerce* é possível enumerar algumas normas incidentes às relações dele provenientes, em destaque, observa-se que o CDC é legislação norteadora das relações consumeristas ocorridas no meio digital, por analogia, tendo sido criado na década de noventa, quando a utilização da internet ainda não atingia efetivamente a realidade brasileira. O Decreto do *E-commerce*, promulgado em 2013, que trouxe algumas obrigações a serem respeitadas nesse meio com destaque à efetivação do direito de arrependimento do consumidor e à transparência de informações sobre o fornecedor e sobre o produto vendido.

Especificamente sobre a utilização de *cookies*, o Brasil ainda não possui legislação específica, todavia é possível estruturar mecanismos de prevenção de abusos com base nos princípios firmados tanto na LGPD, quanto no MCI em consonância com o CDC, o RGPD e a Diretiva 2009/136/CE (UNIÃO EUROPEIA, 2019) prezando sempre pela prevalência dos direitos dos titulares, bem como o direito à privacidade protegido no texto legal da Constituição Federal do Brasil.

Por conseguinte, para além da privacidade, o direito à proteção dos dados pessoais deve estar sempre somado ao da autodeterminação informativa, de modo a incentivar a transparência do tratamento dos dados e possibilitar ao titular cidadão utilizar-se de ferramentas para exigir o cumprimento de seus direitos. Necessário se faz, portanto, entregar ao consumidor o poder de controlar o acesso às suas informações não mais como mero espectador, mas também como agente autônomo e livre efetivamente detentor de suas próprias informações e decisões.

5 CONCLUSÃO

Para a resolução do problema de pesquisa: "Em que medida a utilização de *cookies* no *e-commerce* pode contravir o direito à privacidade e à proteção de dados do usuário na internet?" fez-se a ponderação dos limites do aprofundamento que os *cookies* poderiam alcançar. Pela pesquisa realizada, houve a confirmação da primeira hipótese, no sentido de que os *cookies* podem violar a privacidade e os dados dos consumidores na internet quando são utilizados para direcionamento de marketing e publicidade, pois assim influenciam diretamente na capacidade decisional do indivíduo limitando a sua liberdade de compra e segregando seu nicho de consumo.

Com a atuação quase que mascarada dos *cookies* pelo meio digital, os consumidores e usuários do *e-commerce* sequer possuem conhecimento acerca do tratamento ao qual suas informações são submetidas. Isso estimula as empresas do comércio eletrônico a continuar captando dados de forma irrestrita em prol de seu próprio benefício, gerenciando dados sem qualquer transparência ao titular. Nesse ponto, é visível que a interferência dos *cookies* na navegação do consumidor no *e-commerce* influencia diretamente na sua esfera privada mediante a coleta e tratamento de informações que foram fornecidas de forma inconsciente.

Quanto a segunda hipótese, mesmo identificando que os *cookies*, por si próprios, não seriam violadores da privacidade do consumidor da internet, eles estão inseridos em um contexto no qual é possível observar um desvirtuamento reiterado de suas funções originárias. Por isso, a mera anonimização dos dados captados ou a justificativa de melhoria da experiência do usuário são ações que não os isentariam de violar a vida privada e os dados pessoais do titular.

A partir do momento que os dados esparsos captados pela navegação inconsciente do consumidor na internet são transformados em informações úteis e robustas, elas passam a servir como escopo para aplicação da prática

da Publicidade Comportamental. A partir disso, observa-se que os *cookies* não só invadem a privacidade do consumidor, como também desvirtuam a finalidade do tratamento das informações coletadas influenciando, inclusive, na capacidade orgânica do consumidor de assumir o controle de seus próprios dados.

Esse é um dos contextos que originou o movimento mundial na tentativa de regulamentar a proteção de dados pessoais como forma de atender às necessidades da sociedade e estabelecer meios de efetivo controle frente às abusividades praticadas no meio digital. Importante se faz, além do fomento ao debate, o estabelecimento de condições práticas para a efetivação das leis oriundas nesse meio. A LGPD, por exemplo, institui em seu texto a figura da ANPD como órgão fiscalizador das suas disposições, além de estimular de forma educativa a aplicação de boas práticas e governança, mesmo impondo sanções em caso de descumprimento.

É fato que se torna necessário o estabelecimento de um equilíbrio entre o direito e a tecnologia, como meio de conciliar e proteger os direitos dos titulares. Para além disso, o que se deve ter em mente é que o direito à proteção de dados deve andar sempre acompanhado ao da autodeterminação informativa e ao da privacidade, a fim de colocar o titular como papel principal no gerenciamento de seus dados, inclusive priorizado a transparência dos tratamentos aos quais são submetidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. *In: Vade Mecum compacto*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014. ed. 77. Seção 1. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. **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: 16 ago. 2021.

BRASIL. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm> Acesso em 16 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relatora Min. Rosa Weber. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 maio 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 11 set. 2021

CARMO, J. C. L. do; NETO, M. F.; SCARMANHÃ, B. de O. da S. G. Cookies: Vulnerabilidade Do Direito À Privacidade Nos Meios Digitais No Âmbito Da Legislação Brasileira. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, v. 4, n. 4, p. 1491-1517, 2018. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1491_1517.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

BIONI, B. R. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994105/>. Acesso em: 14 ago. 2021.

BOECHAT, I. T. *et al.* *E-commerce*, Marco Civil da Internet e Vulnerabilidade do Consumidor. **Revista Jurídica Derecho y Cambio Social**, Lima, Peru, p. 40-61. 2016. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista046/E-COMMERCE.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

CANOTILHO, J. J. G. **Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/>. Acesso em: 24 out. 2021.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, D. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2010. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_2_protecao_de_dados_pessoais.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

DONEDA, D. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2. p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 15 ago. 2021.

E-COMMERCE BRASIL. **E-commerce brasileiro cresceu 40% após um ano de pandemia, revela Conversion**. E-commerce Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-brasileiro-cresceu-coronavirus/>. Acesso em: 22 ago. 2021.

LEONARDI, M. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LEONARDI, M. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, R. L. **Informática, cyberlaw y e-commerce**. Doutrinas Essenciais. Direito do Consumidor. Volume III: Proteção da Confiança e Práticas Comerciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTUCCI, M. A pandemia fez o e-commerce decolar. Ainda há fôlego para mais? **Exame**, 2021. Disponível em: <https://exame.com/negocios/a-pandemia-fez-o-e-commerce-decolar-ainda-ha-folego-para-mais/>. Acesso em: 22 ago. 2021.

MENDES, L. S. **Transparência e Privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. Monografia (Pós-graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília: 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149028.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

MOURA, C. M. L. **Dados pessoais como ativo na economia digital**: a tutela jurídica na legislação nacional e europeia acerca da manipulação de dados sensíveis para fins econômicos. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Recife, 2019 Disponível em: <https://bit.ly/3m3EIZh>. Acesso em: 13 ago. 2021.

QUEIROZ, A. A. L. **A invasão de privacidade na Internet**: um modelo de boas práticas e uma proposta interativa de proteção da privacidade por meio dos cookies. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/1298/1/arquivo1177_1.pdf. Acesso em: 24 jul. 2021.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROHR, A.. **O que são “cookies” na web e quais os riscos que eles representam**. 2010. Disponível em: <https://glo.bo/2Wb9WgU>. Acesso em: 21 ago. 2021.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral na internet**. São Paulo: Método, 2001.

SARLET, I. W.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L. G. **Curso De Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>. Acesso em: 23 out. 2021.

SENADO FEDERAL. **PEC que inclui a proteção de dados pessoais na Constituição volta para o Senado**. Site Senado Notícias, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/03/pec-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-na-constituicao-volta-para-o-senado>. Acesso em: 2 out. 2021.

SILVA, B. M. da. **Marco civil da internet: o que muda com relação aos cookies de internet?** 2013. Tese (Mestrado em Direito e Inovação) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7d806dddbe08d7be>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

SOUZA, T. P. V. de. **Proteção de dados pessoais como direito fundamental e a [in]civildade do uso de cookies**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/23198/3/Prote%c3%a7%c3%a3oDadosPessoais.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

TEIXEIRA, T. **Comércio Eletrônico - conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622494/>. Acesso em: 14 ago. 2021.

TOMMASO, Raphael Di. **Adiamento da LGPD é inconstitucional**. Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-10/di-tommaso-adiamento-igpd-inconstitucional>. Acesso em: 13 ago. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 12 de julho de 2002.** Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas. 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32002L0058>. Acesso em: 27 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009,** Relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0136&from=EN>. Acesso em: 24 set. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.** Relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (RGPD). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679&qid=1629150995785>. Acesso em: 16 ago. 2021.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The right to privacy. **Harvard Law Review.** Cambridge, v. 4, n. 5, p.1 93-220, dez. 1890.

DIREITOS HUMANOS COMO LIMITAÇÃO ÉTICO – JURÍDICA AO TRANSMANISMO

Tauana Cristina Kieling¹
Gabriela Samrsla Möller²

RESUMO

O Transumanismo tem como intenção expandir a capacidade física e mental do ser humano, tornando-o melhor na concentração, cognição, memória e alcance físico, ultrapassando o obstáculo do corpo humano. Diante disso, o objetivo deste estudo é analisar qual o papel dos direitos humanos junto ao fenômeno do transumanismo. O estudo se caracterizou como sendo bibliográfico e método dedutivo, ou seja, buscou-se todo tipo de argumentação científica publicada para a partir do raciocínio lógico, chegasse à verdade daquilo que se é proposto, a conclusão do estudo. A pesquisa visou relacionar à bioética e os direitos da pessoa humana como a dignidade e a vida. Ademais, destacou-se o quão importante são os avanços da ciência e da medicina em busca da cura de doenças e da melhoria na qualidade de vida dos seres humanos. Baseados nos fatos destacados no decorrer do estudo, observou-se que uma nova leva de direitos se fazem necessárias e que aliados a bioética podem impedir os abusos.

Palavras-chave: Transumanismo. Bioética. Ser humano. Tecnologia. Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

Desde os hominídeos, que caçavam, colhiam e viviam como nômades e com pouca comunicação, o ser humano está sempre em constante evolução. O desenvolvimento atual da tecnologia e da ciência sempre foi

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) – Campus de Joaçaba; tauana@sc.sebrae.com.br

² Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) – Campus de Joaçaba; gabriela.moller@unoesc.edu.br

inimaginável para os ancestrais, onde até hoje atinge um nível ainda maior, com é o caso do transumanismo.

A filosofia do transumanismo busca, por meio da tecnologia, aumentar o potencial intelectual, físico e psicológico do ser humano, a fim de torná-lo melhor na sua concentração, cognição e memória. No entanto, parece que cada vez mais isso se torna próximo com o avanço da genética, nanotecnologia, neurociência, inteligência artificial e robótica.

O transumano terá implantes neurais de interação pelo pensamento e fará uso de drogas capazes de expandir a capacidade cognitiva, desenvolverá capacidades mentais desconhecidas e um leque extenso de possibilidades.

Mesmo que ocorreram mudanças, não há conhecimento de que campos inacreditáveis de evolução surgiriam se os objetivos fossem alcançados, nem quais consequências trariam para a vida humana, sendo assim, este é um assunto que ainda traz inúmeras incertezas.

Segundo Fukuyama (2002) todas essas mudanças geram um grande questionamento acerca do nível de artificialização da vida e do patrimônio biológico de cada cidadão, diante dos valores já conhecidos no âmbito social. Isso significa que os impactos poderão levar a uma nova forma de moralidade, sendo questionado até mesmo, o desaparecimento dos valores fundamentais e dos direitos humanos.

Diante do contexto surge o problema de pesquisa deste estudo: qual o papel dos direitos humanos junto ao fenômeno do transumanismo. A hipótese é a de que novas normas devem ser agregadas ao ordenamento jurídico, com o fim de se preservar a dignidade humana frente ao transumanismo.

Sendo assim, este estudo tem como objetivo analisar de que modo os direitos humanos podem atuar como pressuposto ético-jurídico para a limitação do transumanismo.

Para a realização deste estudo foi utilizado inicialmente a revisão bibliográfica, através de estudos científicos já publicados e de autores renomados. Além disso, o estudo utilizou o método dedutivo, onde o

pesquisador partiu de princípios reconhecidos como verdadeiros, chamados de premissa maior, estabelecendo relações com uma segunda proposição, chamada de premissa menor. Desta forma, a partir do raciocínio lógico, chegou-se à verdade daquilo que se é proposto, a conclusão, atendendo o objetivo e respondendo à pergunta do estudo.

O desenvolvimento deste estudo foi dividido em partes, onde inicialmente será tratado sobre as origens do transumanismo e a sua denominação. Em seguida será relatado sobre o pós-humanismo, a evolução transumana focado no otimismo e pessimismo, explanando os teóricos favoráveis e os contrários ao transumanismo, com uma análise da aplicabilidade das teorias, uma das mais famosas, "a morte da morte". Em seguida relatasse sobre as evoluções transumanistas atuais e os anseios dos cientistas da área, finalizando com uma explicação dos limites às evoluções transumanas a partir dos direitos humanos.

2 TRANSUMANISMO: ORIGENS

O transumanismo é um termo citado pela primeira vez por Julian Huxley no ano de 1957, sendo conhecido como um movimento filosófico, intelectual e cultural, o qual o autor explica a relação humana com a tecnologia, depois sendo enraizado no pós-humanismo, o qual levanta a teoria de que no futuro não haverá distinção entre os humanos e as máquinas e, como tudo na história humana, teve um grande processo de evolução (HUXLEY, 2009).

2.1 COSMISMO RUSSO

O termo "Cosmismo Russo" é a corrente teórica que acredita ser possível utilizar a tecnologia para a salvação da humanidade, buscando ressuscitar ancestrais e até encontrar o segredo da imortalidade. Ainda não muito conhecida, mas serviu para explicar a relação entre os termos

humanidade e tecnologia. Atualmente, o norte do movimento transumanista, compreende que o conhecimento tecnológico é poder, numa busca desenfreada pela perfeição humana, traz a ideia de que a tecnologia está unida ao desenvolvimento espiritual.

Embora seja um movimento do século XXI, já se fazia referência do surgimento do conceito de transumanismo ainda no século XX, conhecido como cosmismo russo por Nikilai Fyodorov Fyodorovich (1828-1903), considerado o pai do termo, o qual defendia uma vida radical como uma extensão da humanidade, por meio de alterações científicas, visando chegar à imortalidade humana (FAURE, 2019).

Crente de que era possível tornar a vida humana menos frágil e mais poderosa com alterações na sua forma física e psíquica, Fyodorovich afirmava que era plenamente possível que seres humanos pudessem voar adaptar-se a qualquer ambiente, ver ao longe e através de algo sem qualquer dificuldade. Foi um dos primeiros a reiterar que somente estudos profundos sobre envelhecimento e morte, poderiam ser capazes de oferecer subsídios para termos seres humanos vivos indeterminadamente (FAURE, 2019).

Mais tarde, no mesmo século, Konstantin Eduardovich Tsiolkovski (1857-1935), trouxe à luz humana a ideia de colonizar o espaço e que isso levaria a perfeição de toda a raça humana. Ele acreditava que os humanos iriam colonizar galáxias, o voo da Apollo 11, alguns anos mais tarde, reafirmaria suas colocações (FAURE, 2019).

2.2 NOVA DENOMINAÇÃO: TRANSUMANISMO

Desde os tempos dos primórdios, o homem caçava, colhia, vivia como nômade e havia pouca comunicação, e até hoje o ser humano continua em constante evolução. Para quem vivia naquela época, o desenvolvimento atual da tecnologia e ciência era inimaginável, mas, agora surge o transumanismo.

Ao longo da história o ser humano quis melhorar, sua capacidade física ou mental aplicando técnicas por meio de atividades físicas, remédios, livros e estimulantes, se utilizando de cada uma das possibilidades de cada etapa da humanidade, tudo em busca de lutar contra sua própria natureza e o transumanismo não foge disso.

Sendo melhorias com tempo determinado ou indeterminado, com intervenções tecnológicas ou científicas, o chamado "melhoramento humano" se destaca pela insidiosa vontade humana de ultrapassar todos os obstáculos da casca a qual estão presos e para isso surgiu a ideia do transumano.

O transumano trará grandes impactos na tecnologia, nanotecnologia, genética, na inteligência artificial e nas diversas áreas das ciências. O que era inexplicável visto nos filmes de ficção científica, agora pode ser uma realidade a cada dia mais próxima do futuro da humanidade.

Segundo Jotterand (2010, p. 617), "o desenvolvimento de biotecnologias emergentes está à beira de redesenhar as fronteiras da existência humana." Surgirá então, uma extensão da vida, um ser meio máquina e meio humano e será concebido em um laboratório o ser mais inteligente, mais rápido e mais forte do que qualquer outro ser humano.

Tendo em vista, que o transumano será criado por humanos, questiona-se a capacidade desses de controlar o incontrolável, sendo assim, é inquestionável que a humanidade será ainda mais profunda e radicalmente afetada pela ciência e tecnologia (HUMAIN, 2003).

Segundo Huxley (1957, p. 13-17) a vida humana, até então, em sua maior parte morre jovem demais ou quando sobrevive, prossegue a vida em estado de grande pobreza e que é possível "transcender a si mesmo - não apenas esporadicamente, um indivíduo aqui de uma maneira, um indivíduo lá de outra maneira, mas em sua totalidade, como a humanidade."

Embora diferente da versão utilizada após a década de 80, o artigo popular de Huxley, fez com que o termo ultrapassasse fronteiras e mais tarde,

seria inspiração para que arquitetos metabolicistas japoneses produzissem um manifesto, explicando como o ser humano seria desenvolvido no futuro.

Kawazoe (1960) trouxe a primeira concepção de como seria o transumano e quais mudanças de fato aconteceriam. Ele ressaltou que o avanço tecnológico seria tamanha que o propósito será coletivo e não anômalo “cada um terá um “receptor de ondas cerebrais” em seu ouvido, que transmite diretamente e exatamente o que as outras pessoas pensam sobre ele e vice-versa.

Ainda nesse mesmo período, Esfandiary (1970) defendeu que a condição humana avançaria conforme a tecnologia e que em breve existiria a possibilidade de povoar outros planetas e driblar a morte.

O termo transumanismo foi a base para a teoria futurista de Max More, iniciando um processo de criação dos princípios do transumanismo no ano de 1990 e a partir daí, na Califórnia, o movimento cresceu, de modo que foi nessa década que surgiram os primeiros estudos acerca de terapia gênica e bebês projetados (VILAÇA; DIAS, 2014).

Para Bostrom (2005) transumanismo é “um movimento vagamente definido que se desenvolveu nas duas últimas décadas”, ou seja, desde meados de 1985. Na descrição de como poderia ser definido o transumano, o autor cita detalhadamente o melhoramento genético, com a manipulação do DNA humano, biotecnologia, a nanotecnologia, inteligência artificial, robótica e a extensão significativa da expectativa de vida e o aperfeiçoamento da capacidade humana.

Na opinião de Bess (2010, p. 643) o transumanismo trata do aumento, podendo também ser definido de forma ampla “uma intervenção destinada a modificar os traços de uma pessoa, acrescentando qualidades ou capacidades que de outro modo não se esperariam caracterizar essa pessoa”.

Para alguns dos estudiosos transumanistas, num futuro não tão distante, as barreiras da doença, do envelhecimento, da mente e até mesmo

da morte há de serem derrubadas e a ruptura da linha entre a inteligência artificial e a inteligência humana acontecerá num salto.

2.3 PÓS-HUMANISMO

No pós-humanismo, segundo Tirosh-Samuelson (2012), existem no mínimo duas correntes de significado que geram muita confusão e debate: o cultural filosófico e o tecno-científico. As duas vertentes possuem em comum uma posição de que não há uma essência humana fixada, que estão constantemente em evolução. Os humanos podem superar a si mesmos e sua biologia, ambas as tendências compreendem que no futuro inexistirá uma barreira entre homens, máquinas e a vida animal, a diluição em favor do ser *cyborg*, dispensando a reprodução, buscando a destruição da corporificação e a perda da obsolescência humana.

A ideia do que o pós-humano será à frente, terá um caráter transcendente e com capacidade física e mental única, que em meio século seria possível através dos avanços da "inteligência artificial, a nanotecnologia, a engenharia genética", que os seres humanos terão maiores capacidades intelectuais e físicas, permanecendo cada vez mais semelhantes às máquinas, ressignificando as próximas gerações (MORE, 1994, p. 38-41).

O pós-humanismo e o transumanismo podem ser considerados dois momentos distintos da humanidade em transição. Enquanto o primeiro diz respeito ao objetivo final, o ser humano que se quer alcançar após as evoluções do tranhumanismo, diz mais a respeito da linha de chegada e o ser perfeito. Já o segundo é a passagem ou o movimento que se transitará no caminho, as etapas tortuosas para o alcance do objetivo.

2.4 EVOLUÇÕES TRANSUMANAS: OTIMISMO OU PESSIMISMO?

Segundo Savulescu e Bostrom (2009, p. 214), transumanismo é uma dentre outras formas de vida, considerados "seres originalmente evoluídos ou desenvolvidos a partir de seres humanos, mas significativamente diferentes, de tal modo que não são mais humanos em qualquer aspecto significativo". Esse estágio seria alcançado através da manipulação da biologia humana, transformando o intelecto, o físico e a genética, obtendo a mudança do patrimônio biológico e DNA, até que, ao fim, o pós-humano ideal fosse adquirido. Para tanto, seria necessário melhorar o humano até que deixasse de ser humano.

Diante desse contexto surgiram inúmeras correntes de defensores assíduos dos benefícios que a mudança traria a humanidade com a melhoria física e mental, possibilitando a capacidade de raciocinar daqueles que não a tinham mais, de se movimentar para aqueles sem movimentos, da quantidade de evolução que podem chegar ao conhecimento do mundo, uma vez que pessoas com o cognitivo de um humano comum se inventaram e inovaram.

De outro lado, há a corrente dos que salientam o quão maléfico é alterar o que torna os humanos, de fato, humanos: os sentimentos, o comportamento e o raciocínio, alterando assim toda a natureza da humanidade.

Esse dualismo de pensamentos criou a corrente do "bem *versus* mal", uma disputa acirrada que leva para inúmeros caminhos pela mente de vários pensadores acerca do assunto.

Savulescu e Bostrom (2009), afirmam que já existe uma linha de divisão sobre política biológica dos favoráveis ao pró-melhoramento, os transumanistas e aqueles que são antimelhoramento, os conhecidos como bioconservadores.

Os autores acreditam que “uma ampla gama de melhorias deve ser desenvolvida e que as pessoas sejam livres para usá-las para transformar-se de maneira completamente radical”. Além disso, acreditam que “nós não devemos alterar substancialmente a biologia ou a condição humana” (SAVULESCU; BOSTROM, 2009, p. 1).

Agar (2004, p. 18) afirma que os bioconservadores, não são conservadores, tradicionalmente falando, mas sim, em um sentido relacionado ao direito fundamental, pois “ao invés de tentar proteger alguns modos de agir, eles veem-se como protetores tanto da humanidade quanto do significado humano”.

Os transhumanistas são os grandes adversários do bioconservadorismo. Mas não é preciso ser um transhumanista para aceitar melhoramentos humanos. Pode-se também afirmar que saúde e melhoramento são conceitos distintos e que a distinção entre tratamentos e melhoramentos tem significados práticos e político sem ser um bioconservador. Os transhumanistas discordam. Eles pensam que a distinção entre tratamentos e melhoramentos nutre posições bioconservadoras. (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2014, p. 698).

Bostrom (2005) considera os bioconservadores como defensores assíduos da natureza humana que buscam preservar, a todo custo, aquilo que os faz humanos.

Para Fukuyama (2002), o futuro da humanidade encontra-se em uma situação difícil, onde seus valores mais primordiais sumirão diante do uso desenfreado da ciência em suas mentes e corpos. Embora para alguns trará grande melhora na condição de vida, outros perderão, no caminho, os direitos humanos e a linha tênue entre livre arbítrio e a melhoria genética sumirá.

Diéguez (2019) defende que o corpo humano não condiz com todas as possibilidades de avanço e a capacidade intelectual, ou caso tivesse um

corpo que vencesse doenças, envelhecimento e inevitavelmente a morte, sendo assim, ele vê a evolução transumana com entusiasmo e otimismo.

Além disso, acredita que o transumanismo se divide em duas grandes tendências: o pós-humanismo cultural, que é representado por Donna Haraway e Rosi Braidotti, as quais defendem que os avanços tecnológicos já trouxeram uma mudança fundamental do pós-humanismo aos seres humanos. E o transumanismo tecnocientífico, que força as pessoas a repensarem a condição da natureza e da dignidade humana e até as obriga a assumir mais radicalmente que o ser humano não é um produto acabado, finito, mas sim o fruto de uma evolução biológica. Estas considerações são observadas das teorias de que a própria ciência não consegue alcançar, que embora cogitadas não são viáveis, como a possibilidade de conectar a mente à máquina (DIÉGUEZ, 2019).

Surgindo conceitos como neuroplasticidade, segundo Borella e Sacchelli (2008), neuroplasticidade é toda alteração do sistema nervoso, tendo uma durabilidade acima de poucos segundos, também sendo a capacidade do sistema nervoso humano, principalmente dos neurônios, de se adaptar as condições dos diversos ambientes, sua resposta a grandes lesões, capacidade de aprendizado e memória.

O corpo humano por ser limitado fisiologicamente, fica facilmente debilitado, por isso surgem ciborgs, humanos com corpos desmontáveis e adaptáveis as necessidades do ambiente e do corpo humano e isso só é possível pela neuroplasticidade, no que os transhumanistas estão muito avançados.

Diante do contexto, com o término de toda a evolução humana por meio do transumanismo pode ser possível construir uma vida satisfatória para alguns, porém pode ser um erro, pois o ser humano necessita de pensamentos, emoções do físico e tecnologia sozinha é somente tecnologia, por si só ela é vazia.

2.5 A MORTE DA MORTE

Evitar a morte sempre foi um dos anseios dos transhumanistas, Fereidoun M. Esfandiary escreveu um livro por volta de 1980, que foi publicado após a sua morte, no ano de 2011, que se intitulava *Countdown to Immortality*, "Contagem Regressiva para a Imortalidade", em uma tradução livre. Neste livro, o autor destacava como somos prejudicados pela morte.

Segundo Esfandiary (2011, p. 11) "cada morte é o fim de um universo. A maior tragédia diante de cada um de nós é a morte". Nesse sentido, para alcançar uma boa condição de vida, muitas pessoas precisam trabalhar décadas, desempenhando muitas vezes funções árduas, utilizando força física, sem descanso, em busca de uma boa condição na velhice e, em sua maioria, quando podem utilizar dos frutos construídos de todo esse esforço, são acometidos por doenças físicas e ou psíquicas. Sendo assim, o ser humano trabalha incessantemente, privando-se de tempo de qualidade com a família, amigos e consigo mesmo, buscando conquistar bens para uma terceira idade tranquila e quando a atinge, morre.

Na visão de Esfandiary (2011), em breve, aqueles que forem acometidos por doenças como *Alzheimer* ou *Mal de Parkinson*, poderão permanecer em criogenia até que, no futuro, encontrem a cura para essas doenças. Para ele, a imortalidade é uma certeza e que viver ou morrer será questão de escolha.

Ainda de acordo com Esfandiary (2011) algo que mais trava o ser humano em alcançar melhores resultados é o medo da morte e que em milhares de anos a humanidade não consegue fazer nada a respeito desse problema social (ESFANDIARY, 2011).

Contudo, paralisados pelo medo de morrer, não se pode buscar a plenitude da vida. A fim de ilustrar tal situação, imagine: Pedro é acometido de uma doença cardíaca que não possui cura. Ele não pode ficar muito nervoso, nem muito feliz. Emoções, tanto boas quanto ruins, aceleram seu coração e podem levá-lo à morte. Por medo dela, Pedro não se apaixona,

porque pode ficar feliz demais; não tem amigos, porque uma simples piada pode provocar uma parada cardíaca, acata o que todos querem porque não pode se irritar; ninguém se aproxima o suficiente com medo de que ele sinta emoções, as quais podem leva-lo a morte. Dessa forma, ele permanece com o coração batendo, mas tão pouco vive de fato. Não tem sentido viver sem sentir absurdamente feliz ou decepcionado por algo, isso é o que trás a possibilidade de melhorar e avançar socialmente como um todo.

Diante de uma luta consciente por direitos sociais e políticos, a busca incessante de liberdade, Esfandiary (2011) reitera como o ser humano não buscou uma solução para o que mais o impossibilita de escolher algo: a morte. E não compreende como alguém que teve muito medo de morrer não encontrou formas, já que cada morte, em sua visão, é uma tragédia social, o abandono de toda uma vida de lutas e descobertas.

3 EVOLUÇÕES TRANSUMANISTAS ATUAIS

Com o passar dos anos a ambição transumana evoluiu, cientistas e estudiosos buscam incansavelmente melhorar o ser humano, sejam essas melhorias físicas ou mentais. Muitos são os exemplos da transumanismo em prática, no ano de 2007, *Stelios Arcadiou*, criou alvoroço ao implantar no seu antebraço uma orelha humana através de cultura celular e que, com um microfone implantado, pudesse ouvir, em tempo real, o que era dito ao redor (KLEINA, 2012).

No ano de 2012, a *Grindhouse Wetware* criou o sensor *Bottlenose*, fabricado com alguns circuitos, uma bateria e uma placa Arduino, para interagir com o tal implante, a fim de ajudar a pessoa na localização de outras pessoas e objetos, obtendo o conhecimento da distância entre elas, através de ondas magnéticas, sem nenhum controle, com a possibilidade do uso de *software* da forma que quisesse. O procedimento dura 15 minutos, com pequenos cortes no dedo escolhido para implantar a tecnologia. No

entanto, não é relatado que caso o silicone que envolve o imã seja partido poderá causar grandes danos à pele. O fato parece ser um mero detalhe, mas que pode fazer toda a diferença.

Em setembro de 2013, a empresa 23andMe, localizada nos Estados Unidos, privada de genômica e biotecnologia, possibilitou que mulheres pudessem conceber seus filhos por inseminação artificial, por meio de mapeamento genético do doador de esperma escolhido, tendo a oportunidade de "montar o seu bebê", optando pela cor dos olhos, se quer um atleta melhor de explosão ou resistência, se irá gostar de álcool ou não (FOLHAPRESS, 2013).

No ano de 2016, Hugo de Garis, australiano, especialista em inteligência artificial, prometeu que o futuro da humanidade será mais escuro e que antes do final do século XXI, existirá uma guerra entre os seres humanos e as máquinas inteligentes. Tal posição foi declarada durante uma conferência realizada em Paris pela Associação Francesa Transumanista (2012).

Afirmou também que em mais alguns anos um *microchip* do tamanho de um grão de areia será implantado no cérebro humano e poderá tranquilamente transformar uma pessoa em *ciborgue*, tornando sua capacidade intelectual bilhões de vezes maior, uma vez que já estão sendo realizando estudos em um laboratório da Universidade de Xiamen, na China, acreditando que em 50 anos uma mãe estará decidindo se irá ou não transformar seu filho em um *ciborgue*, arriscando a sua inteligência ou seus sentimentos (ASSOCIAÇÃO FRANCESA TRANSUMANISTA, 2012).

Em 2017, um *microchip* foi exposto no festival *Wear-it* em Berlim. Ele é implantado na mão e pode ser usado, sem necessidade contato, para abrir o carro, realizar pagamentos e controlar o celular, facilitando e dispensando o uso de chaves ou carteira.

Outro exemplo é um estudo publicado por um grupo de pesquisadores das universidades de *Harvard* e *Surrey*, no ano de 2019, sobre "sondas em nanoescala", com o intuito de ler atividades elétricas intracelulares de

neurônios, trazendo a possibilidade de medir a corrente elétrica que circula nas células humanas. Dr. *Yunlong Zhao*, da Universidade de Surrey, relatou que isso trará um grande avanço, ou seja "a interseção entre humanos e máquinas". *Anqui Zhang*, doutorando no *Lieber Lab*, em *Harvard*, vê o desenvolvimento dessas sondas como um passo para mapear as ondas cerebrais, a fim de compreender melhor como funciona a mente humana e as próteses neurais (HANCOCK, 2019).

Atualmente, empresas como a *Neuralink*, startup de *Elon Musk*, proprietário e fundador da *SpaceX* e CEO da *Tesla*, mantinham, até meados de 2019, segredos sobre os anseios da empresa. Os proprietários das empresas buscam uma forma de conectar os seres humanos às máquinas, desenvolvendo interfaces implantáveis, os quais irão conectar o cérebro ao computador (semelhante às casas inteligentes em que as luzes, cortinas e janelas são conectadas a uma *Alexa* ou *Google Home*), nesse caso, conectar-se com o homem (GLOBO.COM, 2021).

Elon Musk afirma que para enviar essa conexão é necessário introduzir eletrodos dentro do cérebro humano, para que haja comunicação e envio dos sinais por meio de cabos. O cérebro se move conforme os movimentos corporais, fazendo com que os eletrodos se entorçam, o que pode causar danos nos tecidos cerebrais ou estragar os conectores (GLOBO.COM, 2021).

Para evitar isso, funcionários da empresa *Neuralink*, criaram cabos maleáveis minúsculos, com uma grande quantidade de eletrodos e um robô para fazer o implante dos eletrodos no cérebro humano (GLOBO.COM, 2021).

O proprietário da empresa, *Elon Musk* afirma já ter conseguido realizar testes em ratos e negocia com as autoridades competentes dos Estados Unidos para iniciar os testes em humanos. O produto melhora significativamente casos de *Parkinson* e paralisias causadas por lesões na coluna espinhal, constatou o neurocirurgião-chefe, *Matthew McDougall*, da startup. Embora essa tecnologia exista desde 2012 não foi aperfeiçoada

para funcionar da forma como deveria, ficando desprovida de inúmeras possibilidades (GLOBO.COM, 2021).

4 LIMITES ÀS EVOLUÇÕES TRANSMANAS A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS

Diante do fenômeno do transumanismo, que é um movimento científico, cultural, social e filosófico, surgem questionamentos acerca de como tornar o melhoramento humano benéfico, evitando abusos de cientistas e estudiosos. Acerca disso, o ordenamento jurídico deve acompanhar os avanços e legislar em prol dos cidadãos, impondo limites as evoluções transumanas a partir dos direitos humanos, encontrando equilíbrio entre descobrir melhorias e respeitar as pessoas.

Para uma melhor compreensão das limitações do transumanismo, primeiramente é necessário compreender o conceito de bioética, para juntamente com os direitos humanos seja possível analisar o todo.

No início de 1970, Leone, Privitera e Cunha (2001) definiram a bioética (ética da vida) como a ciência que tem como objetivo indicar os limites e as finalidades da intervenção do homem sobre a vida, identificando os valores de referência racionalmente proponíveis e denunciar os riscos das possíveis aplicações.

A bioética é uma ciência interdisciplinar que agrega o direito, a medicina, sociologia, profissionais do ensino e outras áreas, para que seja estabelecido um norte para a pesquisa e que seja possível delimitar até que ponto o desenvolvimento e o avanço da ciência podem chegar, sem trazer prejuízos aos direitos inerentes a pessoa humana.

Esse entendimento conduziria os profissionais para o caminho correto, para tratar a vida humana com respeito e com uma postura ética acima de tudo, já que no ano de 2001, alguns médicos se consideravam “deuses”, ou aqueles que detinham o conhecimento para salvar e estudar

sem limites a medicina, utilizando o corpo humano como mera base de estudo para experimentos, sem escrúpulos ou uma argumentação falaciosa, já que pouco se falava em responsabilidade na profissão.

Para a estruturação da bioética, surgiu como parâmetro o Relatório *Belmont*, no ano de 1978 e o *Beauchamps and Childress*, na obra *Principles of biomedical ethics*, no ano de 1979, sendo o primeiro para limitar as pesquisas médicas e o segundo para estendê-las a todos aqueles envolvidos com a vida humana, com a prática médica, que será norteada por princípios (NUNES; TRINDADE, 2013).

O primeiro princípio é o do benefício/não malefício, ao qual o profissional, ao exercer sua profissão, sempre que tratar de um paciente deverá considerar o ser humano em sua totalidade tanto no bem-estar físico, social, psicológico e de crença, devendo fazer o bem, tanto para o paciente quanto para a sociedade e conseqüentemente evitar o mal.

Um excelente exemplo diante desse princípio é o caso das Testemunhas de Jeová, as quais não recebem transfusões de sangue, pois pela compreensão de que Deus, consideram como algo sagrado, assim como a vida e que não se pode receber de outra forma, a não ser pelas mãos Daquela que os criaram. Mesmo que essa atitude custe a vida do paciente deve-se respeitar sua crença e encontrar alternativas diversas, pois mesmo que sobreviva com a transfusão de sangue, a religião o considerará impuro e nada adianta estar vivo para o mundo e morto para Jeová.

Além disso, a Constituição Federal do Brasil declara para que se tenha liberdade de escolha, no artigo 1º, III e no artigo 5º, caput VI, no qual cita-se que para exercitar um direito fundamental, é necessário garantir uma vida digna (BRASIL, 1988).

O segundo princípio é o da autonomia, que traz exatamente as questões da liberdade de escolha e decisão, baseando-se nos direitos humanos, do qual, nos últimos anos, principalmente, tem se falado muito. Um dos exemplos é o Código de Defesa do Consumidor, o qual propõe ao

paciente pleno conhecimento dos procedimentos que os médicos irão adotar para o tratamento.

Este princípio também se aplica nos casos de autonomia limitada, como em situações que a pessoa não tem plena consciência de seus atos, idosos com a doença de *Alzheimer*, por exemplo, que não respondem por si mesmos.

E o último, mas não menos importante, o princípio da justiça, cujo conceito é alvo de inúmeras discussões, mas a justiça afinal é dada em a cada ser o que é devido. Esse princípio está atrelado ao conceito de equidade, de dar a cada um aquilo que precisa, diante das suas necessidades.

Para este, cita-se uma situação hipotética: há duas mulheres com 40 anos, com esclerose múltipla e apenas uma delas tem a possibilidade de arcar com os custos da cura através de biomelhoramento. Isso parece injusto, o Estado deveria impor o conceito de justiça para evitar a desigualdade de acesso ao biomelhoramento (NUNES; TRINDADE, 2013).

Harari (2016) traz à tona a possibilidade de além da desigualdade econômica que já existe, também a de desigualdade biológica e de como será a humanidade com castas, além de sociais, biológicas:

Aprimoramentos em biotecnologia poderiam possibilitar que a desigualdade econômica se traduza em desigualdade biológica. Os super-ricos teriam finalmente algo que vale a pena fazer com sua estupenda riqueza. Enquanto até agora só podiam comprar pouco mais que símbolos de status, logo poderão ser capazes de comprar a própria vida. Se os novos tratamentos para prolongar a vida e aprimorar habilidades físicas e cognitivas forem dispendiosos, o gênero humano poderia se dividir em castas biológicas. (HARARI, 2016, p. 104).

Diante dessa citação, adentra-se na importância de que os direitos humanos limitam os avanços do transumanismo, pois, claramente nem todo desenvolvimento que a ciência pode alcançar é ético e deve ser aceito

como normal e sabe-se que, ao longo da história os direitos humanos têm se adaptado e alcançado os avanços sociais. Diante da possibilidade do pós-humano, surgem inúmeros questionamentos acerca dos direitos relacionados à pessoa e como ela pode delimitar até que ponto a ciência pode interferir na condição humana como essa é conhecida atualmente.

Como no princípio da dignidade da pessoa humana, que se tornou tema abrangente de diversas discussões, trata-se da garantia das necessidades vitais de cada ser humano, presente no artigo 1º da Constituição Federal do Brasil, em seu inciso III (BRASIL, 1988): "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."

O ordenamento jurídico não traz, em seu texto, o significado da dignidade da pessoa humana, restando a diversos autores a busca pela descrição exata do que significa tal princípio a exemplo de Alexandre de Moraes e Ana Paula de Barcellos.

Segundo Moraes (2017) a dignidade está intimamente relacionado aquilo que levará o ser humano à felicidade, sendo necessário que as pessoas ao seu redor o respeitem como pessoa e que a entidade jurídica deve garantir isso.

Já Barcellos (2019) pontua que a dignidade já é uma necessidade inerente ao ser humano e apenas foi inserida no ordenamento jurídico para enfatizar tal importância, mas que deveria existir mesmo se não estivesse na lei.

Embora a transformação humana ocorra, segundo Diniz (2002) deve haver um respeito gigantesco à dignidade da pessoa humana, pois é um direito fundamental e a base de tudo o que rege as leis, devendo prevalecer acima de qualquer ambição tecnológica, sendo inaceitável que o ser humano seja reduzido a um objeto de mera satisfação científica.

Por exemplo, não adianta desenvolver a possibilidade de imortalidade, se a qualidade de vida das pessoas ficará atrelada a máquinas ou de forma debilitada, ou ainda, desenvolver a possibilidade de ter uma inteligência sobre-humana se isso levar problemas de saúde, como fortes dores de cabeça, ou insônia.

Nesse cenário, observa-se também a defesa da Constituição Federal do Brasil, a qual determina que todos os cidadãos são iguais, tendo garantidos o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, o que entende-se que não engloba apenas o direito de existir, mas de ter sua integridade física e mental intacta, não podendo haver nenhum tratamento desumano, tortura ou colocado em situação degradante (BRASIL, 1988).

No entanto, subentende-se que para haver avanços no campo do transumanismo será necessário explorar as capacidades humanas, tanto físicas quanto mentais, arriscando violar o direito à vida e a garantia de que nenhum ser humano será levado a um tratamento que não mereça ou que o prejudique.

Nesse aspecto, as entidades educacionais têm o desafio de cada vez mais formarem profissionais que compreendam a importância da defesa dos direitos (elencados acima nas discussões) como na escolha do sexo dos filhos, métodos de reprodução assistida, clonagem, quando morrer ou viver, aborto ou eutanásia. Essas pautas trazem para o Estado a responsabilidade e o desafio de acompanhar os avanços.

Outro questionamento está acerca do nível de artificialização da vida e do patrimônio biológico de cada cidadão, diante dos valores já conhecidos no âmbito social. Significará que os impactos levam a uma forma nova de moralidade e questionam, até mesmo, o desaparecimento dos valores fundamentais e dos direitos humanos (FUKUYAMA, 2002).

Cozar (2021), explica que os possíveis impactos negativos vão além das questões relacionadas a saúde, com a expectativa de vida elevada, haverá mais pessoas na terra e com isso o meio ambiente e a natureza

serão cada vez mais explorados, a hipótese de driblar a morte fará com que o suporte da terra chegue no limite, ainda mais. Mais tempo de vida, trará mais filhos e netos, consecutivamente mais alimento e água para quais se fará necessário mais transporte, combustível e maior produção

Além disso, existirá as intimamente ligadas a das pessoas melhoradas e não-melhoradas, implicações sociais e econômicas entre as pessoas que não tiverem condições financeiras para custear tratamentos ou interesse em realizar qualquer procedimento para melhoramento.

Desse modo, percebe-se que os direitos humanos, diante de uma evolução física e mental do homem, teriam que ser adaptados, pois hoje, os humanos ficam em exposição dos homens do futuro, os quais desejam essa mudança para o transumanismo.

Primeiramente, os direitos da pessoa humana tenderão, diante do novo cenário, a ser considerados de outra forma, terá de surgir, assim, uma nova leva de direitos adequados as novas capacidades humanas, que defendam sobretudo que as mudanças físicas e mentais necessitam de consentimento e aceitação para a preservação da dignidade humana como um todo. Diante disso, surgiram em torno do mundo inúmeras assembleias para discutir como será o futuro e como defender os direitos humanos e a vida.

Segundo Azevedo (2010), o avanço da biotecnologia mudará o rumo dos problemas sociais existentes e das questões acerca dos direitos humanos, onde anteriormente se falava de pobreza e riqueza, raça e orientação sexual, por exemplo, agora a pauta será a intervenção tecnológica, genético e robótico na vida humana.

Com base na Constituição Federal do Brasil, tratados internacionais e convenções de Direitos Humanos, quais as limitações ético-jurídicas diante de uma humanidade composta de sentimentos e de direitos inerentes a sua vida, dignidade e liberdade, além de como a desigualdade econômica pode se transformar em uma desigualdade biológica, diante das possibilidades sociais bem como financeiras de cada individuo observados as leis e

ordenamentos, que não costumam acompanhar os avanços científicos e a sociedade.

Apenas após 1997, os documentos oficiais trouxeram em seu texto palavras como tecnologia, biologia, medicina, genoma humano e bioética, já que houve inúmeros impactos advindos desses termos na dignidade e valorização da vida humana (AZEVEDO, 2010).

No mesmo ano, a Unesco publicou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, que defendia a dignidade da pessoa humana, sobre o genoma humano, direitos das pessoas envolvidas em testes e experimentos, nortear pesquisas com genomas humanos e condição para exercer a atividade científica, trazendo a responsabilidade dos cientistas.

Posteriormente, no ano de 2003 foi instituída a Declaração Internacional sobre Dados de Genética Humanos, garantindo o respeito à dignidade humana, proteção dos direitos humanos, liberdades fundamentais para utilizar, tratar e conservar os dados genéticos humanos, com igualdades, justiça e solidariedade.

No ano de 2005, a Declaração Universal da Bioética e Direitos Humanos buscando o norte para lidar com os avanços tecnológicos e expandir a abrangência da bioética, enfatizou uma justiça social (AZEVEDO, 2010).

As discussões acerca do perigo e risco da evolução são inúmeras, já que o ordenamento jurídico costuma estar atrás das evoluções sociais e científicas. Um exemplo pode ser encontrado nos crimes virtuais, ainda possuem pouca ou nenhuma legislação para o regramento. Um exemplo típico é a invasão de *hacker* em e-mails dos magistrados e máquinas do TJSC, um Tribunal de Justiça respeitável, mas vulnerável a essa possibilidade.

Perante os fatos, observa-se a dificuldade no controle e regramento para acompanhar e evitar que sejam ultrapassados os limites no caso do corpo humano, as dificuldade de frear os abusos de médicos e cientistas, por meio dos direitos humanos, que cercam toda a vida humana, mas é muito

complexa quando se trata de conscientizar toda uma classe de que o avanço da ciência não é mais importante que a vida das pessoas. Assim, surge a necessidade de regramento para fixar como serão tratados os contratos de adesão a implantes neurais ou a testes clínicos do mapeamento cerebral.

Sendo assim, pode ocorrer um grande impacto no Direito Civil, diante dos contratos de adesão e dos possíveis danos que podem ser causados, com indenizações e execuções contratuais. No Direito Penal em relação ao regramento de crimes contra a vida, o patrimônio e as entidades públicas, praticadas por esses seres geneticamente melhorados, além dos abusos médicos que comprometam a vida das pessoas.

No Direito Trabalhista de como será a contratação de transumanos e da duração das jornadas de trabalho, no Direito do Consumidor, diante da compra e venda dessas melhorias e no Constitucional, diante dos Direitos Humanos propriamente ditos.

Ademais, a chamada Sociedade 5.0 que foi apresentada no G-20, em Osaka no ano de 2019 pelo Japão para nomear uma nova maneira da sociedade se relacionar com a tecnologia, a produtividade, saúde, educação, mobilidade, desafios sociais e proteção de dados. Uma nova era baseada em economia circular, baixa emissão de carbono, pós-industrial e digital

Essa nova sociedade a qual advém da inteligência artificial, tecnologia e ciência, não terá como fugir da necessidade de estabelecer diretrizes para que se tenha uma harmonia entre máquinas e seres humanos, que seja ressignificado os direitos de amparar também os transumanos, pois esses serão dotados de direitos, e para que aqueles que não estejam dispostos a sofrer essas melhorias, tenham a possibilidade de dizer não e se recusarem a realizar procedimentos contra sua vontade.

Por outro lado, deve-se ter a compreensão de que sem as evoluções de pesquisas e estudos científicas para melhorar a medicina em prol das pessoas, não será possível o desenvolvimento de medicamentos e tratamentos que salvem vidas de muitos nos dia de hoje. Então, o equilíbrio

e a fiscalização são a chave para que haja uma evolução saudável e benéfica para todos os seres humanos, responsabilidade de governantes e de todas as pessoas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na busca em responder qual o papel dos direitos humanos junto ao fenômeno do transumanismo e na hipótese de que novas normas devem ser agregadas ao ordenamento jurídico, a fim de preservar a dignidade humana, optou-se pela escolha do tema, com o objetivo de analisar de que modo os direitos humanos podem atuar como pressuposto ético-jurídico para a limitação do transumanismo.

Diante do contexto apresentado, conclui-se que os direitos humanos podem e devem ser utilizados como limitador ético-jurídico ao transumanismo, pois são inerentes a cada indivíduo, independente da classe social ou etnia, uma vez que tem o intuito de frear abusos e aliados a bioética que nortearão até que ponto a ciência poderá avançar.

Mesmo com os avanços tecnológicos sejam necessários, diante da fragilidade humana e de doenças, sempre é bom lembrar que uma máquina é só uma máquina, sendo desprovida de emoções, não possui essência e sensibilidade humana de reconhecer a felicidade, o amor, a tristeza e a simples necessidade de se alimentar ou beber água.

A Constituição Federal do Brasil, a qual norteia os direitos fundamentais, traz direitos como da dignidade humana, direito à vida e à liberdade, que se adequados a cada caso de forma abrangente, delimitará de forma precisa do avanço da ciência, de modo que seja benéfica ao desenvolvimento da humanidade, a fim de resolver problemas e não criar novos. No entanto, diante da dualidade de interpretações, existe a possibilidade de que, por exemplo, a dignidade humana de um não seja a de outro.

Os avanços no campo do transumanismo vislumbram como ideias fictícias, vistas em filmes que estão cada vez mais próximas da realidade,

desde substituir um fone de ouvido convencional por um implante neural, até encontrar a cura para o *Alzheimer* por meio do mapeamento da atividade cognitiva humana ou de transformar sua mente em um smartphone.

Diante disso, far-se-á necessário à criação de uma nova leva de direitos para esses seres melhorados de forma tecnológica e um grande esforço para a conscientização da sociedade, pois eles também gozam de direitos por serem cidadãos, para que não haja discriminação e novos conflitos diante dos transumanos.

Também, será necessária uma nova maneira de realizar contratos jurídicos, pesquisa e tratamento médico que trará para os juristas do futuro uma gama enorme de pesquisa e estudo na criação de leis que norteiem como serão os contratos de adesão ao melhoramento genético ou de como se fará a comercialização dessas melhorias. Tudo isso impactará sem dúvidas, no direito civil, do consumidor, trabalhista, constitucional, penal, além de diversas outras áreas.

Diante de todo contexto histórico do surgimento do termo é possível notar o quanto o conceito de Transumanismo evoluiu ao passar dos anos e de como a discussão acerca de delimitar, com direitos bem como bioética, são necessárias para que os avanços sejam dignos e as pessoas se tornem cada vez mais primordiais e que a ciência não caminhe sozinha, mas em consonância com tudo aquilo que garantirá um desenvolvimento saudável a todas as pessoas.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO FRANCESA TRANSUMANISTA. **Transumanismo**: melhorar o homem ou substituí-lo por ciborgues? Estado de Minas e Tecnologia. 2012. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/tecnologia/2012/02/01/interna_tecnologia,275476/transumanismo-melhorar-o-homem-ou-substitui-lo-por-ciborgues.shtml. Acesso em: 18 out. 2021.

AGAR, Nicholas. **"Liberal Eugenics"**: Defense of Human Enhancement. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

AZEVEDO, Marco Antônio; OLIVEIRA, Eugenia de. Melhoramento humano. In: TORRES, João Carlos Brum (org.). **Manual de Ética questões de ética teórica e aplicada**. Petrópolis: Editora vozes, 2014.

AZEVEDO; Eliane Eliza de Souza e. Avanços da tecnociência e a pessoa humana. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, n. 4, v. 1, jan. 2010, p. 19-25.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BESS, Michael. Enhanced Humans versus "Normal People": Elusive Definitions. **Journal of Medicine and Philosophy**, Oxford v. 35, n. 6, , p. 641-655, 2010.

BOSTROM, Nick. A history of transhumanist thought. **Journal of Evolution and Technology**. New York: v. 14, n. 1, abril 2005.

BORELLA, M. P.; SACCHELLI, T. **Os efeitos da prática de atividades motoras sobre a neuroplasticidade**. São Paulo, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

CÓZAR, José Manuel de. **Transumanismo e pós-humanismo no Antropoceno**. 2021. Disponível: <https://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/613708-transumanismo-e-pos-humanismo-no-antropoceno-entrevista-especial-com-jose-manuel-de-cozar>. Acesso em: 15 set. 2021.

DIÉGUEZ. Antonio. **Transhumanism**: the technological search for human improvement. Barcelona: Herder, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESFANDIARY, Fereidoun M. **Optimism one: the emerging radicalism**. New York: Norton, 1970.

ESFANDIARY, Fereidoun M. **Countdown to Immortality**. The Amagansett Press Drawer: Amagansett-New York, 2011.

FAURE, Juliette. Cosmismo, uma velha ideia russa para o século XXI. *Diplomatique Brazil*. 17 jan. 2019. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/cosmismo-uma-velha-ideia-russa-para-o-seculo-xxi-2/>. Acesso em: 18 out. 2021.

FOLHAPRESS. Empresa patenteia método que define cor dos olhos e risco de doenças no bebê. **Gazeta do povo**, São Paulo, 3 out. 2013. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/saude/empresa-patenteia-metodo-que-define-cor-dos-olhos-e-risco-de-doencas-no-bebe-37e8jv6nsk6k-6g3yr8cvwo6ku/>. Acesso em: 18 out. 2021.

FUKUYAMA, Francis. **Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution**. New York: Farrar; Straus and Giroux, 2002.

GLOBO.COM. **Saiba tudo sobre a neuralink**, empresa de Elon Musk que quer colocar microchips no cérebro das pessoas. Mar. 2021. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2021/03/saiba-tudo-sobre-neuralink-empresa-de-elon-musk-que-quer-colocar-microchips-no-cerebro-das-pessoas.html>. Acesso em: 18 out. 2021.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução: Paulo Geiger. Companhia das Letras: São Paulo, 2016.

HANCOCK, Sam. How close are we to achieving the transhumanism seen in 'Years and Years'? **Independent**, 2019. Disponível em: https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/tv/years-and-years-bbc-transhumanism-artificial-intelligence-a9005126.html?utm_source=reddit.com. Acesso em: 27 set. 2021.

HUXLEY, Julian. **New Bottles for new Wine**. London: Chatto and Windus, 1957.

HUXLEY, Thomas Henry. **Evolution and ethics**. Cambridge University Press, 2009.

JOTTERAND, Fabrice. At the roots of transhumanism: from the Enlightenment to a posthuman future. **Journal of Medicine and Philosophy**, Reino Unido, n. 6, v. 35, 2010, p. 617-621.

HUMAIN, Dominique Lecourt. **La technique et la vie**. Paris: Puf, 2003.

KAWAZOE, Noboru. **Metaborizumu**. Tōkyo : Bijutsu Shuppansha, Shōwa, 1960.

KLEINA, Nilton. Body hacking: transformando pessoas em ciborgues. **Tecmundo**, São Paulo, 21 ago. 2012. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/biotecnologia/28681-body-hacking-transformando-pessoas-em-ciborgues.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da. **Dicionário de bioética**. Aparecida: Editorial Perpétuo Socorro/Santuário, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORE, Max. On Becoming Posthuman. **Extropian Journal**. Amherst, NY, v. 14, n. 4, out. 1994.

NUNES, Lauren de Lacerda; TRINDADE, Gabriel Garmendia da. Princípios de ética biomédica: a abordagem principialista de Beauchamp e Childress e a resolução de conflitos morais. **Revista Eletrônica de Filosofia**, São Paulo: CEP/PUC-SP, v. 10, n. 1, jan./jun.2013, p. 55-66.

SAVULESCU, Julian; BOSTROM, Nick. **Human Enhancement**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

TIROSH-SAMUELSON, Hava. **Transhumanist as a Secularist Faith**, *Zygon*, v. 47, n. 4, dez. 2012, p. 710-734.

VILAÇA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. Transumanismo e o futuro (pós-humano). **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, 2014, p. 341-362. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/DYHLLVwkzpk6ttN3mkr7Gdw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 out. 2021.

FAKE NEWS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: uma análise dos impactos na democracia

Axe Thiago Almeida Schettini Ribeiro¹

Paulo Junior Trindade dos Santos²

RESUMO

As *fake news* vêm em uma crescente mundial, fazendo parte do cotidiano das pessoas nas redes sociais, principalmente quando nos aproximamos de pleitos eleitorais. Diante da necessidade de entender como essa ferramenta comunga na corrosão democrática, surgiu então o interesse em contribuir com o aumento de pesquisas de profissionais da área do Direito, realizando um estudo que busca compreender a importância da liberdade de expressão no sistema democrático e como as notícias falsas extrapolam os limites garantidos na Carta Magna em detrimento de grupos ideológicos, lideranças políticas, culturas ou ideias filosóficas. Desta forma, esse trabalho se norteia nas pesquisas realizadas por Horbach (2019), Barroso (2004) e Faustino (2018) como forma de embasamento teórico nas questões de *fake news*, liberdade de expressão e democracia. Para construção do raciocínio foram analisados os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, como também na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto de San José da Costa Rica. Diante da compreensão de Barroso (2004) de que a liberdade de expressão é garantida mediante a veracidade dos fatos, esta pesquisa tem como objetivo expor de que maneira as informações falsas têm causado danos à democracia, atropelando os limites constitucionais de liberdade de opinião. Citando Hobbes (1979), Locke (2007) e Rousseau (1997), este estudo faz uma busca pela compreensão real da ideia de democracia e aponta os comportamentos extremistas que buscam fragilizar o sistema idealizado ainda na Grécia Antiga. Lideranças populistas de extrema-direita tendem a utilizar de informações inverídicas para mexer

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc/Facisa), Campus de Xaxim; axe_schettini@hotmail.com

² Pós-Doutor em Direito e Tecnologias pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); Advogado; Docente na Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); pj.santos@unoesc.edu.br

com a realidade humana e, assim, fomentar uma narrativa falsa que deixa lesões significantes em pleitos eleitorais. No Brasil, país historicamente com poucos anos de democracia, os cidadãos dotados de pouca consciência política têm papel fundamental na disseminação de fake news ao não saber distinguir a verdade da mentira.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. *Fake news*. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

Considerado um dos pilares de sustentação e de construção permanente da democracia, a liberdade de expressão é um direito fundamental garantido em diversos países onde há um sistema de Estado que respeita a opinião e manifestação individual de todos os cidadãos. Horbach (2019, p. 26) expõe que, após lutas seculares de enfrentamentos sociais, a liberdade de expressão é a principal força motriz de um Estado Democrático de Direito, o qual as pessoas podem se manifestar sem qualquer repressão governamental, podendo assim, haver divergências ideológicas, culturais e filosóficas.

Conforme Faustino (2018, p. 25), com a massificação das *fake news*, que têm sido cada vez mais comuns no cotidiano das pessoas e, muito mais nítido em pleitos eleitorais, a liberdade de manifestação individual extrapola os limites estabelecidos no artigo 5º da Carta Magna para modificar a verdade em detrimento de grupos ou determinadas lideranças.

Mesmo com as garantias fundamentais expressas na Constituição Federal, o Brasil vivencia diversos excessos de liberdade de expressão que acabam corroendo a democracia, como afirma Horbach (2019, p. 109), sem que haja tanques em ruas ou fechamento de Poderes, como ocorreu no passado em nações da América Latina e Europa.

No entendimento percuciente de Barroso (2004, p. 30), é muito claro, ao interpretar que a Constituição, observar que ela assegura a liberdade de expressão desde que seja amparada pela verdade dos fatos, com coerência

opinativa, uma vez que qualquer excesso de manifestação, se utilizando de informações falsas, confunde o cidadão exposto às narrativas inverídicas quando ocorrem as eleições.

O termo *fake news* foi amplamente difundido após uma série de mentiras que marcaram as eleições recentes no Brasil e no mundo. Diante disso, Horbach (2019, p. 112) verifica que, ao pensar em notícias falsas, automaticamente se remete a refletir sobre liberdade de expressão, conquista garantida e fundamental na preservação da democracia.

Frase dita na Alemanha nazista nos anos 1930 e 1940, Braga (2018, p. 205) lembra que uma mentira repetida mil vezes se torna uma verdade. Na internet, isso fica ainda mais nítido com milhares de replicações geradas aos incontáveis grupos que se informam por meio da rede mundial de computadores. Não recente no meio político, as notícias falsas sempre tiveram relevância no cotidiano social, mas nos últimos pleitos eleitorais, elas ganharam conotação devido ao grande impulso que a internet concede.

Diante disso, essa pesquisa busca compreender como as *fake news* podem desconsiderar limites e regras do atual ordenamento jurídico e interferir na liberdade de expressão, historicamente adquirida como direito fundamental com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos pactuada em San José, na Costa Rica, em 1969.

Baseado nestas questões, esta pesquisa objetiva questionar como as *fake news* podem ultrapassar a barreira dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e deixar chagas no seio da democracia. Sendo assim, este estudo tem como objetivo expor o caminho das notícias falsas até o público que, com a informação assimilada, exerce a cidadania de maneira distorcida devido ao noticiário inverídico pelo qual é exposto.

Com intuito de compreender melhor como as desinformações podem atuar no campo político e deixar consequência significantes no cenário eleitoral, este estudo busca apontar como os internautas agem nas redes

sociais para disseminar o conteúdo falso ao seu público, que pensa e age de forma semelhante, podendo criar um espectro de mentiras e *fake news* para manipular a consciência do cidadão.

É fazendo uma pesquisa histórica do nascimento da democracia, suas vertentes e saídas, que se busca compreender como a evolução da relação entre sociedade e Estado, como isso avançou com debates emergidos de pensadores europeus importantes nos séculos passados, com Hobbes (1979), Locke (2007) e Rousseau (1997), criando uma nova e ampla série de discussões em favor de um modelo ideal de democracia.

Bobbio (2002, p. 31) apresenta uma parcela de contribuição importante neste estudo ao colocar em debate pontos interessantes do futuro democrático. Para isso, ele traz uma leitura do pensador John Stuart Mill, que separa os cidadãos em ativos e passivos, esclarecendo que os governantes preferem os passivos, mas a democracia necessita dos ativos. Muitas vezes abalados pela nutrição diária de notícias falsas, Bobbio (2002, p. 32) mostra que se os cidadãos passivos prevalecessem, os governantes transformariam seu povo numa espécie de bando de ovelhas, que somente pastam ao lado da outra.

Desta forma, esta pesquisa busca apresentar como as classes populares, distantes dos grupos dominantes, são importantes para manter a democracia fortalecida, mesmo num mundo onde as liberdades de expressão são atropeladas pelas desinformações nas redes sociais. Stuart Mill, nas palavras de Bobbio, afirma que a participação eleitoral tem um grande valor político educacional.

Para o pensador, o operário, que possui trabalho repetitivo e tem visão limitada nas paredes das fábricas, somente terá uma consciência política digna ao compreender as necessidades sociais como também seu interesse pessoal. Neste sentido, este Trabalho de Conclusão de Curso busca entender como o cidadão com cultura política, terá potencial de discernimento para diferenciar verdade e mentira, com real participação na articulação das

demandas primordiais de sua comunidade, driblando os impactos das notícias falsas.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A SUSTENTAÇÃO DEMOCRÁTICA

Direito fundamental garantido na Constituição Federal, a liberdade de expressão é um dos pilares de sustentação do sistema democrático. Mesmo diante destas conquistas, ao longo da redemocratização do Brasil, identifica-se também um crescimento de ataques às instituições consolidadas por intermédio de notícias falsas, que acabam corroendo o casco da democracia.

Sendo assim, analisar os movimentos das *fake news* perante as garantias constitucionais é essencial para entender os efeitos destas notícias falsas no cotidiano do cidadão que, sem ter instrução jurídica e social, acaba absorvendo informações sem veracidade dos fatos, impactando suas escolhas, inclusive, em pleitos eleitorais.

2.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO MOLDADA PELA VERDADE

A liberdade de expressão, segundo Horbach (2019, p. 24), foi uma conquista de alguns países do mundo ocidental nos últimos séculos, como nos Estados Unidos da América, em 1789, com a Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos, ou *Bill of Rights*, que unificou as colônias e colocou a liberdade de opinar e se manifestar como direito fundamental do cidadão norte-americano, se classificando para o mundo como ato inaugural da democracia moderna.

Mesmo assim, de acordo com Sankiewicz (2011, p. 33), somente em 1919 a Corte Americana iniciou a interpretação da liberdade de expressão, entendendo que a primeira emenda proíbe o governo de restringir discursos

com base em um ponto de vista. Assim, obtém-se o bem maior que ocorre pela livre troca de ideias, sendo a liberdade de expressão indispensável para a descoberta da verdade política.

Horbach (2019, p. 26) identifica que essas construções de liberdade de expressão também fazem parte da história da França, com a trilogia da liberdade, igualdade e fraternidade, os pilares da Revolução Francesa (1789-1799), surgindo então a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos grandes marcos da liberdade de expressão em desdobramento do direito à liberdade religiosa.

A consolidação da liberdade de expressão tem se tornado, expõe Barroso (2004, p 25), em uma espécie de pilar principal de sustentação de nações, que se enquadram no Estado Democrático de Direito. Poder dialogar, emitir opiniões e pensamentos ideológicos, ser vinculado a qualquer religião, expressar contrariedade aos atos de determinado governo, são garantias essenciais para a manutenção do *status* de liberdade, da democracia e do pluralismo.

Conjunção de palavras com forte expressão em democracias consolidadas, a liberdade de expressão se sobressai em países onde há clara demonstração de garantias e direitos fundamentais. Para Faustino (2018, p. 44), a liberdade de expressão concede a oportunidade de criação de opinião individual, divulgação dos fatos e publicidade dos atos. Desta forma, quando desviado do devido fim, o exercício das garantias constitucionais fica de lado para que surja, então, a geração de desinformação, conceito básico do termo *fake news*.

Nesta mesma linha, Mendonça (2019, p. 20) observa que o Brasil garantiu diversos direitos fundamentais por meio da promulgação da Constituição Federal em 1988, ampliando as questões que envolvam as liberdades, como de expressão, credo, imagem, honra e intimidade. A CF é clara neste sentido em alguns incisos do artigo 5°:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL, 1988).

A doutrina brasileira, nos argumentos de Carvalho (1999, p. 15), vai além e faz uma análise entre as diferenças entre o direito à liberdade de expressão e a de informação, apontando que são distintas, sendo que no primeiro está garantida a livre expressão de pensamento mediante qualquer meio artístico ou literário, mergulhando no mundo do cinema, teatro, novela, artes, música ou então a opinião publicada em um jornal, por exemplo. Já o segundo está atento apenas na divulgação dos fatos, dados e informações apuradas.

Diante deste estudo, que apresenta os antagônicos direitos garantidos nas questões de expressão e informação, Barroso (2004, p. 27) amplia a leitura de garantias de liberdade e expõe uma terceira locução que, segundo ele, tem tido amplo estudo de tema e assento constitucional, que é a liberdade de imprensa. Assim, mostra que os meios de comunicação possuem os requisitos para deter ambas liberdades citadas primeiramente, pois se comunicam através de fatos e opiniões.

Respaldando a ligação entre liberdade de expressão e regime democrático, Barroso (2004, p. 28) lembra que esses direitos fundamentais são de caráter individual, mas também atendem às dimensões coletivas, que explicam os interesses públicos de propagação de opiniões, ação de extrema importância para a manutenção da democracia, apontando a conexão entre as divulgações de meios de comunicação de massa e a necessidade de haver publicidade nos atos praticados pelos agentes públicos. Desta forma, ganha mais importância em um regime republicano, onde o povo somente pode

deter o poder de controlar os representantes políticos ao obter informações das ações praticadas em nome do cidadão a qual devem satisfação.

Neste sentido, Faustino (2018, p. 44) propõe a ideia de que liberdade de expressão possui uma conexão com o direito de poder se comunicar ou divulgar de forma pública qualquer opinião, desde que seja em um ambiente onde se permita expressão individual conforme legislações e convenções sociais vigentes. Em conformidade com as relevantes palavras de Sankiewicz (2011, p. 38), a liberdade de expressão primordialmente nasce de uma proteção da autonomia individual do cidadão e por isso é protegida constitucionalmente.

Abrangendo melhor a questão de comunicação social, a Constituição Federal fortalece os laços de liberdade de expressão no artigo 220:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988).

Segundo Sankiewicz (2011, p. 39), a livre expressão deve ser compreendida como um instrumento que dá garantia de autonomia individual de pensamento, gerando uma dimensão de liberdade e dignidade pessoal. Diante disso, ela não deve ser protegida pela Carta Magna porque viabiliza a busca pela verdade ou a livre circulação das ideias, mas sim pelo motivo de que essa ação dá proteção às comunicações que protegem seu ser na sociedade democrática.

Fruto de diversas conquistas sociais que marcaram a humanidade moderna, a Constituição Federal de 1988 foi elaborada a fim de ampliar

os direitos fundamentais dos brasileiros que estavam desnutridos após o período militar, o qual suprimiu inúmeras liberdades no maior país da América Latina.

De acordo com Horbach (2019, p. 28), no final dos anos 60 acontecia a maior e mais nítida restrição à liberdade de expressão e à liberdade de informação no Brasil, quando os militares que governavam o país se distanciaram das lutas para concretização de direitos lideradas pelas demais nações. Diante do crescimento de censuras em todo o mundo, neste período, em 1969, na Costa Rica, foi assinada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegurou o direito à liberdade de expressão, conforme consta no 13º artigo:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1949).

Antes dessas concretizações de conquistas no continente americano, com o final da Segunda Guerra Mundial, por meio da Conferência de São Francisco (EUA), cria-se então a Organização das Nações Unidas que lança a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, para listar uma série de direitos e liberdades que asseguram a dignidade do homem em todos países que fazem parte da ONU. No artigo 19, constata-se a relevância da garantia de liberdade de expressão:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Olson e Santos (2019) discorrem sobre os efeitos do senso comum que, por exemplo, não causa estranheza às pessoas o motivo de determinados cidadãos terem tendência de compreender as informações de forma positiva ou negativa. Fato esse que implica na percepção demonstrada de que o indivíduo envolvido na comunicação precisa separar aquilo que é meio de dar como conhecimento do conteúdo, ao que realmente é dito, ou seja, entender e selecionar.

2.2 OS EXCESSOS DE *FAKE NEWS* E A CORROSÃO NO SISTEMA DEMOCRÁTICO

Com a concretização dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, constata-se a necessidade de entender qual é o espaço que divide a liberdade de expressão e as notícias falsas. Para Horbach (2019, p. 70), que analisou linhas gerais do conceito *fake news*, as informações falsas são vistas como eventos que conduzem a opinião pública com apelo emocional, falacioso e subjetivo. Desta forma, conjuga-se em algo que não se pode ser comprovado por meio da veracidade e atestados, ludibriando, de alguma forma, aquele que recebe a informação.

Neste sentido, Barroso (2004, p. 33) afirma que a liberdade de informação expõe os direitos do indivíduo em poder se comunicar livremente, diferente da liberdade de expressão que sustenta o direito de expressar ideias e opiniões. Analisa, ainda, que nas dimensões individuais e coletivas essas liberdades são fundamentais para o exercício de demais liberdades.

Barroso (2004, p. 25) explana que os amparos constitucionais das informações são somente para aquelas que possuem veracidade dos fatos. Uma década antes de ele se tornar ministro do Superior Tribunal Federal, ele observou que quando há divulgação de notícia falsa, em detrimento de alguém, o emissor não se encobre dos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna. Ainda, analisa também que, embora a verdade não seja algo objetivo, a divulgação de um fato, mesmo com boa-fé e dentro dos critérios de razoabilidade, ainda fica subordinada, de forma subjetiva, à plausibilidade e ponto de vista de quem o divulga.

Nos dias atuais, é natural associar as *fake news* com as redes sociais, mas elas existem antes mesmo da internet, conforme descreve Horbach (2019, p. 14). Desta maneira, observa que a rede dá velocidade às informações falsas e, diante disso, ocasiona graves efeitos radicais. Com a necessidade de se ter novas informações o tempo todo, as informações falsas se propagam e se tornam mais frequentes em períodos eleitorais ou quando os assuntos estão diretamente ligados às questões democráticas.

Décadas antes da primeira conexão via *web*, na Alemanha dos anos 1930 e 1940, conforme exposto em reportagem do Jornal Nacional em janeiro de 2020, o ministro da Propaganda de Adolf Hitler, Joseph Goebbels, criou a máxima: “uma mentira dita mil vezes torna-se verdade”. Com esta premissa de informações manipuladas, acabou com a imprensa livre na Alemanha e passou controlar toda a comunicação, com apoio e adesão social dos alemães na construção do projeto nazista.

Neste sentido, para Mello (2020, p. 52), a liberdade de expressão, reprimida em países ditatoriais, anda de forma tênue com sistemas democráticos, sendo assim, necessitam do outro para se consolidar. No cenário atual, o Brasil tem sofrido inúmeros ataques democráticos ocasionados por notícias falsas que estimulam grupos contrários à democracia restabelecida em 1988 com a promulgação da Constituição Federal.

A propósito, Mello (2020, p. 53) pondera que, desde 2018, houve um crescimento de ataques à imprensa no Brasil, apontando que robôs têm tido cada vez mais espaço nas redes sociais para transformar matérias informativas e jornalísticas com viés ideológico e vinculadas com determinados partidos políticos em busca de descrédito. Isso também é registrado nas Filipinas, Índia e nos Estados Unidos, os quais políticos se utilizam de robôs para construir narrativas que os favoreçam.

Ocorre que, nos últimos anos, de acordo com Horbach (2019, p. 21), essa mesma liberdade de expressão tem extrapolado os limites com a utilização das chamadas *fake news*. Opiniões com embasamentos mentirosos, divulgação de fatos falsos e manipulação de imagens têm se tornado cada vez mais comum entre as pessoas que utilizam as redes sociais, assim estes usuários, também cidadãos, disseminam essas notícias falsas em suas plataformas, alimentando ainda mais a rede inverídica.

Para Mello (2020, p. 41), a Constituição respalda a informação como um direito de acesso para todos e, com o dimensionamento do acesso à internet, o cidadão ficou ainda mais empoderado neste quesito, porém esse público ficou moldado a uma realidade paralela construída nas redes sociais.

Neste sentido, conforme expõe Genesini (2018, p. 47), criou-se o conceito de “pós-verdade”, definido pelo Dicionário Oxford como palavra do ano em 2016, que consiste em fatos objetivos menos influentes na opinião pública, mas que se utilizando das emoções e crenças pessoais, fica perceptível que o cidadão é direcionado para decisões equivocadas através de notícias falsas, desta forma banalizando a verdade.

Horbach (2019, p. 108) analisa que, quando um político chega ao poder com evidências de utilização de tecnologias para fomentar a mentira e informações inverídicas, notoriamente se constata o perfil de um líder autocrata, que utiliza do Estado de Legalidade para se tornar uma liderança com a tese de que as eleições foram realizadas formalmente e periodicamente.

Genesini (2018, p. 49) relembra a publicação "Verdade e Política", da filósofa Hannah Arendt, na revista *New Yorker*, em 1967, para observar que existe uma parcela significativa de verdade que é baseada em fatos, podendo ser comprovada e certificada. Já naquela época, se constatou que políticos transformavam fatos em opiniões, algo essencial para a democracia se obtendo, assim, a pluralidade de opiniões e pensamentos.

Portanto, compreende-se que a imprensa, como braço da liberdade de expressão, tem um papel crucial e independente para apurar a veracidade dos fatos, apurando e verificando a verdade factual para não deixar os políticos fazer o uso dela como bem entenderem. Em perspicaz e recente análise, Genesini (2018, p. 49) entende que esta luta está sendo perdida com as *fake news*, quando políticos, especialmente populistas, distorcem as verdades, ao seu bel-prazer, para defender ideias, geralmente, retrógradas.

Para Olson e Santos (2019, p. 222), a construção social da informação é, intrinsecamente, o que dá condição de atuação individual e de grupos no sentido de sacudir as engrenagens da democracia, com participação cuja intenção é produzir resultados. Assim, quando se observa um evento com risco potencial, a sociedade produz novas comunicações baseadas nas garantias jurídicas já conquistadas.

Nas palavras de Braga (2018, p. 205), a força das *fake news* é tamanha que, alguns críticos políticos, por exemplo, atribuem a vitória de Donald Trump nos Estados Unidos da América, em 2016, às notícias falsas que marcaram a campanha eleitoral do país mais poderoso do mundo. Pesquisas citadas por Braga (2018, p. 205) apontam que o ex-presidente dos EUA teve 115 notícias falsas ao seu favor durante o pleito, que foram compartilhadas aproximadamente 30 milhões de vezes, ante 41 informações inverídicas favoráveis para a candidata derrotada Hillary Clinton, que foram compartilhadas cerca de 7,1 milhões de vezes.

Reforçando a tese da força das notícias falsas, Genesini (2018, p. 49) reforça que a tentativa de falsificação de fatos políticos por meio de distorção

dos fatos não é novidade. Diante disso, enfatiza-se a nova era turbinada pela internet e redes sociais como responsáveis pelo crescimento viral e efeito explosivo com danos exponenciais. Nesse mesmo viés, Genesini (2018, p. 50) ainda entende que os culpados foram encontrados e correspondem ao trio *fake news*, redes sociais e sistemas de buscas, compreendidos como vilões por deteriorar o tecido político democrático do mundo ocidental.

2.3 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA DIANTE DOS ABALOS NA DEMOCRACIA

Com a observação da importância da cidadania nas questões democráticas, principalmente quando são ligadas à escolha de um representante mediante o voto, Silva (2013, p. 18) analisa que democracia tem um conceito histórico, que é ser o meio e instrumento para a concretização de valores essenciais na convivência humana, os quais seriam, em tese, os direitos fundamentais do homem. Deste modo, entende que conforme for enriquecida nas diversas etapas sociais, a democracia é o princípio básico de que ela sustenta um regime político que emana dos anseios populares. Ou seja, a democracia não pode ser considerada um conceito político abstrato e estático, mas sim um processo de compreensão social somado às garantias dos direitos fundamentais.

Quando se busca compreender melhor o significado de Estado Democrático de Direito, automaticamente se remete a uma ideia de democracia onde se respeita a regra da maioria. Bobbio (2002, p. 89) expõe que democracia é a contraproposta da autocracia, onde o Estado é governado apenas por um detentor de poder político-estatal. Sendo assim, em países considerados democráticos, há a caracterização de um conjunto de regras que autoriza, por intermédio de representatividade, os eleitos a tomarem decisões coletivas. Desta forma, elenca ainda que aqueles que são chamados para eleger seus representantes devem ser expostos diante

de alternativas reais, onde seja assegurado os direitos de liberdade que consagram o Estado de Direito.

Apontando as necessidades mínimas que possam concretizar os elementos de garantias democráticas, Dahl (2001, p. 22) expõe que algumas das características da sociedade ocidental são respaldadas perante o grupo social na qual está inserido. "A existência de funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações e cidadania inclusiva" (DAHL, 2001, p. 99).

Neste raciocínio, Aglantzakis (2020, p. 5) expõe que a participação política e a livre discussão de ideias são princípios da democracia que estão diretamente ligados às questões de liberdade de expressão e pensamento. Ou seja, em posse disso, há mecanismos para que haja juízo de valor e críticas a agentes públicos, garantindo a participação cidadã na vida coletiva. Ainda, faz uma análise quanto às minorias, que também devem ser protegidas diante da maioria, para que assim se concretize o ideal de democracia, alimentando de alguma forma o debate amplo, com pluralidade de ideias e comportamentos. Desta forma, o acesso à informação e a garantia da liberdade de expressão são instrumentos vitais no fortalecimento da cidadania e na efetivação do sistema democrático.

Nesta linha de pensamento, Silva (2013, p. 28) entende que a democracia não precisa de pressupostos especiais, para isso basta apenas a existência de uma sociedade. Quando proclamada, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil traz logo em seu primeiro artigo, em parágrafo único, a questão democrática como primordial ao lado de questões como soberania e cidadania. "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." (BRASIL, 1988, p. 13).

Braga (2018, p. 206) enfatiza que essa concretização democrática sustentada pela Constituição de 1988 somente aconteceu após o fim da

ditadura militar que perdurou de 1964 a 1985 em território brasileiro. Com este fato, permite-se deduzir, nas palavras de Silva (2013, p. 28), que em uma sociedade, se o poder emana do povo, ela é democrática, caso contrário não o é. Assim, compreende que a luta constante por justiça social também é uma marca da democracia, onde se pressupõe os anseios sociais por justiça social. Neste cenário, embora nem todos sejam instruídos e educados, há se de buscar distribuir cultura, instrução, educação e mecanismos que possibilitem um nível de vida considerado digno.

No mesmo sentido, Bobbio (2002, p. 92) assevera que, para se compreender melhor uma definição de democracia, é indispensável que os cidadãos delegados a decidir quem serão os eleitos, possam ser colocados diante de alternativas reais de compreensão de escolha. Para isso, pondera que é necessário que os chamados a eleger alguém, ou seja, os eleitores, tenham garantidos todos os direitos de liberdade, seja de opinião, expressão individual, de reuniões e associações.

Diante disso, acompanhando as ideias propostas por Horbach (2019, p. 107), pode-se dizer que nos últimos 30 anos, houve um grande salto de nações consideradas democráticas ao redor do globo, apontando dados que relatam 103 países democráticos em 2015, ante 42 que foram registrados em 1985.

Mesmo com esse crescimento considerado importante no mundo democrático, Horbach (2019, p. 108) retoma as ideias de Levitsk e Ziblatt para afirmar que as instituições solidificadas acabam sendo enfraquecidas internamente dentro das legalidades propostas. Neste sentido, assegura que, embora os golpes militares sejam cada vez mais raros, as democracias são abaladas por outros meios.

Observando o cenário recente, Horbach (2019, p. 109) afirma que os abalos democráticos são criados pelos próprios governos, eleitos por meio das urnas, criando, assim, um leque de retrocessos com o aval dos cidadãos que depositaram seu voto no pleito. Deste modo, entende que,

como os jornais continuam sendo impressos, não há tanques nas ruas, as instituições teoricamente estão sólidas, a Constituição é mantida e as pessoas continuam podendo votar, tem-se a ideia de que a democracia está sendo sustentada por todos estes alicerces. Com estes mecanismos, os líderes que chegam ao posto de chefe da Nação acabam corroendo a essência da democracia e dessa maneira, mantendo somente a carcaça.

Para corromper a democracia dentro da legalidade, Horbach (2019, p. 110) sustenta que a corrosão do sistema democrático fica quase imperceptível quando não há expressivas ações que denotem neste sentido, mas que a rejeição às regras democráticas do jogo, como minar a legitimidade do processo eleitoral, é uma forma de identificar o perfil autocrata do líder eleito por voto popular.

Genesini (2018, p. 54) analisa que as notícias falsas e as más intenções de indivíduos e organizações, que defendem pessoas e grupos, sempre existiram, mas o que atualmente é muito diferente é o grande poder de influência das plataformas de tecnologia na disseminação de informações. Compreende também que algumas publicações possuem engajamentos inexplicáveis, com crescimento exponencial de audiência. Com isso, define o rito como um processo de combustão espontâneo e descontrolado.

Como não há execução de atitudes que demonstram as características de ferimentos democráticos do passado, Horbach (2019, p. 112) ressalta que nos últimos pleitos eleitorais de países democráticos, como os Estados Unidos da América e Brasil, um dos fenômenos em alta de ataques à democracia surgem com a massiva disseminação de *fake news* nas redes sociais.

Horbach (2019, p. 124) aponta os critérios para identificar que a democracia se fragiliza quando há uma desinformação causada pelas notícias falsas, já que num sistema democrático as decisões são legitimadas ao resguardar igualdade e liberdade de escolha. O que então se reflete é o tamanho da legitimidade de um pleito eleitoral marcado pela desinformação

que interfere na vontade do cidadão e, conseqüentemente, na estrutura democrática.

Santos e Mozetic (2015, p. 68) retomam as ideias de Brito e entendem que a soberania popular é sustentada pela democracia como uma organização racional de Estado, que é construída pelo direito de escolha dos representantes, mais precisamente para os Parlamentos, que obtêm poder por meio do voto popular. Deste modo, o sufrágio universal é a origem de toda a decisão na democracia, mas essa não garante o caráter democrático da escolha.

Por isso, identifica-se a necessidade de maior instrução do indivíduo. Quanto maior o grau de informação, defendem Olson e Santos (2019, p. 223), os cidadãos tomam melhores decisões para evitar riscos pessoais e sociais. Assim, uma sociedade mais bem informada demanda mais do poder público por intervenção de fiscalização e busca constante de consolidação dos direitos reconhecidos.

Ainda, argumentam que a informação é o elemento essencial que fortalece os elos da comunicação social e atinge diretamente os sistemas político e jurídico. Desta forma, o direito à informação fortalece a democracia, podendo sim viabilizar uma importante conjunção nas instâncias participativas do cidadão. Olson e Santos (2019, p. 224) enfatizam a centralidade do direito à informação como elemento de produção de diferença no sistema social.

3 FAKE NEWS COMO FERRAMENTA DE ACESSO AO PODER

A eleição de 2018 no Brasil foi um pleito marcado pelo avanço e necessidade das redes sociais, forçando com que os candidatos mergulhassem em solo digital para se aproximar do eleitor, mesmo sem o calor e afeto humano. Com os incontáveis pontos positivos neste diálogo

on-line, por outro lado houve uma forte disseminação de informações falsas com auxílio de grupos que atuavam a favor de candidatos país a fora, como expôs Carneiro (2020, p. 9)

As denúncias desta prática já rondavam os postulantes ainda durante a campanha, mas os procedimentos somente foram expostos após investigações da Polícia Federal. Os comportamentos foram analisados e os estudos apontaram que financiamentos milionários bancavam grandes estruturas que criam narrativas infundadas para prejudicar um cenário em favor ou contra determinado candidato. Tais feitos tiveram fundamental participação nas eleições de inúmeras lideranças em todo o Brasil, gerando inegáveis impactos no sistema democrático, conforme lembra Santos (2020, p. 246)

3.1 INFLUÊNCIA DE *FAKE NEWS* E REDES SOCIAIS EM ELEIÇÕES RECENTES

Com estreita relação com o eleitor de maneira maciça, as redes sociais têm o potencial de agregar uma mensagem de maneira exponencial em todo o mundo. Apenas um *tweet*, por exemplo, em poucos segundos corre em diversos países do globo, conforme expõe Santos (2020, p. 226). Para ele, candidatos populistas como Donald Trump e Jair Bolsonaro, para citar dois exemplos ocidentais, utilizam-se destes mecanismos para disseminar suas intenções de maneira rápida, eficaz e abrangente, em todas as redes sociais, seja Facebook, Instagram, WhatsApp e Telegram.

Nesta perspectiva, Gustavo Ferreira Santos (2020) faz uma análise entre desinformação na internet e a crise na democracia que gerada por meio dela:

“Quando falamos em democracia constitucional vamos além da caracterização de uma democracia pela mera existência de eleições periódicas. Uma democracia constitucional é caracterizada pela garantia de

limites ao poder, que será exercido sob determinados procedimentos, em baias estreitas, e pela garantia de direitos humanos, além, é evidente, da existência de eleições íntegras." (SANTOS, 2020).

Um relatório interno do Facebook, que vazou recentemente em uma denúncia chamada "Facebook Papers", aponta que no Brasil há a percepção de que um estilo de linguagem política incendiária e desinformação são problemas muito maiores no Facebook do que em outras plataformas. Este documento, revelado pelo Wall Street Journal (2021), afirma que as declarações e mensagens políticas são o tipo de desinformação com maior alcance na plataforma no Brasil.

Neste mesmo texto vazado da empresa liderada por Mark Zuckerberg, considera-se que o Facebook é a plataforma em que o discurso político incendiário tem o maior alcance no Brasil, que é o maior país da América Latina, diferente do que ocorre na Índia, onde esse mesmo caso acontece no TikTok, quando nos Estados Unidos da América ocorre no Twitter (WALL STREET JOURNAL, 2021)

Notícias falsas com crises democráticas são compreendidas por Santos (2020, p. 227) como coisas que estão relacionadas, embora sejam fenômenos que não se confundem. Ele anota que as posições ideológicas têm eficiência altíssima ao profissionalizar a mentira estruturada, com comportamentos populistas embasados em discursos antissistema. Esse estilo de chegada ao poder corrói a legitimidade das instituições fundamentais na existência da chamada democracia constitucional.

A Meta, novo nome do conglomerado de mídias sociais de Zuckerberg, que possui o Facebook, WhatsApp, Instagram, com indiscutíveis níveis de participação da comunidade brasileira, entende que no Brasil a circulação de conteúdo violento é muito maior no Facebook e no WhatsApp do que em plataformas como Instagram, TikTok e Twitter, segundo os dados citados por Mello e Alonso (2021).

A reportagem divulgada pelos jornalistas da Folha de S. Paulo, Lucas Alonso e Patrícia Campos Mello, a autora que escreveu o livro "A Máquina do Ódio" (2020), mostra trechos do relatório que expõem os comportamentos omissos das plataformas, mesmo diante da expressiva e contínua reflexão sobre o aumento de desinformações em todo o mundo.

Baseada na denúncia feita pelo jornal norte-americano The Wall Street Journal (2021), após vazamento de documentos por parte da ex-gerente Frances Haugen, responsável por projetos relacionados com eleições, o Facebook sofreu grande abalo com informações de que, por exemplo, existe uma chamada "*white list*", que desobriga determinadas figuras públicas de cumprir as regras de comunidade.

Enquanto os usuários podem ser suspensos ou penalizados por violar normas, os membros da lista privilegiada têm o conteúdo analisado por equipes que revisam as decisões e, muitas vezes, liberam a postagem. Por outro lado, o relatório aponta as investigações que deletaram vídeos do presidente do Brasil quando manifestou desinformações sobre a cloroquina, em 2020, ou mais recentemente, em 24 de outubro, quando foi excluída uma live em que Jair Bolsonaro fez falsas associações entre a vacina contra o coronavírus e a Aids, conforme exposto na reportagem da Isto é (2021).

Nestes dados vazados pela delatora Haugen, observou-se que a Meta entende que há danos sociais coordenados e que agentes hostis agem com a intenção de causar sérios prejuízos sociais, com claras tentativas de deslegitimar processos eleitorais e resultado de eleições, inclusive com ações de incitação para derrubar governos com base em *fake news*, citando no relatório casos repercutidos nos EUA.

Santos (2020, p. 227) entende que a internet é sim utilizada para pautar o debate, sempre exalando quais sentimentos e emoções políticas estão latentes. Com isso, é comum que prosperem discursos nacionalistas, tradicionalistas e religiosos. Estes líderes possuem grupos que sustentam seus discursos através de uma chuva de notícias falsas, que cada vez mais

os engaja e os radicaliza. Já os adversários, campanhas de desinformação atuam de forma muito eficiente para desestabilizar o cenário eleitoral.

Com este comportamento desenhado, a delação trouxe à tona de que no Brasil há grupos organizados que atuam desta forma, citando a “Ordem Dourada do Brasil”, descrita como uma “organização apoiada por militares que combina religião evangélica, conteúdo pró-Bolsonaro, teoria da conspiração, defesa da ditadura militar, e conteúdo pró-armas”. O Facebook Papers, na reportagem de Mello e Alonso (2021), expôs ainda que estas páginas têm “alta coordenação, postagens em massa e pessoas com múltiplos perfis amplificando conteúdo”, se recomendando então que as páginas sejam removidas ou tenham alcance restrito.

Consideradas como máfias digitais, esses grupos pautam e incendeiam o debate político, inserindo temas que radicalizam, enquanto o povo, em sua totalidade, acaba distraído em relação aos temas realmente importantes. Santos (2020, p. 229) mostra que casos recentes marcaram a atualidade quando vivenciamos discussões sobre o uso ou não de um medicamento contra a Covid-19. Fortes campanhas, muitas lideradas por lideranças políticas, sustentam informações falsas, com apoio de robôs, para manipular ou induzir pessoas a imaginar que há medicamentos eficientes, mas que médicos e instituições poderosas não querem conceder.

Em um estudo publicado em maio de 2018, denominado como “*The science of fake news*”, idealizado por Vosoughi, Roy e Aral (2018), constatou-se que o poder de proliferação das notícias falsas é três vezes maior que a de outros conteúdos. Conforme mostra o estudo, mesmo quando há controle da presença de robôs nas redes sociais, existe uma propensão ao compartilhamento de *fake news* pelos usuários. Uma das hipóteses sobre as causas para isso, a análise expõe que essas notícias falsas frequentemente são construídas para confirmar as visões de mundo de sua audiência, “falando o que querem ouvir”, além de ter um caráter de urgência ou novidade, desta forma incentivando o impulso natural do leitor de compartilhamento.

Neste sentido, Carneiro (2020, p. 2) realça que as notícias falsas se tornaram assunto primordial no debate relativo à utilização legítima ou não das redes sociais como forma de disseminação de informações nos últimos anos. Esses efeitos passam em estratégias de marketing ou campanhas eleitorais, isso devido ao fato de como a maior parte das *fake news* se prolifera, faz parte do campo de empresas privadas, em sua maioria transnacionais, e se tem os ingredientes para afirmar que as desinformações constituem um problema público que requer providência de atores públicos e privados para seu melhor conhecimento e enfrentamento.

A maior parte das *fake news* que circulam na internet são produzidas por pessoas que não são jornalistas, fazendo parte de um negócio lucrativo, então tal espécie de profissionalização é considerada iminente. Junges (2018, p. 73) entende que esse consumo excessivo de *fake news* não acabará com a democracia, embora todos os excessos devam ser punidos num terreno considerado difícil de trilhar. Com esta compreensão, vê que a liberdade de expressão sempre entrou e entrará em conflitos com demais direitos fundamentais, por isso se deve ter muita cautela com a censura prévia da internet, porque determinado cerceamento pode atingir mais as notícias verdadeiras do que com as falsas ou manipuladas.

Junges (2018, p. 74) ainda complementa com o raciocínio de que grandes meios de comunicação sempre tiveram em posse de políticos Brasil a fora, por si só colocando as metas editoriais de produção em xeque. Isso em virtude de que há um alto custo na manutenção de mídias impressas e televisivas, desta forma, existe uma forte ligação entre os aportes estatais junto aos empresários que, de alguma forma, embora não sejam consideradas mentiras, manipulam as informações para atender ao público de seu interesse.

Diante deste entendimento, Chaves e Braga (2019, p. 500) fazem uma análise real e de grande entendimento de compreensão desta pesquisa ao apontar que a proliferação de reportagens e histórias falsas em aplicativos

de mídias sociais aconteceu em virtude da conversação civil brasileira ter acontecido por meio da internet antes e depois do pleito eleitoral de 2018. Eles mostraram números de quantidade de *fake news* verificadas e desmentidas por seis agências de checagem entre o período de 08 a 28 de outubro daquele ano. Naqueles 20 dias, entre o primeiro e o segundo turno, essas agências especializadas em *fact-checking* analisaram 316 postagens políticas nas redes sociais, sendo que destas 228 foram taxadas como mentirosas e então desmentidas.

Chaves e Braga (2019, p. 504) expõem que a utilização de histórias falsas como estratégias de campanhas eleitorais é uma preocupação em diversos países. Com base nisto, elas apresentaram um relatório feito pelo Departamento de Segurança Nacional da Rand Corporation, que descreve uma ideia de novo modal de propaganda com a utilização do “firehose of falsehood”, ou seja, “jato de falsidades”, fazendo uma analogia pelo grandioso número de canais e mensagens disparadas com objetivo ousado, tomado de disposição, para disseminar verdades parciais e mentiras. Tudo isso de forma contínua, repetitiva e sem compromisso e coerência social.

Foi utilizando estes métodos que Donald Trump se elegeu presidente dos EUA em 2016, com face enganosa obteve triunfo ao vencer o racional com uma narrativa fantasiosa. No Brasil, conforme observa Souza (2019, p. 5), há muitas semelhanças com o ocorrido na nação mais poderosa do mundo. Jair Bolsonaro foi eleito em 2018 utilizando a desinformação e o descompromisso como realidade para produção de notícias, visto que há ambientes de discussão, às vezes, para discutir o concreto. Assim, esta compreensão de pós-modernismo, a pós-verdade e as notícias falsas, parecem ser parte desta nova filosofia de que talvez possa distorcer o viés de determinada informação para benefício próprio, seja destruindo a imagem do opositor ou criando falsas narrativas a seu favor.

Uma reportagem da jornalista Camila Zarur, publicada pelo jornal O Globo, mostra exatamente essa aproximação entre lideranças brasileiras e

norte-americanas. Zarur (2021) aponta que as posturas de Jair Bolsonaro e Donald Trump são semelhantes, inclusive diante do discurso de reeleição à Casa Branca em 2020. O tom adotado por eles não é mera coincidência, justamente porque antes mesmo de assumir a Presidência da República, o líder conservador do Brasil mantém contatos ideológicos com Steve Bannon, ex-conselheiro-chefe da Casa Branca, que é mergulhado em denúncias e investigações, além, é claro, do forte elo com os bolsonaristas.

Ao lado de Bannon, conforme narra Zarur (2021), o deputado federal Eduardo Bolsonaro, filho do presidente, nos últimos meses teve uma série de encontros com Trump, Donald Trump Jr. e o ex-assessor de comunicação do ex-presidente, Jason Miller. Este último, criador da rede Gettr, esteve com a família Bolsonaro na véspera dos atos antidemocráticos em 7 de setembro. Neste mesmo dia, Miller estaria no Brasil, retornando aos EUA, quando foi detido pela Polícia Federal para depor sobre organização de milícias digitais para atacar instituições como o Supremo Tribunal Federal (STF).

Diante desta similaridade, devido aos tons agressivos contra a imprensa, sustentada por uma forte disseminação de mentiras, Zarur (2021) narra que esse tom bélico fez com que a Polícia Federal enviasse um relatório ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) apontando que os grupos brasileiros seguem as mesmas estratégias utilizadas por Miller e Bannon nas eleições norte-americanas de 2016 e 2020.

Com essas características expressas de que há mecanismos fantasiosos que se utilizam da disseminação em massa das informações para tomada do poder utilizando-se da democracia, ludibriando o entendimento social, Souza (2019, p. 9) vê que as *fake news* podem ser entendidas como a perda da razão sobre notícias, seja por meio de contradições sociais da mídia em geral ou animada por ativistas extremistas que buscam catalisar os adeptos em bolhas digitais. Assim, analisa uma espécie de esvaziamento de conhecimento:

Os eixos da produção e recepção, mediados pela distribuição de informações nas redes digitais, são co-partícipes de um processo acentuado de esvaziamento do conhecimento ontológico da realidade, isso em conexão profunda com as mudanças intensas da reprodução do metabolismo do capital nas últimas décadas, bem como os aprimorados modos de reificação a ele correspondente. (SOUZA, 2019, p. 8).

Com a compreensão de que o senso comum é uma concepção de mundo elaborada fora dele, Gramsci (1999, p. 44) entende que se esta ideia for desagregada, fica sedimentado no complexo de tendências conformistas. Ele aponta que as correntes filosóficas deixam quase sempre vestígios no imaginário social, criando-se algo que agrega ao senso comum como uma caricatura. Desta forma, a pós-verdade pode ser descrita como uma projeção contemporânea com ideias pós-modernas no raciocínio das populações que vivem em um cotidiano de explosão digital.

Por fim, Souza (2019, p. 8) compreende que as reificações sociais se ancoram, nesse sentido, na vida ideal e emotiva do homem. Neste entendimento, ele vê que ao se utilizar do afeto e emoções por razões políticas, com pitadas de mentiras, cria uma cartilha ideológica pós-moderna de disseminação de notícias falsas. Assim, essas experiências incidem no enfraquecimento do senso de realidade, descaracterizando o jornalismo como fonte de conhecimento.

3.2 A PÓS-VERDADE COMO NOVO ENTENDIMENTO DE COMPREENSÃO SOCIAL

As *fake news* e o fenômeno interpretado como pós-verdade estão umbilicalmente ligados a uma compreensão insensível, com refutação da ciência e aceitação de discursos preconceituosos, muitas vezes intolerantes. Bernardi (2019, p. 28) assimila essas constatações devido às

táticas de uso de caos e confusão como forma de manipulação da opinião em massa, acompanhada de manobras extremistas e populistas. Embora as *fake news*, em eleições, sejam ferramentas utilizadas tanto pela direita como a esquerda, mas possuem maior legitimidade quando colados em figuras populistas de direita.

No livro "Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de *fake news*", D'Ancona (2018, p. 20) faz um destaque interessante ao mostrar que existe uma tendência mundial que trabalha focada na desconstrução da verdade utilizando a deslegitimação da ciência. Ele entende ainda que a narrativa de uma possível nova versão da verdade também utiliza a difamação de profissionais da informação para transformá-los numa forma de cartel com más intenções.

Bernardi (2019, p. 29) expõe que este cenário de pós-verdade fez com que as redes sociais como Facebook, Twitter e WhatsApp ampliassem a discussão com governos locais sobre os impactos políticos e culturais decorrentes desta disseminação de desinformação, buscando desta forma dar respostas às demandas sociais para fiscalização e regulamentação destes conteúdos prejudiciais.

Um indivíduo que crê na informação correta, pode também ser atingido pela desinformação. A repetição destas notícias falsas, conforme diz Bernardi (2019, p. 27), pode influenciar no nosso pensamento cognitivo, desta forma, uma exposição frequente e contínua da mesma notícia aumenta a chance de os receptores acreditarem na criação, fonte e narrativa falaciosa da desinformação.

D'Ancona (2018, p. 23) com a percepção de que as redes sociais podem alcançar grupos que não possuem conhecimento político, entende que são nestes segmentos que as pessoas são mais suscetíveis a crer em informações falsas. Os fatos baseados em crenças pessoais, geradas com um contexto de desconfiança, estão diretamente relacionados com a pós-verdade. Esta indústria de notícias falsas, aliada ao fenômeno mundial da

cultura antipolítica, anti mídia tradicional, encontrou uma rota nesta era da pós-verdade, assim, as *fake news* mostram a força de influenciar na opinião pública e o resultado de eleições e levando populistas ao poder em todo mundo.

Embora a pós-verdade não se refira à ingenuidade de se acreditar em tudo que se vê ou ouve como internauta, este se beneficia muito de crenças capazes de manipular a informação para provar inclinação de alguma convicção. Neste sentido, Tiburi e Dunker (2017, p. 88) vê com muita complexidade esses desafios sociais:

Alguns consideram que o discurso da pós-verdade corresponde a uma suspensão completa da referência a fatos e verificações objetivas, substituídas por opiniões tornadas verossímeis apenas à base de repetições, sem confirmação de fontes. Penso que o fenômeno é mais complexo que isso, pois ele envolve uma combinação calculada de observações corretas, interpretações plausíveis e fontes confiáveis em uma mistura que é, no conjunto, absolutamente falsa e interesseira. Não se trata de pedir ao interlocutor que acredite em premissas extraordinárias ou contraintuitivas, mas de explorar preconceitos que o destinatário cultiva e que, gradualmente, nos levam a confirmar conclusões tendenciosas. (TIBURI; DUNKER, 2017, p. 88).

Para Alves (2018, p. 215) as características de relações online são sempre conduzidas por uma vigilância de dados, desta forma as informações dos usuários são processadas por algoritmos e assim utilizadas como fonte de informação para disseminação de conteúdo para determinada preferência. Com isso, criam-se bolhas de relacionamento que nas telas dos *smartphones* e computadores, se ocultando opiniões distintas àquelas experienciadas pelo usuário. A chamada pós-verdade se torna eficaz porque há uma alta capacidade de alcançar grupos que se guiam por concepções afetivas, ou seja, uma vez em contato com determinada informação, esses

grupos se identificam e saciam tal conteúdo, independente da veracidade exposta para eles.

Para Pereira (2020, p. 17), indiscutivelmente, a internet se tornou em uma excelente fonte de informação, por outro lado, isso gerou grandes problemas e desafios sociais. Uma das maiores dificuldades é filtrar o enorme conteúdo disseminado nas redes sociais, ou seja, separar o joio do trigo, mas atualmente esse cenário está longe e se torna muito difícil para o usuário padrão da rede mundial de computadores, pois ele não consegue discernir se o conteúdo acessado é genuíno ou contra seu próprio conhecimento.

A contribuição das redes sociais na propagação de desinformação é vista num crescimento nunca antes visto na história da humanidade, discorre Gomes (2021, p. 24), que entende que o cenário é preocupante, já que o protagonismo da internet como fonte de informação no século XXI é inegável. Com a velocidade alarmante na circulação dos fatos, as pessoas estão sujeitas a receber informações falsas. Em muitos casos, o usuário recebe a notícia falsa e a assimila como verdadeira, pois seu conteúdo reforça sua ideologia ou convicção pessoal, fenômeno este que tem sido denominado de pós-verdade.

Neste sentido, Paiva e Silva (2019, p. 483) reforçam a tese de que as *fake news* replicadas no Facebook, objetivou a desinformação e a manipulação de eleitores e seguidores, com foco em atingir a população, com um discurso de pós-verdade, sobre o possível perigo do retorno de um governo de oposição, capaz de subverter os chamados valores patrióticos, conservadores, ultraliberais e cristãos da família brasileira.

A discussão sobre a pós-verdade para Prior (2019, p. 13), pode ser considerada em torno de um tempo onde as narrativas sobre os acontecimentos do mundo se impõem aos próprios acontecimentos ou fatos reais, quase sempre por meio de informações distorcidas, repetitivas e que viralizam. Ele observa a importância de não deixar de compreender que as crenças impactam ao considerar informações. Diante disso, pode-se

extrair que os fatos são menos influentes na formação da percepção social sobre os fatos reais, do que as crenças ou as emoções individuais. Por outro lado, a pós-verdade define um tempo onde os dispositivos centralizados de produção de propaganda deram lugar a uma multiplicação de dispositivos descentralizados e fragmentados de produção de falsidades e narrativas alternativas fictícias sobre os acontecimentos do mundo.

Sob esta ótica que Gomes (2021, p. 25) assimila que a busca pelo conhecimento, descoberta através da verdade dos fatos, acompanha a humanidade há muitos séculos. Assim, narra que a busca incessante mostra que o ser humano não tem controle total sobre o fato real, inclusive na própria ciência, que se renova e avança em novas existências de verdades sobre determinados fatos. Com base nesta discussão, Gomes entende que é próprio da inteligência humana provocar questionamentos recorrentemente, no entanto, na atual sociedade, essa ficção por uma nova versão tem impactado em outros fenômenos numa realidade da internet, onde as informações circulam de maneira efêmera, sem que haja espaço e tempo para reflexão sobre se os fatos recebidos são fidedignos. Conseqüentemente, por não deter conhecimento específico, isso gera uma compreensão de que essas pessoas não são aptas para avaliar a veracidade, deixando isso para um segundo plano.

Muitos anos antes da globalização da internet, o norte-americano Ralph Keyes escreveu em 2004 o livro "Era da pós-verdade: Desonestidade e enganação na vida contemporânea", em inglês "*The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life*", sublinha que na era da pós-verdade, não existem apenas verdades ou mentiras, mas antes uma terceira categoria de afirmações ambíguas e dúbias que não correspondem exatamente à verdade, mas que são demasiado para serem taxativamente apelidadas de mentiras (KEYES, 2004, p. 15). Nesta linha de raciocínio, Gomes aponta que se normalizou as pessoas caírem em informações incorretas, pois elas são suscetíveis a isso:

O fato é que ninguém está imune às *fake news*. Independentemente da idade, sexo, classe social ou escolaridade, todos estão sujeitos a receber notícias falsas e serem impactados por elas. A era da informação, que popularizou a internet e teve o grande mérito de propiciar acesso ao conhecimento a inúmeras pessoas, também permitiu a criação de perfis falsos para espalhar rapidamente notícias fraudulentas, com intenção de causar danos a pessoas, governos ou empresas. Ampliou-se o acesso à informação, mas há problemas no que tange à qualidade e veracidade daquilo que tem sido amplamente divulgado. A era da informação trouxe consigo a ampliação da desinformação, por mais contraditória que a afirmação pareça ser. (GOMES, 2021, p. 27).

Embora haja compreensões reais de como as desinformações atingem as pessoas, na perspectiva de Keyes, como citado por Prior (2019, p. 14), a pós-verdade existe em um local eticamente cinzento, onde as pessoas podem ser dissimuladas sem que possam ser consideradas desonestas. Sob esta ótica, as mentiras são quase sempre apresentadas como apenas mais uma narrativa sobre a realidade, apenas mais uma versão ou fato alternativo. No desenrolar do raciocínio, aponta que os sujeitos que praticam o ato de disseminar notícias falsas estão interessados apenas em partilhar uma determinada visão de mundo, na qual esteja de acordo com seus preconceitos, crenças e atitudes. Assim, se aglomeram ao partilhar desta prática com grupos que têm a mesma ideia e compreensão das coisas, mesmo que de forma equivocada.

As discussões em torno do digital têm colocado problemas para tentar compreender seu funcionamento, principalmente sobre os modos de circulação e formulação. Para Adorno e Silveira (2019, p. 201) hoje em dia é difícil entender a autoria e produção destes conteúdos que circulam nas redes, por isso deveria haver uma maior fiscalização através de uma

política digital, desta maneira, pode-se desenhar um cenário propício de investigação para compreender melhor o funcionamento complexo que envolvem questões simbólicas, políticas, técnicas e ideológicas, utilizando-se de denominações que nos faz trabalhar os sentidos de verdade e mentira ou real e ficção, até mesmo atual e virtual.

Convertida numa estratégia política em muitas campanhas eleitorais populistas mundo afora, a pós-verdade, não por acaso, surge relacionada com a proliferação de desinformações e boatos. Prior (2019, p.14) compila que quando apelam às emoções, por serem modificadas e disseminadas para parecerem verdadeiras, as *fake news* são, essencialmente, pós-verdades. Com essa compreensão, é taxativo ao lembrar que as notícias falsas, boatos e rumores existem desde o surgimento da imprensa, mas a era digital criou as condições para ampla difusão e divulgação sem filtragem ou mediação. Esses conteúdos são feitos com intenção real de ludibriar ou manipular as pessoas, utilizando técnicas jornalísticas que aparentam veracidade, essencialmente apelando para emoções que possam causar algum tipo de sensação que reforce as teses ideológicas. Muitas vezes, são difundidas de forma patrocinada numa geração estratosférica de cliques que, inclusive, dão retorno financeiro através da publicidade digital.

Adorno e Silveira (2019, p. 204) expressam que confrontar tais práticas permite pensar como as questões políticas organizam as práticas sociais na divulgação, distribuição e produção em torno destas informações fictícias. A partir de 2016 houve um processo de descrição desta conjuntura midiática e política chamada de pós-verdade, inclusive com discussão para inclusão em dicionários, como ocorreu no Dicionário de Oxford e depois escolheu o termo como palavra do ano.

Foi com a chamada pós-verdade que se pode enquadrar alguns fatos ressurgidos pelo populismo político que defendem uma visão diferente dos fatos, conseqüentemente expondo um conflito moderno com os princípios que estruturam nações democráticas. Prior (2019, p. 18),

afirma que fenômenos populistas recentes, especialmente relacionados com o crescimento da extrema-direita, revelam-se problemáticos para a comunicação democrática, principalmente em momentos eleitorais. Nestes cenários, é visível um conflito entre estratégias de políticos contra os princípios estruturantes do campo midiático, que atua com busca da verdade, em defesa da liberdade de expressão e independência diante das pressões feitas por caciques inquilinos do poder. Mas esses estudos podem ser ainda mais explorados:

Qualificar e localizar o problema da pós-verdade e das *fake news* é uma forma de fabricar/fabular/inventar ideologicamente o próprio problema. Estagnar nas relações opostas impede de compreender as contradições sobre determinadas em processos discursivos que não podem ser sintetizados, menos ainda neste lugar da oposição. Com esse cenário discursivo, pretendemos continuar explorando, em trabalhos futuros, um campo de questões, a partir desse primeiro mapeamento do tema, tentando sair do engodo sedutor da “informação” e adentrar nos equívocos, nas possibilidades de sentidos outros, ainda não compreendidos. (ADORNO; SILVEIRA, 2019, p. 217).

Esses dizerem considerados como pós-verdade desafiam as instituições seculares, que há muitos anos determinam o que é a verdade: ciência e imprensa. Diante disso, mesmo entendendo que rumores e boatos sempre existiram, é sabido que isso deixa impactos nas interpretações políticas. Por isso, Adorno e Silveira (2019, p. 215) reforçam a tese de que os profissionais da comunicação consideram a pós-verdade como uma real ameaça à democracia política. Isso tudo independentemente de qual lado se esteja, seja aquele que defende a existência do relato de verdades e fatos puros, sem interpretação, ou então da posição que defende a existência única de verdades e fatos relativos à interpretação.

3.3 PROPAGAR DESINFORMAÇÃO EM ELEIÇÃO GERA CASSAÇÃO DE MANDATO

No dia 28 de outubro de 2021, o Tribunal Superior Eleitoral proferiu uma decisão histórica e inédita ao cassar o mandato do então deputado estadual Fernando Francischini por disseminar *fake news* nas eleições, criando assim jurisprudência para os próximos pleitos. Eleito pelo Paraná em 2018, foi condenado pelo uso indevido dos meios de comunicação, além de abuso de poder político e de autoridade, práticas ilegais previstas no artigo 22 da Lei de Inelegibilidade.

Eleito com quase 428 mil votos, no dia da eleição, o parlamentar fez uma live para espalhar notícia falsa de que duas urnas estavam fraudadas e aparentemente não aceitavam votos no então candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro. Na transmissão, ele também afirmou que urnas tinham sido apreendidas e que ele teria tido acesso a documentos da Justiça Eleitoral que confirmariam a fraude (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021).

Foram estas razões que culminaram no julgamento iniciado pelo relator, ministro Luis Felipe Salomão, que condenou a narrativa utilizada pelo então deputado, de que um eleitor chegava à urna e tentava, de imediato, apertar as teclas do número 17. Em seguida, a Justiça Eleitoral se manifestou e prontamente esclareceu o boato, desmentindo o rumor de que também haviam sido apreendidas as urnas (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021). Nos vídeos, claramente aparecia a palavra “governador”, na parte superior da tela da urna eletrônica, diferente da vontade de votar para presidente.

Ao votar, o ministro Edson Fachin salientou cautela para julgar determinado caso, já que se tratava de expressão da soberania popular, representada no mandato eletivo, porém afirmou que a transmissão configura uso indevido dos meios de comunicação. Fachin afirmou durante o julgamento que, mais que o futuro de um mandato, estava em questão

o futuro das eleições e da democracia brasileira (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021).

O ministro Luís Roberto Barroso comentou do momento pelo qual passa a democracia brasileira, afirmando que há um esforço para restabelecer o mínimo de compromisso e veracidade nas palavras, raciocinando que as pessoas têm liberdade de expressão, mas precisam ter responsabilidade pelo que falam (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021). Barroso, eloquente nas palavras em favor da estrutura democrática, narrou ainda que existe uma estratégia mundial de ataque à democracia, que busca minar a credibilidade do processo eleitoral e das autoridades que o conduzem.

Ainda antes do último pleito presidencial, o então secretário-geral do Tribunal Superior Eleitoral, Carlos Frazão, afirmou que a lei brasileira permite a cassação de mandato ou se for comprovado envolvimento do político na disseminação de informações falsas. De acordo com a Agência Câmara de Notícias (2018), ele alertou ainda que se o político contratar serviço de produção industrial de notícias fraudulentas para divulgar esses conteúdos, ele pode ser punido com a cassação de mandato, com base na Lei de Inelegibilidade.

Já em nível estadual, é importante salientar a entrevista do desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Volnei Tomasini, ao jornalista Marcos Schettini, onde aponta que, em tese, as informações falsas irão ser instrumento de punição eleitoral para aqueles que se utilizarem deste instrumento inverídico. O magistrado, que atuou por muito anos no Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina como juiz, disse que as autoridades ficarão atentas a quaisquer irregularidades decorrentes de informações inverídicas. Embora essas convicções, de acordo com Schettini (2020), ele afirmou que no Brasil a democracia não corre qualquer risco, pois a liberdade de ir e vir e a liberdade de expressão são garantidas pela Constituição Federal e pela ampla maioria do povo brasileiro.

O Nexo Jornal (2021) relatou a definição de Jair Bolsonaro ao comentar sobre a cassação do ex-parlamentar aliado do Paraná. O presidente da República classificou como “estupro” a decisão do TSE em cassar o mandato de Fernando Francischini. Para o chefe do Executivo, os deputados brasileiros têm o direito de falar o que quiserem devido à prerrogativa de inviolabilidade do discurso. Como Francischini, Bolsonaro também é alvo de inquéritos no TSE e no Supremo Tribunal Federal em razão da divulgação de informações mentirosas sobre as urnas e ataques à credibilidade do sistema eleitoral.

4 TECIDO DA DEMOCRACIA CORROÍDO PELAS NOTÍCIAS FALSAS

Há cerca de 2.500 anos, Aristóteles identificou o surgimento da democracia na cidade grega de Atenas, quando a forma política alimentava as teses de donos de escravos. Na época, os intelectuais iniciaram um molde do que temos atualmente como democracia, quando a escolha de seus governantes era feita por apenas um seleto grupo de pensadores.

Essa democracia, embora esse conceito seja amplamente diferente em diversos países do mundo, justamente pela forma como as pessoas observam a vida sob tutela de determinado regime ou pseudo líder, no ocidente se demonstra mais nitidamente nos Estados Unidos da América, onde considera-se existir uma democracia mais consolidada, mesmo diante dos abalos deixados por Donald Trump.

No Brasil, que historicamente viveu poucos anos sob regime democrático, seguidamente há erupções de suspiros golpistas que colocam em xeque o tecido da democracia, costurado sob muita luta dos movimentos sociais. Desta forma, como as notícias falsas causam efeitos no sistema democrático na era da internet?

4.1 CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA AO LONGO DOS SÉCULOS

Na Grécia de 500 a.C, havia cerimônias promovidas já pelo Estado constituído, quando a audiência do teatro ateniense era formada pela comunidade de cidadãos com ativa vida política. Jácome Neto (2012, p. 19-20) explica que na época os assentos no teatro eram divididos pelas dez tribos que amparavam os cidadãos de Atenas, com grande proporção de cidadãos que deliberavam questões fundamentais sobre a cidade nas assembleias e nos tribunais.

Esses encontros tinham o caráter político do teatro grego, que começa pelo sentido etimológico da palavra política, ou seja, aquilo que se refere à *polis*. Interpreta-se, então, conforme raciocínio de Jácome Neto (2012, p. 21), que há evidências de que o teatro grego não era um simples ato teatral, mas sim uma instituição de reunião democrática que servia de espaço para veiculação de ideias com uma coalisão de identidades identificadas junto às comunidades sociais, forjando os primórdios da identidade entre Estado e cidadão. Foi assim que se iniciou os primeiros passos de reflexão política:

Fortalecer o indivíduo para fortalecer a soberania, enaltecer a virtude para alcançar a perfeição moral, servir à polis servindo ao melhor de si mesmo, consagrar ao máximo o trabalho para com os próprios méritos a fim de servir maximamente aos concidadãos: eis o prontuário do estratégico poder político grego. Sem a coordenação entre o individual e o comum não se haveria de conseguir êxito no quesito máximo de elevação ética. Sem a estratégia prévia de autoconstrução não se haveria de alcançar os cumes gloriosos da verdadeira política. Polis significa cidade, população: cidadão e indivíduo unidos como um pensamento que se eleva e se constrói sob os auspícios da reta conduta e da dignidade humana. (ROCHAMONTE, 2015, p. 210).

A sociedade manteve as discussões políticas e fortaleceu o debate social, quando na segunda metade do século XV, nasce o chamado Estado Moderno, um dos marcos para a conhecida democracia representativa que temos atualmente. Conforme narra Marció (2018, p. 23), mesmo que as figuras estruturantes do Estado Moderno não representem requisitos de uma democracia, é nele que se pode compreender a separação dos poderes então constituídos. Ainda, observa que a democracia representativa é de grande importância para melhor compreensão dos limites estruturais do que pode ser um Estado Pós-Moderno.

O marco teórico do Estado Moderno, desenhado por Hobbes (1979), Locke (2007), Rousseau (1997), conforme contam Zwick e Baeta (2012, p. 07), exerceu um papel importante ao apresentar conceitos de Estado, que acompanhando o desenrolar das democracias, retomaram fundamentos filosóficos da antiga Grécia, conceituando a soberania popular objetiva nas assembleias, qualificadas pelos gregos como democracia direta. A tríade criada por esses três pensadores se transformou então no reconhecimento da capacidade humana em moldar a própria sociedade.

Para a formatação do chamado Estado Democrático de Direito no século XX, Guerra (2008, p. 173-176) disserta que os direitos civis foram adquiridos no século XVIII e a formatação dos direitos políticos ocorreu no século XIX, quando os direitos sociais emergiram no século XX. Nesta linha temporal observa-se que estes elementos contribuíram para a formatação da cidadania, que até o século XIX, não contribuiu de forma significativa para que ocorresse uma diminuição das desigualdades sociais existentes. Com o passar dos anos, esses direitos foram incorporados aos ordenamentos jurídicos, contudo esta formatação elencada acima não ocorreu na América Latina, por consequência inserindo cultura europeia na estrutura atual brasileira.

Entre 1558 e 1679, época em que viveu Hobbes (1979), houve então o debate ancorado em torno de um único homem, conhecido como Leviatã, que assumia a figura do Estado para representar unidade e as vontades do povo, se tornando capaz de utilizar a força e todos os recursos necessários para assegurar a paz e o bem comum. O pensador descreve o Estado com poder absoluto e soberano, capaz de manter o respeito através do medo e castigos. Neste modelo, Hobbes (1979, p. 105) explica que o Estado poderia ser formado por um grupo de representantes, como uma espécie de assembleia.

Naquela época, entre 1632 e 1704, o filósofo inglês John Locke desponta como personagem do iluminismo, quando era debatido ideias inovadoras entre pessoas da alta burguesia, rechaçando a intolerância política e religiosa. Desta forma, conceituou o modelo de Estado como um consentimento dos governados diante das autoridades, com respeito natural do homem à vida, à liberdade e à propriedade. Locke (2007, p. 33), conhecido como pai do liberalismo, com direcionamentos iniciais da filosofia política moderna, deu ênfase à propriedade privada como liberdade individual elementar na construção de uma sociedade democrática.

Para Rousseau, que viveu entre 1712 e 1778, ao elaborar o contrato social, tornou-se um visionário da democracia futura, defendendo as convenções como forma de toda autoridade ter legitimidade entre os homens, observados como bons, livres e iguais entre si. Rousseau (1997, p. 52) entende que ao firmar-se um pacto entre os homens, naturalmente há consenso de que os cidadãos se relacionam de forma independente e então a democracia aparece diante do contrato estabelecido. Filósofo e teórico político, narra que a soberania dos povos é indiscutível para preservar os interesses comuns dos governos, com leis estabelecidas, submetendo todas as pessoas à vontade geral. Neste sentido, considera o indivíduo como fonte básica do Estado, dividido entre Legislativo, Executivo e Judiciário, para melhor atender a vontade da maioria.

Ainda como terra da coroa portuguesa, em meados de 1770, o então vice-rei do Brasil, Marquês do Lavradio, em carta ao Conselho Ultramarino, expôs uma pincelada do que seria democracia ao apontar seu desgosto com a iniciativa dos burgueses da capitania de Goiás que nomearam um governo interino após morte do governador, sendo que tal ato somente poderia ser feito pelo rei, como conta Lynch (2011, p. 360) "Só o mesmo Senhor é quem pode ceder de si aquele poder que é unicamente seu. De outra forma, seria conceder aos povos aquele poder que já hoje não tem, e por consequência usurpar, aos soberanos, o poder supremo e absoluto que possuem", disse na época.

Ao passo que o Brasil caminhava para independência em 07 de setembro de 1822, o processo de democratização da sociedade naquela época era muito inicial, quando comparado com países que haviam sofrido ondas revolucionárias na América do Norte ou na Europa Ocidental. Com a independência, embora com estrutura monarca, em 1830 o maior país da América Latina não sabia a distinção dos conceitos de democracia e república, muitas vezes até utilizados como sinônimos em documentos, conforme discorre Lynch (2011, p. 361).

A introdução da democracia no Brasil, discorre Dahl (2001, p. 25), se deve à dissolução do império colonial, que decorreu em maior independência ao povo e abriu portas externas para o processo de democratização, que mais tarde foi reforçado pelo declínio da ditadura militar nos anos de 1980. Zwick e Baeta (2012, p. 26) contam que, até 1930, havia uma participação política mal organizada no Brasil, com um sentimento inexistente de consolidação da democracia, quando surgiam os primeiros movimentos sociais. Nesta época, há cerca de 100 anos, existia uma relação antagônica entre o povo e o governo, um legado imperial e republicano que foi abalado pela escravidão e depois pela concentração de propriedades rurais que fortaleceu o coronelismo, considerado um obstáculo histórico para o livre exercício político no país.

A ideia que temos hoje de democracia no Brasil emergiu a partir de 1985 quando o João Baptista Figueiredo, último presidente da ditadura militar, deixou o governo. Três anos depois, nasce a Constituição da República Federativa do Brasil, sob o apelido de Constituição Cidadã. Carvalho (2009, p. 77) assinala que a conquista e o exercício de direitos não asseguram a cidadania plena, que só se conquista quando o cidadão é o titular absoluto dos direitos sociais, civis e políticos. Todavia, aponta que a histórica carência de organização social provocou no Brasil a prevalência dos interesses, patrocinados por favores pessoais, muitas vezes impedindo o desenvolvimento democrático.

4.2 O FENÔMENO DAS *FAKE NEWS* NO CAMPO DE BATALHA DEMOCRÁTICO

A política conhecida como “nós contra eles”, que permeia na sociedade brasileira nos últimos anos, mostrando uma forte explosão de sentimentos quando direita e esquerda estão em debate, mostra que as *fake news* têm um papel fundamental para tumultuar essas relações, que poderiam ser harmoniosas, construídas através de diálogo e concessões. Alves (2021, 193) entende que esta manutenção de guerra em alta intensidade mostra que vivemos diante de uma política baseada em afetos, com um perfil segregacionista, pregado no ódio em relação ao próximo, com pessoas que vivem em fantasias de um mundo povoado somente por cidadãos de bem que valorizam a vida.

Um estudo do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT, na sigla em inglês), publicado em 2018, apontou que as notícias falsas se espalham 70% mais rápido que as informações verdadeiras e têm potencial muito maior, alcançando um número muito maior de pessoas, conforme Vosoughi, Roy e Aral (2018). Os cientistas analisaram todas as postagens verificadas por 6 agências independentes de checagem de fatos e que foram disseminadas

no Twitter de 2006 a 2017. Foram mais de 126 mil postagens replicadas por cerca de 3 milhões de pessoas.

O estudo de mais de 10 anos liderado pelos cientistas norte-americanos, apontou que as *fake news* ganham espaço nas redes sociais de forma mais rápida, profunda e abrangente diante das informações verdadeiras. De acordo com o relatório, as postagens falsas mais populares, que estão entre o 1% mais replicado, atingem até 100 mil pessoas, sendo que uma informação real se encontra com uma média de mil pessoas. Quando o assunto inverídico é ligado à política, o alastramento é três vezes mais rápido.

Uma conclusão interessante dos cientistas do MIT é que os robôs não são tão determinantes na disseminação das informações falsas, ou seja, elas se espalham mais que as verdadeiras porque os humanos têm mais probabilidade de disseminá-las, disseram Vosoughi, Roy e Aral (2018). Outro dado interessante é que os usuários que espalham notícias falsas no Twitter têm menos seguidores, seguem menos gente, são menos ativos e estão no Twitter há menos tempo, em comparação aos usuários que replicam notícias verdadeiras. Por fim, analisou que as informações mentirosas inspiram medo, desgosto e surpresa, já as notícias verdadeiras criam expectativa, tristeza, alegria e confiança.

Essas informações falsas que alçam líderes populistas ao poder e que alimentam a polarização ideológica, conforme apontam Levitsky e Ziblatt (2018, p. 20), definem essa colisão como algo capaz de matar uma democracia. A dupla de pesquisadores aponta que há quatro sinais de alerta para reconhecer uma deriva autoritária por parte de um político populista: rejeição às regras democráticas, negação de legitimidade dos opositores, encorajamento à violência e, por fim, disposição para restringir liberdades civis.

Na medida em que podemos moldar nossa realidade por meio de desinformações, Alves (2021, p. 189) ressalta que a produção de mentiras

com objetivos políticos é feita de maneira explícita, justamente porque a internet mudou a forma de comunicação da história recente. Os veículos tradicionais de comunicação, inclusive jornais impressos, historicamente dotados de maior prestígio, têm falhas que expõem a proliferação de *fake news*.

Como exemplo, essa pesquisa traz uma imagem publicada pelo jornalista Cacau Menezes no jornal Notícias do Dia, de Florianópolis, datado de 03 de maio de 2021, onde estampa uma imagem como se fosse do ato em favor do governo Bolsonaro realizado no Dia do Trabalho, em Copacabana, no Rio de Janeiro.

Ocorre que a imagem publicada foi feita pelo fotógrafo Felipe Dana, da Associated Press, que registrou 3,5 milhões de pessoas em uma missa com a presença do Papa Francisco, em julho de 2013. Diante deste fato, o site Aos Fatos, agência especializada em fact-checking, coletou informações e o jornalista Luiz Fernando Menezes alertou para a manipulação das informações. Ele ainda relatou que a mesma imagem da missa já havia sido utilizada para inflar atos bolsonaristas, como se retratasse manifestação a favor do então candidato do PSL à Presidência, em 2018.

Mesmo que os veículos tradicionais de comunicação não tenham o papel que tinham décadas atrás, Alves (2021, p. 189) disserta que esta era da informação é uma sobrecarga de milhares de notícias, sem que haja uma lapidação e checagem por parte de jornalistas profissionais. Mas a imagem acima mostra que, mesmo diante da ideia de que jornais deveriam verificar os fatos para publicação, ainda assim o ser humano comete falhas e divulga *fake news* além da internet.

O raciocínio de Williams (2021, p. 56), ao afirmar que o ser humano enfraqueceu a habilidade de discernir o que é verdadeiro e plausível, representa o enfraquecimento da verdade. Ele entende que os nossos poderes de previsão também podem ser prejudicados pela economia de atenção, por exemplo, quando as próprias pesquisas de opinião estão sujeitas aos

incentivos do sistema. No caso de grandes processos eleitorais, quando um candidato apresenta chances de vitória, são usadas informações para tirar vantagem do outro, inclusive para que os leitores voltem repetidamente a consultar sites ou replicar conteúdo falso.

Neste sentido, Alves (2021, p. 190) vê que a ideia que permeia ao redor dos termos *fake news* e pós-verdade, nada mais é do que a representatividade de uma era de produção veloz e rápida circulação de informação. Em suma, as formas tradicionais de comunicação ficam em xeque diante de um ambiente sem autoridade estabelecida, onde qualquer um pode dizer o que bem entender e, muitas vezes, se subentender como verdade.

O papa Francisco, que teve sua missa como alvo de desinformação no Brasil, em 2018, alertou contra notícias falsas, afirmando que elas estão ligadas à sede de poder e podem incitar ao ódio e fomentar conflitos. De acordo com o *The Guardian* (2018), o chefe da Igreja Católica, liderança respeitada no mundo civilizado, afirmou que as notícias falsas são um sinal de intolerância e de atitudes hipersensíveis e levam apenas à propagação da arrogância e do ódio.

O papa acrescentou que a distorção da verdade pode ter efeitos perigosos. Para ele, o drama da desinformação é desacreditar do outro, apresentá-lo como inimigo, até chegar à demonização que favorece os conflitos. Ainda, lembrou da importância de educar para a verdade, o que possibilitaria às pessoas discernir, avaliar e ponderar desejos e inclinações, segundo o *The Guardian* (2018).

Assim, Alves (2021, p. 191) mantém o entendimento de que a sociedade vive em uma espécie de guerra, dividindo as pessoas em grupos rivais, numa disputa antagonica cercada de incertezas e medos, acompanhada de crises econômicas e como consequência, a geração de desconfiança sobre as instituições políticas. Esse é considerado o terreno fértil para discursos de ódio, teorias da conspiração e crises democráticas.

4.3 RECENTES AMEAÇAS DEMOCRÁTICAS MUNDO AFORA

Observando os passos políticos democráticos vivenciados no Brasil em 2021, a antropóloga Débora Diniz elenca a pandemia como um fator importante para compreender os movimentos no país. Diniz (2021) entende que a democracia brasileira está em teste, já que os poderes constituídos estão na linha de frente para apresentar as respostas buscadas pela sociedade como um todo. Ela complementa com o raciocínio de que o Supremo Tribunal Federal está diretamente envolvido neste processo ao convocar o Congresso Nacional contra a falência do Executivo diante das necessidades dos cidadãos que vivem uma pandemia histórica.

O Brasil vive uma fase que é reflexo dos ocorridos em outras regiões do mundo, onde existem discursos de ódio, movimentos e articulações para colocar em xeque o sistema democrático e eleitoral. Bobbio (2002, p. 20) entende que para que haja uma definição mínima de democracia, é necessário que aqueles que são chamados a eleger alguém, estejam colocados em condição real de uma escolha entre uma e outra, ou seja, com alternativas reais. Essa sociedade deve ter garantidos os direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião e associação.

Mas essas liberdades são diferentes de ataques provocados por grupos extremistas. No Brasil, em 2020, a mais alta corte judicial do país foi palco de um espetáculo provocado por membros de organizações que iniciaram posicionamentos firmes a favor do fechamento descabido de instituições como o STF. Em junho do ano passado, um grupo então foi até o Supremo Tribunal Federal e, em uma ação de ao menos cinco minutos, proferiu xingamentos pesados contra ministros. Em tom de ameaça, lançaram fogos de artifícios contra a sede do Judiciário brasileiro e perguntaram se os ministros tinham entendido o recado e mandaram eles se prepararem, conforme publicado no G1 (2020).

Este espetáculo de ações que abalam a estrutura da democracia, fez com que os ministros se pronunciassem publicamente para atacar de forma intensa os atos antidemocráticos praticados em Brasília. O presidente do STF, ministro Dias Toffoli, repudiou a conduta e classificou o episódio como um ataque ao Supremo e a todas as instituições democraticamente constituídas. O ministro Alexandre de Moraes, relator de um inquérito sobre disseminação de *fake news*, afirmou, de acordo com o G1 (2020), que jamais se curvará ante agressões covardes de verdadeiras organizações criminosas financiadas por grupos antidemocráticos que desrespeitam a Constituição Federal, a Democracia e o Estado de Direito.

A falta de educação democrática, derivada de pouca consciência política, como expõe Bobbio (2002, p. 30), primeiro vem a ditadura revolucionária e apenas depois, num segundo tempo, o reino da virtude, lembrando do modelo jacobino. Ele discorre que o bom democrata, o reino da virtude - que para Montesquieu constituía o princípio da democracia contraposto ao medo, princípio do despotismo - é a própria democracia.

Essa falha é exposta em atos que ameaçam nações democráticas mundo afora. Não foi diferente nos EUA, quando sob liderança de Donald Trump, grupos extremistas invadiram o Capitólio para impedir que Joe Biden fosse diplomado como presidente. Na maior demonstração recente de fragilidade da democracia norte-americana, registrado em janeiro de 2021, o mundo assistiu homens vestidos como o Xamã da QAnon atacarem o Parlamento estadunidense. De acordo com o Jornal Correio Braziliense (2021), Jacob Chansley foi condenado a três anos e quatro meses de prisão pelo ocorrido.

Não diferente dele, Steve Bannon, aliado de grupos de extrema-direita no Brasil, recentemente também foi preso ao ser acusado pelo procurador-geral Merrick Garland como um dos responsáveis em organizar a invasão do Capitólio, que deixou cinco pessoas mortas. Segundo a BBC (2021), mais de 670 foram acusadas na Justiça por envolvimento no ataque democrático.

A democracia brasileira sofreu dois eventos marcantes em 2021. Em fevereiro, o deputado federal Daniel Silveira foi preso após gravar um vídeo de cerca de 20 minutos no canal Política Play, no YouTube, com uma sequência de xingamentos e ameaças. "Eu também vou perseguir vocês. Eu não tenho medo de vagabundo, não tenho medo de traficante, não tenho medo de assassino, vou ter medo de 11? Que não servem para p... nenhuma para esse país? Não, não vou ter", disse Silveira, segundo reportagem da Agência Brasil (2021), em claro embate entre um integrante do Congresso Nacional contra ministros da Suprema Corte.

Por fim, um caso marcante no dia em que o Brasil comemorou 199 anos de independência. No ato realizado em Brasília, o presidente estimulou a ofensiva de seus apoiadores contra o STF e afirmou que não admitirá que joguem fora das quatro linhas da Constituição, ameaçando os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, que colocaram Bolsonaro como alvo de inquéritos que investiga ações coordenadas contra organizações constituídas. Carregando uma multidão, que inclusive ameaçou invadir a sede do STF, o presidente da República disparou que "estas pessoas (sic) ou entram nos eixos, ou serão simplesmente ignoradas da vida pública... Vou continuar jogando dentro das quatro linhas, mas a partir de agora não admito que outras pessoas, uma ou duas, joguem fora das quatro linhas", de acordo com a Carta Capital (2021).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos, os debates políticos e ideológicos marcaram a história da humanidade com duras batalhas e contrapontos de diversos líderes que sustentaram argumentos variados em todos os cantos do mundo. Com o desenvolvimento da sociedade ao passar dos séculos, da Grécia Antiga aos dias atuais, os próprios cidadãos foram buscando formas de evoluir diante um cenário organizacional sob tutela do Estado.

A figura do Estado, descrito como Leviatã pelo filósofo Hobbes, na qual desenhou uma imagem de um deus mortal que organiza a sociedade utilizando o medo, temor e regras como soluções para organização estrutural moderna, foi construída através das transformações geradas pela cultura, religião e costumes de cada região. Desta forma, subentende-se que o cidadão, mesmo dotado dos poderes concedidos pelo Estado, como liberdade de expressão e garantia dos direitos políticos, continua sendo tutelado por um complexo de diretrizes que mantém a estrutura organizada.

Desde a época de Aristóteles, passando pelo profundo desenvolvimento de transformação estatal e social na comunidade europeia, chegando às problemáticas atuais no Brasil, por exemplo, muita coisa pode ser considerada semelhante, uma vez que a sociedade se mostra caracterizada pelo ódio e intolerância, ao invés de moldada pelo diálogo, diplomacia e concessões.

Foi buscando compreender melhor como a sociedade entende a democracia, que este estudo foi iniciado durante um momento importante pelo qual passa o Brasil. Sob pandemia, a sociedade se transformou ainda mais ao mergulhar no sistema digital para poder manter o relacionamento e, ao mesmo tempo, seguir os protocolos sanitários necessários. Neste sentido, chegamos perto de um ano eleitoral onde os reflexos do coronavírus será sentido, numa comunidade profundamente mergulhada nas redes sociais, para um pleito que será um divisor de águas na história política recente da democracia brasileira,

A eleição de 2018 foi marcada por uma enorme quantidade de *fake news* disseminadas por candidatos Brasil afora, de ambas as vertentes ideológicas, numa excessiva e desgastante narrativa de mentiras que foram utilizadas para tumultuar o momento em que o cidadão irá exercer a maior de suas funções, o direito ao voto, conquistado após muitos anos de luta neste solo de democracia juvenil.

Com a ambição de compreender como as notícias falsas ultrapassam qualquer limite de liberdade de expressão, direito constitucional fundamentado na nossa Constituição Federal, este Trabalho de Conclusão de Curso considera que as desinformações disseminadas de maneira maciça em pleitos eleitorais recentes deixaram impactos significantes na estrutura democrática atual, considerada frágil, embora estejamos vivendo mais de três décadas de exercício pleno do voto popular, mesmo que marcadas por dois processos de impeachment, que de alguma forma também abalou os sistemas políticos construídos por partidos eleitos ao poder.

Citando um estudo importante de Barroso (2004), foi possível descrever de forma mais clara como as mentiras não são sustentadas pelo direito constitucional de liberdade de expressão. Desta forma, entende-se que as notícias falsas ultrapassam os limites mínimos de liberdade de expressão para construir uma nova verdade sobre determinado fato.

Grupos radicalizados, que são sustentados por esquemas milionários, trabalham com comunidades que atuam de forma inteligente nas redes sociais, disseminando informações falsas que são do interesse daquele coletivo formador da desinformação. Com isso, surge o que é descrito como pós-verdade, uma espécie de nova versão de um fato até então determinado como é ele, dando uma nova roupagem para contar de maneira diferente o que realmente ocorreu.

Diferentemente de manipular as informações, há também quem atua para criar algo descabido, uma *fake news* totalmente inverídica, sem qualquer noção de compreensão mínima de sociedade e realidade. Diante disso, então surge o entendimento que a própria sociedade, muitas vezes ignorante ao ponto de não questionar a lógica dos fatos, não busca ao menos tentar entender a disseminação de notícias falsas e discernir sobre o certo ou errado.

Essa falha humana de evocar a mentira antes da verdade, como um pressuposto de defesa, historicamente registrado nos anais da evolução social, mostra que somos o produto de um passado marcado pela concentração de poder, sem democracia plena, com falta de dignidade e amparo estatal. Neste sentido, embora estejamos vivendo uma época em que tudo avança rapidamente, numa globalização intensa devido à conexão da internet e redes sociais, nota-se que ainda há uma gigantesca desigualdade social no Brasil, que torna os cidadãos desfavorecidos alvo de informações falsas que distorcem a realidade atual.

Para entender melhor essa divisão enorme, é importante fazer um breve relato histórico da falta de democracia no maior país da América Latina. O Brasil, descoberto há 521 anos, tem pouco tempo democrático nesta linha temporal. Até 1822, ou seja, há 199 anos, esta terra foi da coroa portuguesa, sob comando estatal e tutela total desde que Pedro Álvares Cabral desembarcou na Bahia. Por 322 anos, aqueles povos que viviam aqui foram comandados por Portugal, isso também nos deixou como legado nossa língua oficial, o português, este utilizado quase sempre de forma equivocada ao ilustrar *fake news*.

Foi então em 07 de setembro de 1822 que Dom Pedro I declarou a Independência do Brasil e esta nação viveu sob regime imperial até 1889, quando houve a Proclamação da República. Nestes 77 anos, os brasileiros viveram sob a primeira Constituição, datada de 1824, que concentrava todos os poderes no imperador, sempre ligado à alta burguesia que garantia o DNA português nas rédeas do poder.

Com a chegada deste modelo republicano, iniciado em 1889 com Marechal Deodoro da Fonseca, se constrói a ideia de uma sociedade com maiores liberdades, embora o direito fosse para poucos naquela ocasião. Marcado por presidentes militares, a República viveu poucos anos sob regime democrático, este último, desde 1985, tem feito o Brasil evoluir muito e entrar nas discussões de debates mundiais.

Diante da vivência de poucos anos sob democracia, a comunidade brasileira sofre um abalo generalizado ao ter sido refém do Estado por muito tempo, sem poder escolher seu representante, tampouco expressar suas ideias. Desta forma, compreende-se que esta falta de comportamentos democráticos, liderados por um sistema de coronelismo que escravizou e dizimou muitos povos em diversas regiões da nação, deixou um legado de extrema ignorância política.

Reflexo do que vivemos lá atrás, temos um país gigante com inúmeros problemas sociais, que possui uma desigualdade enorme, com cidadãos pouco politizados, distante dos debates reais e importantes para a evolução e construção da sociedade plural e consciente. Agora, com smartphones no bolso de todo cidadão, a disseminação de informação se tornou veloz e voraz ao mesmo tempo, sendo útil em diversas situações, mas com legado de graves fraturas no sistema político.

Com números que apresentam o envolvimento grandioso do brasileiro com as redes sociais, entende-se que os militantes de esquerda e direita irão travar uma nova batalha de desinformações, em 2022, nos aplicativos de relacionamento liderados por Mark Zuckerberg. Para se ter uma ideia, conforme dados de agosto de 2021 da *We Are Social* e da *Hootsuite*, no Brasil existem cerca de 130 milhões de contas no Facebook, 120 milhões no WhatsApp e 110 milhões no Instagram.

Esses números muito significativos obrigam que a Meta, conglomerado das redes sociais de Zuckerberg, dê maior atenção ao envolvimento dos aplicativos de relacionamento com os pleitos democráticos realizados no Brasil. Os cidadãos brasileiros, duramente abalados por *fake news* nas eleições de 2018, agora se preparam para uma nova onda de desinformação que pode deixar graves sequelas no sistema democrático.

Por fim, compreende-se que a falta de consciência política, associada com o histórico curto de democracia no país, faz com que a sociedade calejada sofra com o embaraço de informações e desinformações manipuladas por

grupos ideológicos que visam obter o poder com base na inocência das pessoas que irão exercer a cidadania. Neste sentido, este estudo conclui que as *fake news* têm papel fundamental na desordem da democracia ao consagrar mentiras nas urnas, consolidada através de incisivas narrativas que influenciam na consciência humana.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Guilherme; SILVEIRA, Juliana da. **Pós-verdade e fake news: equívocos do político na materialidade digital**. Campinas, SP: Pontes Editores, 2019

AGÊNCIA BRASIL. **Com ordem de Moraes, PF prende em flagrante deputado Daniel Silveira**. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3CxDm8z>. Acesso em: 8 maio 2021.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Divulgação de fake news por políticos pode ocasionar cassação de mandato**. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3DwWuou>. Acesso em: 19 out. 2021.

AGLANTZAKIS, Vick Mature. *Fake news* como ameaça à democracia e os meios de controle de disseminação. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, Florianópolis, SC, p. 20-37, 2020.

ALVES, Lorena Ferreira. **Fake News: contra-ataque à pós-verdade**. Goiânia: Universidade Federal de Goiás. 2018.

ALVES, Marco Antônio Sousa. **A política de nós contra eles: a democracia em risco na contemporaneidade**. Democracia e representação: limites e horizontes. Belo Horizonte: Expert Editora Digital, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36. 2004.

BBC. **Aliado de Trump e Bolsonaro, Steve Bannon é liberado após entregar passaporte a autoridades americanas**. 2021. Disponível em: <https://bbc.in/3DwFVJp>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRAGA, Renê Morais da Costa. **A indústria das fake news e o discurso de ódio**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BERNARDI, Ana Julia Bonzanini. **Redes sociais, fake news e eleições: medidas para diminuir a desinformação nos pleitos eleitorais brasileiros**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2019.

BRITO, José de Sousa. Jurisdição **Constitucional e Princípio Democrático**. *In*: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 8. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. Autorregulação de fake news no Facebook: incentivos e freios à proliferação de desinformação. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, Brasília, v. 7, abr./jun. 2020.

CARTA CAPITAL. **7 de Setembro**: Em novo ataque, Bolsonaro diz que ministros do STF têm de 'entrar nos eixos'. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/32hgWvR>. Acesso em: 28 set. 2021.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: um longo caminho. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

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

CHAVES, Mônica; BRAGA, Adriana. **A pauta da desinformação: “fake news” e análise de categorizações de pertencimento na eleição presidencial brasileira em 2018**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pesquisadores em Jornalismo, 2019.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news**. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DINIZ, Débora. **O Estado da Democracia no Brasil**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3kJFxQe>. Acesso em: 25 out. 2021.

FAUSTINO, André. **Fake news e a liberdade de expressão nas redes sociais na sociedade da informação**. São Paulo: Faculdades Metropolitanas Unidas, 2018.

G1. **Grupo de apoiadores de Bolsonaro lança fogos de artifício contra o prédio do STF**. Rio de Janeiro: Globo.com, 2020. Disponível em: <https://globo.com/3qU1PTd>. Acesso em: 17 ago. 2021.

GENESINI, Silvio. A pós-verdade é uma notícia falsa. **Revista USP**, São Paulo, n. 116, p. 45-58, fev./mar. 2018.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do Cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

GOMES, Camila Paula de Barros. O impacto das fake news sobre as políticas públicas. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Araçatuba, v. 8, n. 2, p. 23-48, 2021.

GUERRA, Sidney. Cidadania e Democracia no Brasil: projetos a serem alcançados. **VoxJuris**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 171-195, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HORBACH, Lenon Oliveira. **Fake News: uma abordagem em face da Liberdade de Expressão, Internet e Democracia**. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2019.

ISTO É. **Facebook exclui live em que Bolsonaro relaciona falsamente vacina a Aids**. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3DDXtDu>. Acesso em: 2 nov. 2021.

JÁCOME NETO, Félix. **Anais [do] II Colóquio de História e Arte**. Recife: EDUFRPE, 2012.

JORNAL NACIONAL. **Braço direito de Hitler, Goebbels era ministro da Propaganda do nazismo**. Portal Jornal Nacional, Rio de Janeiro, 17 jan. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/3eAvHgZ>. Acesso em: 15 abr. 2021.

JUNGES, José Otávio. **A desinformação na sociedade viral: O papel das fake news na construção do senso comum**. Goiânia: Faculdade Araguaia, 2018.

KEYES, Ralph. **The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life**. New York: St. Martin's Press, 2004.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Do Despotismo da Gentalha à Democracia da Gravata Lavada: História do Conceito de Democracia no Brasil (1770-1870). **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 3, 2011, p. 355-390, 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil**. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

MARCIÓ, Cesar. **A jurisdição como locus democrático horizontal**: uma análise hermenêutico-filosófica da legitimação democrática da decisão poli-cêntrica. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, 2018.

MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio**: notas de uma repórter sobre *fake news* e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MELLO, Patrícia Campos; ALONSO, Lucas. **Relatório do Facebook alerta para circulação de violência na plataforma no Brasil**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 06 nov. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3GQoF3E>. Acesso em: 06 nov. 2021.

MENDONÇA, Analméria da Silva Cabral de. **Liberdade de expressão nas mídias virtuais**: discursos de ódio e notícias falsas como meios de violação dos Direitos Humanos nas interlocuções virtuais. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://bit.ly/3vAYnMH>. Acesso em: 2 maio 2021.

NEXO JORNAL. **Cassação de deputado por fake news foi 'estupro', diz Bolsonaro**. São Paulo. 2021. Disponível em: 06 nov. 2021. <https://bit.ly/3CulTwo>. Acesso em: 5 nov. 2021.

OLSON, Gustavo André; SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. Lições Críticas: **Direito, Estado e Sociedade**. Porto Alegre: Editora Visão, 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** "Pacto de San José da Costa Rica". 1949. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

PAIVA, Francisco Jeimes de Oliveira; SILVA, Eduardo Dias da. Fake News: o que são e como inter(agem) na era da pós-verdade. Vertentes & Interfaces II: Estudos Linguísticos e Aplicados. **Fólio – Revista de Letras**, Vitória da Conquista. v. 11, n. 1 p. 471-486 jan./jun. 2019

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **Verdade, pós-verdade e fake news**: aspectos conceituais e implicações. Direitos humanos na era das fake-news e da pós-verdade. Stábile Editora. 2020.

PRIOR, Helder. **Populismo e desinformação em tempos de pós-verdade**. SBPJor – Associação Brasileira de Pesquisadores em Jornalismo 17º Encontro Nacional de Pesquisadores em Jornalismo. Universidade Federal de Goiás: Goiânia, 2019

ROCHAMONTE, Catarina. Da democracia grega à democracia universal. **Revista Lampejo**, Fortaleza, n. 7, 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**: ensaio sobre a origem das línguas. V. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Uma pandemia de “fake news”**: desinformação na internet e a crise da democracia constitucional. São Paulo: Editora Tirant lo Blanch, 2020.

SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos; MOZETIC, Vinícius Almada. Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional. In: Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos - Consinter. (Org.). Direito e Justiça: Aspectos Atuais e Problemáticos. **Direito Público**, Curitiba, Juruá, v. 1, p. 101-140, 2015.

SCHETTINI, Marcos. **Desembargador Tomazini garante que eleitos com fake news serão monitorados e cassados pela Justiça Eleitoral.** Jornal Lê Notícias. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3wY9QHG>. Acesso em: 25 out. 2021.

SOUZA, Rafael Bellan Rodrigues de. *"Fake news", pós-verdade e sociedade do capital: o irracionalismo como motor da desinformação jornalística.* **Revista Famecos**, PUC, Porto Alegre, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TIBURI, Marcia; DUNKER, Christian. Pós-verdade, Pós-ética: Uma Reflexão Sobre Delírios, Atos Digitais e Inveja. **Ética e pós-verdade**, (Litercultura). Editora Dublinense, 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Deputado Francischini é cassado por propagar desinformação contra a urna eletrônica.** 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3wRvahX>. Acesso em: 2 nov. 2021.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. Corresponding author. **Revista Science**, Washington, 2018.

WALL STREET JOURNAL. **The Facebook Whistleblower, Frances Haugen, Says She Wants to Fix the Company, Not Harm It.** 2021. Disponível em: <https://on.wsj.com/3DDXZBq>. Acesso em: 24 out. 2021.

WILLIAMS, James. **Clic contra la humanidad:** Libertad y resistência em la era de la distracción tecnológica. Madrid: Editora Gatopardo Ediciones, 2021.

ZARUR, Camila. **Governo Bolsonaro se cerca de aliados ligados a Donald Trump.** Rio de Janeiro: O Globo, 27 set. 2021. Disponível em: <https://globo.com/3wsSFOe>. Acesso em: 28 set. 2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

ZWICK, Elisa; BAETA, Odemir. **Democracia Deliberativa no Brasil: uma possibilidade objetiva?** Salvador, 2012.

JUDICIALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL: A BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA NO QUE SE REFERE AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

Marina Suellen Dal Bello¹

Fabiane Christofoli²

RESUMO

O artigo objetiva problematizar o aumento significativo da judicialização de requerimentos de benefícios assistenciais, mais especificamente, do Benefício de Prestação Continuada (BPC). Dessa tendência, resulta também um aumento das despesas públicas com tais demandas. Destaca-se ainda a discrepância entre as posições adotadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a jurisprudência do Poder Judiciário, em razão da lacuna legal que existe quanto aos critérios de elegibilidade ao benefício, a qual possibilita diferentes interpretações. Como consequência desta lacuna, o Judiciário adota critérios subjetivos, que se mostram mais flexíveis para a obtenção de benefícios, estimulando, assim, a demanda destes por meios jurisdicionais e reafirmando as desigualdades existentes em razão das dificuldades de acesso à Justiça.

Palavras-chave: Judicialização. Acesso à Justiça. Direitos sociais. Benefício de prestação continuada.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da judicialização, também chamado de judiciarização, caracteriza-se pelo aumento do papel desempenhado pelo Poder Judiciário

¹ Graduanda do Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; marina_dalbello@outlook.com

² Professora Orientadora; Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) Campus de Joaçaba; Pós-graduada em Direito Público – Administrativo e Constitucional pela Unoesc Campus de Joaçaba; Graduada em Direito pela Unoesc Campus de Joaçaba; Professora e Advogada no Núcleo de Prática Jurídica da Unoesc Campus de Joaçaba; fabiane.christofoli@unoesc.edu.br

na tomada de decisões, em detrimento dos demais Poderes, ou seja, o Judiciário passa a ocupar o espaço por eles deixado. Existem inúmeras explicações para a ocorrência desse fenômeno.

Nas últimas décadas, o referido fenômeno ganhou maior ênfase, principalmente, em razão do aumento de ações judiciais que contenham como objeto algum direito fundamental social, é o que se sucede no âmbito da Assistência Social no que se refere ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), que, apesar da previsão constitucional, ainda esbarra em diversos obstáculos inerentes à sua regulamentação. A judicialização do BPC alcança milhares de brasileiros que têm seus benefícios indeferidos administrativamente pelo INSS e buscam no Poder Judiciário a revisão dessas decisões, na esperança de terem seus direitos concretizados.

Todavia, o processo de judicialização possui muitas limitações enquanto meio de defesa de direitos cerceados, em virtude de as instituições e dos serviços jurídicos não alcançarem a população de maneira integral, sendo, ainda, o processo judicial moroso, burocrático e desgastante para as partes. Assim, frequentemente, esse procedimento não atende às necessidades das partes, as quais, por vezes, encontram-se em um contexto de vulnerabilidade social, agravado pela falta de celeridade processual e de efetivação do direito ao acesso à Justiça, outro direito fundamental também previsto na Constituição.

O problema de pesquisa que se propõe é o seguinte: a judicialização do BPC, realmente representa a possibilidade de efetivar direitos, ou significa, na verdade, uma restrição?

A hipótese é que, apesar de o número de ações propostas contra as decisões administrativas do INSS ser significativo, muitos indeferimentos não são judicializados, o que levanta o questionamento sobre a possibilidade de a falta de efetivação do direito ao acesso à justiça ser uma das razões para que isso aconteça. Haja vista que, mesmo sendo primordial, a efetividade do acesso à justiça, que é um dos pilares do estado democrático

de direito e que no ordenamento brasileiro encontra amparo na Constituição, ainda é falha para uma grande parcela da população, em consequência de inúmeros fatores, como por razões de vulnerabilidade socioeconômica, por questões culturais, ou até mesmo por falta de informações, já que muitos não conhecem os seus direitos ou, então, desconhecem a respeito da possibilidade de demandar para garanti-los.

O objetivo geral é analisar o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no acesso aos direitos sociais a partir da judicialização do direito à assistência social.

Na primeira seção expõe-se o tema, analisa-se, inicialmente, o surgimento de políticas sociais por meio da implementação do Sistema de Seguridade Social Brasileiro.

Na sequência, adentra-se em um breve histórico a respeito da assistência social como política pública de seguridade social, com destaque para a sua falta de efetivação, apesar da previsão constitucional.

Logo após, são delineados o aumento da judicialização e o direito ao acesso à Justiça.

Na seção três é feita uma análise acerca do BPC, suas prerrogativas e seu histórico de litígios judiciais, explanando-se a respeito das divergências entre as posições adotadas pelo Poder Judiciário e o Executivo Federal.

A metodologia aplicada ao trabalho foi de natureza qualitativa, utilizando-se de pesquisa teórico-bibliográfica e análise documental, a fim de lançar luz sob a temática e explorar suas possíveis consequências.

2 EXPOSIÇÃO DO TEMA: SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL PÚBLICO, ACESSO À JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO NO PANORAMA BRASILEIRO

Na presente seção analisa-se, inicialmente, o surgimento de políticas sociais por meio da implementação do Sistema de Seguridade Social

Brasileiro e os reflexos dos sistemas de proteção social bismarckiano e beveridgiano no modelo brasileiro.

Na sequência, adentra-se em um breve histórico a respeito da assistência social como política pública de seguridade social, com destaque para a sua falta de efetivação, apesar da previsão constitucional.

Em seguida, são delineados o aumento da Judicialização e o direito ao acesso à Justiça.

A seção tem como objetivo denotar o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no acesso aos direitos sociais a partir da judicialização de direitos decorrentes do sistema de seguridade social.

2.1 DIREITOS SOCIAIS: A CONQUISTA DO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO

A implementação de um sistema de seguridade social público, constituído do tripé formado pelas políticas de saúde, assistência e previdência social, constitui um importante avanço no âmbito dos direitos fundamentais sociais, resultante do processo de redemocratização da sociedade brasileira e positivado pela Constituição de 1988. Dispõe o *caput* do art. 194 da CF/88 que a seguridade social envolve a integração de ações tanto do Poder Público quanto da sociedade em geral.

O alargamento desses direitos, de igual modo, tornou sua prestação um dever do Estado, apesar de esse reconhecimento não significar que a legalização dos direitos sociais, por si só, garante sua efetivação.

Tal avanço, além de refletir a redemocratização da sociedade brasileira, também é resultante de inúmeras lutas históricas, como a intensa mobilização da classe trabalhadora, responsável pela expansão e conquista dos direitos sociais. Para Behring e Boschetti (2006), não é possível afirmar com precisão em que momento nasceram as políticas sociais, uma vez que decorrem do concurso entre os movimentos de ascensão do capitalismo

com a Revolução Industrial, das lutas de classe e do desenvolvimento da intervenção estatal.

Com base no conceito de Boschetti (2009), o contrato de trabalho, inicialmente, foi condição determinante ao acesso à seguridade social, exemplo disso é o sistema de proteção social surgido na Alemanha durante o governo do chanceler Otto Von Bismarck, que instituiu os primeiros benefícios previdenciários, ou seguros sociais, e ficou conhecido como modelo bismarckiano. Esse modelo é caracterizado pela exigência de uma prévia contribuição direta, conseqüentemente, "muitos trabalhadores desempregados não têm acesso a muitos direitos da seguridade social, sobretudo a previdência, visto que essa se move pela lógica do contrato, ou do seguro social" (BOSCHETTI, 2009, p. 1), ainda assim, continua sendo utilizado para orientar muitos benefícios da seguridade social, principalmente, os benefícios previdenciários.

Por outro lado, há o sistema beveridgiano, também utilizado até hoje. Historicamente, o referido sistema originou-se na Inglaterra durante a Segunda Guerra Mundial, por meio da construção do Plano de Beveridge, que objetivou "suprimir a miséria e reduzir as desigualdades sociais, após o período da Guerra, momento em que a questão social ganhou grande visibilidade." (RUTH, 2017, p. 3). Conforme aponta Boschetti (2009, p. 2), nesse sistema os direitos são universais, a fim de, por meio do financiamento proveniente da receita fiscal e da gestão pública e estatal, garantir as necessidades mínimas de todos.

À face do exposto, é possível observar que o modelo brasileiro apresenta características dos dois modelos supracitados. Na previdência social, predominam os princípios do modelo bismarckiano, sendo a previdência restrita aos trabalhadores contribuintes e, em alguns casos, aos seus dependentes. Já a assistência social é ofertada a quem dela necessitar e o sistema de saúde disponibilizado de forma universal, ou seja, estes são norteados pelo modelo beveridgiano (BOSCHETTI, 2009). Contudo, a adoção

de um sistema híbrido, no cenário brasileiro, "deixa sem acesso aos direitos da seguridade social uma parcela enorme da população" (BOSCHETTI, 2009, p. 1), pois não se adequa à realidade, composta de intensa desigualdade social, pobreza estrutural e relações trabalhistas, muitas vezes informais.

No que se refere às relações trabalhistas, informações apresentadas por meio da Síntese de Indicadores Sociais, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstram que em 2019 a informalidade atingiu 41,6% dos trabalhadores no país (CAMPOS, 2020). Logo, segundo a lógica sob a qual a previdência social é regida, toda essa parcela da população ficará às margens da proteção conferida pelos benefícios previdenciários, os quais se destinam apenas aos cidadãos inseridos em relações formais e estáveis de trabalho e seus dependentes, exigindo, ainda, uma contribuição prévia e por um período mínimo, chamado de carência, variável para cada benefício. Entre os benefícios previdenciários aos quais esses cidadãos dificilmente terão acesso, em virtude de não terem contribuído durante o período necessário, está o direito à aposentadoria, que, atualmente, pressupõe um período mínimo de 35 anos de contribuição para homens e 30 anos de contribuição para mulheres. Por conseguinte, os mesmos cidadãos, possivelmente, tornar-se-ão carecedores de prestações de caráter assistencial.

Concernente à assistência social como política pública de seguridade social, destaca-se que o art. 203 da CF/88, em seu caput, garante que ela seja prestada a quem necessitar, independentemente de contribuição, destinando-se aos segmentos da sociedade mais vulneráveis economicamente. Ainda de acordo com o referido dispositivo, são objetivos da assistência social: proteção à família, à maternidade, à infância e à velhice; amparo às crianças e adolescentes carentes; promoção da integração ao mercado de trabalho; habilitação e reabilitação dos portadores de deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária; garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não

possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A despeito dos mandamentos constitucionais e de ter sido elevada ao patamar de direito social, deixando para trás o viés da caridade e da filantropia, a assistência social não foi efetivada conforme prevista. Da mesma maneira que qualquer outra prestação estatal, está submetida à ordem econômica, ficando sujeita à contenção de gastos estatais, que representam o primeiro passo ao seu desmonte, "provocando um quadro de retrocesso social com aumento da extrema e da 'nova' pobreza." (SOARES, 2000 apud BOSCHETTI, 2009, p. 9).

Um dos métodos empregados nesse desmonte é a Desvinculação de Receitas da União (DRU), mecanismo criado em 1994 sob o pretexto de estabilizar a economia nacional, inicialmente chamado de Fundo Social de Emergência (FSE). A DRU possibilita que o Governo Federal utilize livremente valores oriundos de tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas. Na prática, esses valores são aplicados em outras áreas consideradas prioritárias, na formação de superávit primário e também no pagamento de juros da dívida pública. O Brasil, há 25 anos, tem aproximadamente um terço do orçamento público anual comprometido com o pagamento de juros, encargos e amortização da dívida pública (SALVADOR, 2015 apud SALVADOR, 2017, p. 430).

Ignorando o seu caráter emergencial e temporário, a DRU sofreu sucessivas prorrogações: em julho de 2015, o governo federal, por intermédio da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 87/2015, estendeu novamente o instrumento até 31 de dezembro de 2023. A PEC 87/2015, ao dar nova redação ao art. 76 da CF/88, também ampliou de 20% para 30% o percentual das receitas de tributos federais que podem ser desvinculados. Importante sinalizar que essa alteração contribui ainda mais para que o financiamento da seguridade social seja desmantelado, pois a "principal fonte de recursos

da DRU são as contribuições sociais, que respondem a cerca de 90% do montante desvinculado." (SENADO NOTÍCIAS, 2021).

Acrescenta-se a isso a ausência de implementação do orçamento da seguridade social, conforme determina a Constituição no parágrafo 5º de seu art. 165, fato que contribui para a crença de que há um déficit financeiro nesse setor, quando o que ocorre, verdadeiramente, é o desvio dos valores que deveriam ser utilizados no seu custeio. O suposto déficit previdenciário, por exemplo, tem sido usado, de forma recorrente nas últimas décadas, como justificativa para contrarreformas previdenciárias (SALVADOR, 2017, p. 431).

Mediante a degradação dos sistemas que constituem a seguridade social provocada pela redução no orçamento, "por sucessivas contrarreformas ou medidas tidas como de natureza técnica, mas que, na verdade, têm um nítido sentido político de desestruturação da seguridade social" (BOSCHETTI, 2009, p. 12), os cidadãos passam a recorrer, de maneira expressiva, à judicialização como meio de garantir os direitos violados pelo poder público, trata-se de uma forma de o Estado, no âmbito do Poder Judiciário, obrigar o próprio Estado a cumprir seu dever constitucional.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O instituto da judicialização, também chamado de judiciarização, caracteriza-se pelo aumento do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na tomada de decisões, em detrimento dos demais Poderes, quais sejam, os Poderes Legislativo e Executivo, "a judicialização é maior quanto maior for a omissão dos demais Poderes ou quando estes Poderes, embora atuantes, não estão atendendo o ideal do legislador" (DAOU; BRITO FILHO, 2018, p. 53). Barroso (2009, p. 12), ao discorrer sobre o assunto, afirma que a judicialização significa que questões de relevância política ou social deixaram de ser decididas pelas instâncias tradicionais e estão sendo decididas pelo Judiciário, representando, portanto, a transferência do poder

decisório a juízes e tribunais. Apesar de, inicialmente, tal atuação aparentar uma afronta ao princípio da separação dos poderes, não é esse o caso, como se destaca a seguir:

Não se trata de uma disfunção em face do princípio da separação dos poderes, mas corrobora a regra do *check and balance*, pela qual existe a saudável possibilidade de cada poder estatal interferir no outro, para controle e alinhamento das respectivas atuações, em busca da melhor concretização do projeto de país e sociedade que foi desenhado na carta institucional. (CASTRO et al., 2012, p. 22-23 apud DAOU; BRITO FILHO, 2018, p. 53).

Nas últimas décadas, o referido fenômeno ganhou maior ênfase, principalmente, em razão do aumento de ações judiciais que contenham como objeto a violação de algum direito fundamental social. Um ponto bastante discutido é a diferenciação entre a judicialização e o ativismo judicial, haja vista que, como descrito por Barroso (2009, p. 14), esses institutos podem ser considerados primos provenientes da mesma família, mas que possuem origens distintas, por não serem gerados pelas mesmas causas imediatas. Ainda de acordo com os ensinamentos de Barroso (2009, p. 14), o ativismo é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance com o intuito de preencher o espaço deixado pela retração dos demais Poderes, enquanto a judicialização, no contexto brasileiro, é uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado, e não da vontade do Judiciário que, ao ser provocado, não pode se eximir de proferir uma decisão, "o que pode ser uma opção é a conduta do Judiciário ante esse fato, o que vai determinar a existência ou não de um ativismo judicial." (ARAB, 2013, p. 104).

Quanto à judicialização, esse processo reflete o fenômeno globalizado da constitucionalização dos direitos, ocorrida no Pós-Guerra, que culminou na positivação das relações sociais, econômicas e culturais, acarretando no

aumento de conflitos sobre esses mesmos direitos, uma vez que os indivíduos passaram a pressionar o Judiciário em busca de proteção e segurança. Segundo Arab (2013, p. 103), a ascensão do Poder Judiciário reflete um novo modelo de Estado, que tem como fundamento a Constituição, o que implica a judicialização da política e das relações sociais.

Conforme mencionado por Arab, a judicialização pode ser tanto política quanto social. Sierra (2011, p. 259) distingue as formas de judicialização, definindo a judicialização da política como a "intromissão do Poder Judiciário nos processos de deliberação política" e, associando a judicialização da questão social à interferência na repressão de atos que atentem contra a defesa dos direitos de cidadania.

Em relação às múltiplas causas da judicialização, no cenário brasileiro, o modelo de Estado e o modelo constitucional adotados com a promulgação da Constituição de 1988 foram fatores decisivos para a crescente judicialização. A Carta Magna passou a ser o centro do ordenamento jurídico, com suas normas e princípios, delegando ao Poder Judiciário o controle dos demais Poderes e o papel de guardião e intérprete da Constituição. Outra mudança empregada pelo legislador por meio da nova Constituição foi a implantação de um Estado voltado à promoção do bem-estar social, assim, o Brasil, além de ser um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput da CRFB/88),³ também é considerado um Estado Social, uma vez que prevê um extenso rol de direitos fundamentais sociais (art. 6º da CRFB/88)⁴, os quais devem ser garantidos pelo Estado a todos os indivíduos, sem qualquer distinção, de modo que tenham condições de vida digna, sendo, inclusive, a dignidade da pessoa humana um dos valores fundamentais da ordem

³ 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 [...] (BRASIL, 1988).

⁴ 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).

jurídica brasileira, servindo de norte para a atuação estatal e relacionada como fundamento do Estado brasileiro⁵ (DAOU; BRITO FILHO, 2018, p. 47).

Nesse sentido, Barroso (2009, p. 12) entende que a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, servindo também de cenário para o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira, ao reavivar a cidadania de segmentos da população antes marginalizados. Com efeito, Garapon (2001 apud REIS, 2010, p. 35) discorre que “a explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social.” Outro aspecto destacado por Barroso (2009, p. 12) é que a positivação de direitos cria uma possível pretensão jurídica, qualquer cidadão que sofra lesão ou ameaça a algum de seus direitos pode buscar, por meio da judicialização, a sua reparação.

Ocorre que, não obstante os preceitos constitucionais, na prática, o que se nota é que a efetivação dos direitos fundamentais ainda encontra óbice por inúmeras razões, principalmente pela falta de atuação do Estado como agente garantidor desses direitos, que, de maneira oposta ao previsto na Constituição, passou a realizar cortes nos gastos sociais, privatizações e sucessivas Emendas Constitucionais, responsáveis por suprimir garantias anteriormente conquistadas. Inclusive, Bobbio (2004, p. 42 apud ZAGANELLI, 2016, p. 188) reitera que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” Ao discorrer sobre essa problemática, Sierra (2011, p. 257) declara que o Estado, em diferentes governos, passou a vincular a escassez de políticas públicas às questões de gestão, alegando limitações orçamentárias para responder às mais diversas demandas decorrentes dos direitos definidos constitucionalmente. Em outras palavras, diz-se que os direitos estipulados na Constituição não

⁵ Art. 1º da CRFB/88 - 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).

são viáveis financeiramente e que é preciso reduzir os gastos públicos, liquidando ações voltadas à proteção social.

Ainda de acordo com Sierra (2014, p. 36), "as políticas sociais foram submetidas às condições ditadas pelas medidas políticas e econômicas de ajuste fiscal. A redução no orçamento provocou a degradação dos sistemas de proteção social", assim, à medida que os direitos fundamentais sociais foram ampliados pela Constituição, a sua efetivação passou a estar cada vez mais sujeita à atuação do Poder Judiciário, de modo a impor condutas ou abstenções ao Estado no que se refere às políticas públicas, desencadeando intenso processo de judicialização. Tanto é que, atualmente, a judicialização representa, na maioria dos casos, a concretização de direitos sociais.

Do mesmo modo, Arab (2013, p. 108) entende que a judicialização se iniciou, uma vez que a população passou a ter poder de decidir o que seria submetido ao crivo do Judiciário, que, ante a impossibilidade de negar-se a decidir, passou a emitir decisões que afetavam o âmbito típico de outros Poderes.

Contudo, o processo de judicialização possui muitas limitações enquanto meio de defesa de direitos cerceados, em virtude de as instituições e os serviços jurídicos não alcançarem a população de maneira integral, mais uma vez por falta de efetivação de um direito garantido constitucionalmente, o acesso à Justiça, sendo, ainda, o processo judicial moroso, burocrático e desgastante. Assim, frequentemente, esse procedimento não atende às necessidades das partes, que, por vezes, encontram-se em um contexto de vulnerabilidade social, agravado pela falta de celeridade processual.

2.2.1 Acesso à Justiça

O direito ao acesso à Justiça é um direito primordial, sendo a sua efetividade um dos pilares do estado democrático de direito, e, no ordenamento brasileiro, encontra-se previsto como um direito fundamental

no art. 5º, XXXV da Constituição, o qual prevê, também, mecanismos para a sua efetivação. Apesar disso, uma grande parcela da população tem esse direito suprimido por inúmeros fatores, por exemplo, por razões de vulnerabilidade socioeconômica, por questões culturais ou, até mesmo, por falta de informações, já que muitos não conhecem seus direitos ou, então, desconhecem sobre a possibilidade de demandar para garanti-los.

Para compreender tais fatores, primeiramente, é preciso ter em mente a extensão da expressão acesso à Justiça, que, conforme os ensinamentos de Reis (2010, p. 22), é indispensável à proteção de direitos, mas depende de dois aspectos, do acesso universal e da prolação de decisões judiciais justas, tanto do ponto de vista pessoal quanto social.

De igual modo, Cappelletti e Garth (1988, p. 8), em sua obra *Acesso à Justiça*, conceituam o que é o acesso à Justiça:

[...] é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Os referidos autores apresentaram, por meio de sua obra, um estudo a respeito da evolução, dificuldades, soluções e limitações ao acesso à Justiça. Para eles, entre os principais obstáculos à concretização desse direito, estão: aqueles de natureza financeira, como os valores dispendiosos das custas processuais e dos honorários advocatícios que, ainda, sofrem aumento em razão da delonga do processo; aqueles classificados pelos autores como possibilidades das partes, que são as vantagens pessoais pertencentes a alguns litigantes face a outros, por exemplo, em razão do poder financeiro, de seu conhecimento acerca de seus direitos. Há, ainda, obstáculos próprios dos direitos, classificados como difusos.

No que diz respeito à barreira financeira, ela constitui uma enorme dificuldade para as classes média e baixa, que representam a maior parte da população brasileira. Para Silveira (2020, p. 52-53), considerando a carência do país, até mesmo em relação às questões básicas para uma vivência digna, é indispensável que o sistema legal e o modelo processual reflitam essa realidade, sendo eficientes, mas também economicamente acessíveis.

Nesse aspecto, a legislação brasileira tentou mitigar os efeitos da barreira financeira, ao prever a concessão dos benefícios da justiça gratuita àqueles considerados juridicamente hipossuficientes, nos moldes do art. 98 do Código de Processo Civil⁶ (BRASIL, 2015) e da Lei n. 1.060/50⁷ (BRASIL, 1950), todavia, ainda resta o pagamento dos honorários advocatícios, uma vez que a maioria dos litigantes contrata um advogado particular. Haja vista que mesmo gozando de previsão constitucional, a Defensoria Pública até este momento enfrenta um vagaroso processo de instalação, estando instalada em apenas 40% das comarcas, conforme indica o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, publicado em 2015 (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS, 2015).

Além disso, muitas defensorias públicas limitam a área de atuação, exemplo disso é a Defensoria Pública de Joaçaba, que não atende a área previdenciária.

Ademais, poucos cidadãos possuem conhecimento sobre a atuação dos advogados dativos, e muitos dos que dispõem dessa informação, não consideram confiáveis os serviços prestados por estes profissionais. Os custos originados do processo, portanto, consistem em um real empecilho às partes. À vista disso, para Cappelletti e Garth (1988, p. 18), quaisquer tentativas reais de enfrentar os problemas de acesso à justiça devem partir do reconhecimento de que os advogados e seus serviços são demasiadamente caros.

⁶ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. (BRASIL, 2015).

⁷ Dispõe sobre as normas para a concessão de assistência judiciária. (BRASIL, 1950).

Evidenciando o impacto da barreira financeira na judicialização do BPC, em seu estudo, Silva (2012) conclui que o acesso à justiça é menor nas regiões mais empobrecidas do país, o que impacta gravemente os beneficiários desse benefício, uma vez que consiste na população mais pobre da sociedade.

No âmbito das possibilidades das partes, que consistem na “noção de que algumas espécies de litigantes [...] gozam de uma gama de vantagens estratégicas” (GALANTER, 1975 apud CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 21) capazes de definir o rumo da ação, é possível elencar a habilidade para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa como uma dessas vantagens. A falta de informação acentua mais profundamente as desigualdades, dado que uma pessoa que desconheça seus direitos não será capaz de identificar quando eles sofrem alguma ameaça ou lesão, muito menos saberá como defendê-los ou onde buscar o suporte jurídico necessário.

Seguindo essa lógica, um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), no qual foi feito o cruzamento entre os dados do *Justiça em Números 2009* e indicadores socioeconômicos, revelou que o aumento de um ano na escolaridade média da população de um estado brasileiro aumentaria a demanda por serviços judiciários em 1.182 processos novos a cada 100 mil habitantes por ano, e que, igualmente, a redução de um ponto no percentual de pobreza, também culminaria em 115 casos novos por ano a cada 100 mil habitantes de um estado (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Nas palavras de Abel-Smith et al. (1973 apud CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 23):

Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento

do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los.

Nesse sentido, o jurista argentino Cárcova (1998), que em sua obra, *A opacidade do Direito*, reconhece e analisa as causas do desconhecimento do cidadão comum acerca das normas e estruturas jurídicas, entende que esse desconhecimento torna o cidadão incapaz de beneficiar-se da proteção conferida pelo ordenamento jurídico. Conforme Cárcova (1998), é errônea a adoção em diversos sistemas jurídicos, inclusive no Brasil,⁸ do dogma de que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece, posto que, na realidade, tal conhecimento é inacessível à maior parcela da população, seja em razão do uso de uma linguagem incompreensível na edição das referidas leis, seja porque se utilizam na sua divulgação de meios de comunicação pouco verificados por aqueles que não atuam profissionalmente na esfera jurídica.

Embora seja inegável que, além da titularidade de direitos, é imprescindível a previsão de mecanismos para a sua defesa e efetivação, sendo o acesso à justiça um direito primário nesse contexto (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12), ainda resta evidente que o direito ao acesso à justiça, que é indispensável enquanto garantidor da dignidade da pessoa humana, gozando, portanto, do *status* de direito fundamental, precisa percorrer um árduo caminho até a sua efetivação. A realidade, até o momento, é bastante distante daquilo que é estabelecido pela Constituição, já que o Estado não viabiliza os meios essenciais ao acesso à Justiça, negligenciando, igualmente, o conhecimento que seus cidadãos possuem acerca do ordenamento jurídico que os rege.

⁸ Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece (art. 3º, do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) (BRASIL, 1942).

3 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: DADOS SOBRE JUDICIALIZAÇÃO

Na presente seção adentra-se no Benefício de Prestação Continuada (BPC), suas prerrogativas e seu histórico de litígios judiciais, explanando-se a respeito das divergências entre as posições adotadas pelo Poder Judiciário e o Executivo Federal.

3.1 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) E SEU HISTÓRICO DE LITÍGIOS JUDICIAIS

Como parte integrante do sistema de seguridade social e definido na própria Constituição, tem-se o Benefício de Prestação Continuada (BPC), que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal a idosos com 65 anos ou mais de idade e a pessoas com deficiência incapacitadas para a vida habitual e para o trabalho, cuja renda *per capita* familiar mensal seja inferior a do salário mínimo. Vale destacar que o BPC, enquanto benefício situado no âmbito da Assistência Social, também deve ser prestado a quem dele necessitar, desde que preenchidos os requisitos, independentemente de contribuição.

Atualmente, o benefício é gerido pelo Ministério de Desenvolvimento Social (MDS) e operacionalizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Fica a cargo do INSS a operacionalização no que diz respeito ao requerimento, concessão, manutenção e revisão do benefício. Quanto aos recursos para custeio do BPC, provêm do Fundo Nacional de Assistência Social.

De acordo com as informações apresentadas pelo Ministro Bruno Dantas, em seu voto proferido no TC 009.811/2019-2, o BPC, ao final de 2018, possuía 4.635.316 de benefícios ativos (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2019).

O BPC, por ser um dos mais relevantes mecanismos de enfrentamento à pobreza e à desigualdade social, foi assegurado pela Constituição de 1988, porém, passou a ser regulamentado apenas em 7 de dezembro de 1993, pela Lei n. 8.742 – Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) (BRASIL, 1993) –, que definiu seus critérios de elegibilidade. E assim como outras políticas públicas, também tem sido objeto da crescente judicialização, antes mesmo de sua regulamentação, suas normas já eram questionadas perante o Poder Judiciário (SILVA, 2012, p. 556).

Em 8 de novembro de 1993, iniciou-se o primeiro litígio judicial referente ao BPC, “foi impetrado o Mandado de Injunção n. 448/RS perante o STF, no qual se requeria a regulamentação do inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, dispositivo que instituiu o benefício assistencial” (RIO GRANDE DO SUL, 1997 apud PENALVA; DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 54). Já com a edição da LOAS, que estabeleceu o limite de renda *per capita* equivalente a até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para a concessão do BPC, foi interposta, pela Procuradoria-Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 1.232, questionando esse critério. Segundo a Procuradoria Geral, tal critério violaria o preceito constitucional, por restringir o acesso ao direito. O pedido foi indeferido sob o argumento de que o critério discutido não afrontava a Constituição Federal de 1988, pois a LOAS era soberana na definição de critérios (PENALVA; DINIZ; MEDEIROS, 2010).

Ainda assim, diversas ações individuais continuaram a se pronunciar pela insuficiência do critério de pobreza de $\frac{1}{4}$, considerando outros fatores para aferição da situação de miserabilidade. O prosseguimento das concessões judiciais fez com que o STF fosse provocado a se manifestar outras vezes sobre a constitucionalidade do critério de renda fixado pela LOAS, pronunciando-se novamente em 2013, ao julgar recurso especial interposto pelo INSS (RE 567.985/MT), oportunidade em que flexibilizou o seu entendimento, reconhecendo a não exclusividade do critério de renda e a necessidade de considerar outros elementos para aferir a condição social

dos requerentes, cabendo aos magistrados decidirem caso a caso depois de verificarem a situação e as condições reais do requerente (BRASIL, 2016a, p. 8). Contudo, a Corte apenas declarou a inconstitucionalidade parcial do § 3º do art. 20 da LOAS, “não declarou sua nulidade: a regra segue vigente até a aprovação de nova legislação.” (BRASIL, 2016a, p. 8).

A partir de tais fatos é que Assumpção (2012 apud SIERRA, 2014, p. 39) “destacou ser este processo resultado do confronto entre a interpretação, por parte dos juízes, da Constituição e das leis infraconstitucionais”, especialmente da LOAS, que, ao estipular um critério estritamente quantitativo para ter acesso ao BPC, restringe o direito à assistência social somente aos que vivem em extrema pobreza. Entendimento semelhante é firmado por Silva (2012, p. 561), que afirma que o BPC continua sendo alvo de discussões em virtude da adoção de um critério de renda tão estreito, que não abrange parcela significativa de deficientes e idosos pobres.

Diante dessas circunstâncias, no domínio dos direitos socioassistenciais, as ações que versam a respeito da concessão do BPC respondem pela maior judicialização em todo o país (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015, p. 218). Acontecimento que reflete diretamente no índice de concessões. Dentre os benefícios de prestação continuada concedidos em 2015, quase 18,7% somente foram concedidos por meio de determinação judicial. Em números absolutos, são 52.050 pessoas beneficiadas em apenas um ano (BRASIL, 2016a). Houve um aumento expressivo no número de decisões administrativas judicializadas, que representavam apenas 2,6% das concessões em 2004. Essas decisões passaram a ser contestadas principalmente nos Juizados Especiais Federais e contribuíram para que o INSS se tornasse um dos maiores litigantes do país, como se ilustra a seguir:

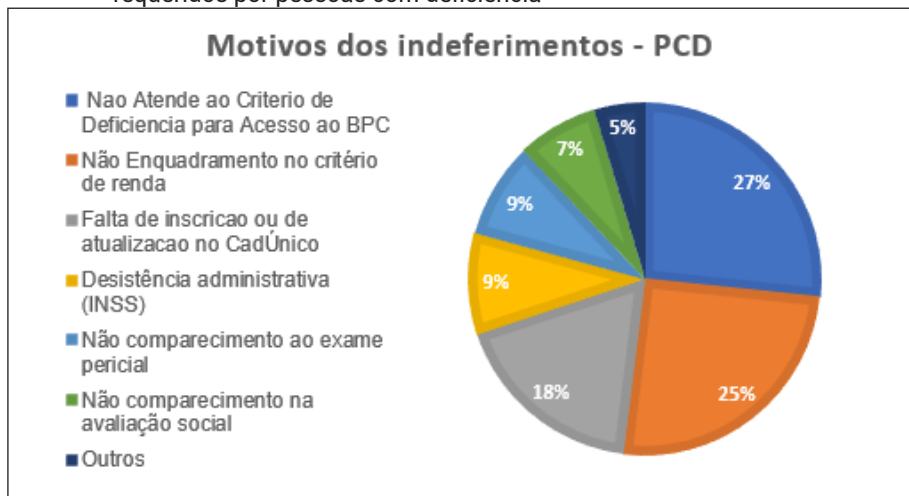
Em 2012, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) publicou pesquisa sobre a atuação dos Juizados Especiais Federais (JEFs) no Brasil. Na pesquisa,

apurou-se que 70,6% dos 970.176 pedidos apresentados anualmente aos juizados especiais eram de natureza previdenciária. O BPC representava 6,2% do total de ações julgadas anualmente pelos JEFs, o que equivalia, em média, a 60.270 novos processos por ano. (BRASIL, 2016a, p. 15).

É importante ressaltar que os motivos pelos quais os JEFs concedem o BPC variam, mas que, conforme Nota Técnica sobre as concessões judiciais do BPC divulgada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), é mais comum que o benefício seja concedido por discordância sobre a avaliação feita pelo INSS quanto à situação social, o nível de renda ou a caracterização da deficiência. Os critérios de elegibilidade, que são avaliados de forma dissonante pelo Judiciário e pela autarquia federal, concomitantemente, estão entre os motivos mais frequentes para indeferimento administrativo do benefício, conforme se extrai da análise dos dados de indeferimentos de benefícios referentes ao mês de abril de 2021 (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2021).

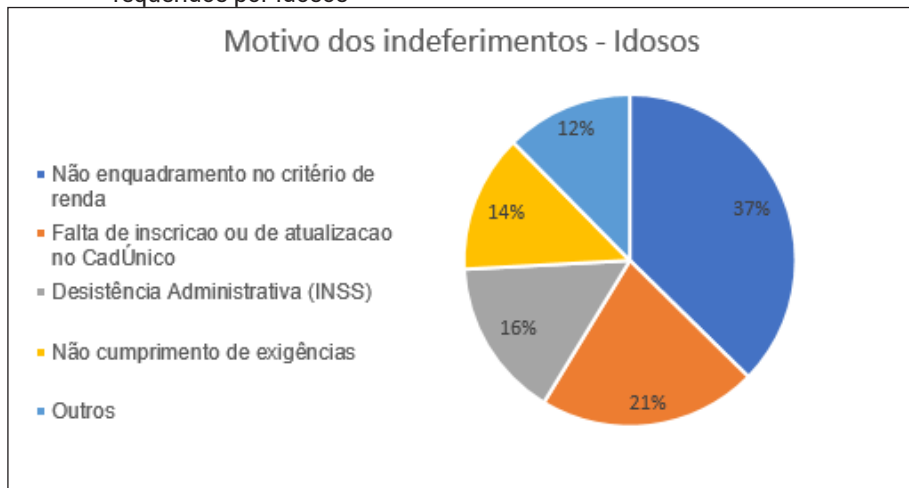
Com base nos dados em questão, elaboraram-se os gráficos a seguir, os quais apontam que durante o período avaliado, o maior percentual de indeferimentos, no que se refere aos benefícios requeridos por idosos, é representado pelo não enquadramento no critério de renda, e quanto aos requeridos por pessoas com deficiência, é a ausência de reconhecimento da deficiência, seguida pelo não enquadramento no critério de renda. Os dados disponibilizados demonstram que, dos 83.160 benefícios requeridos administrativamente em abril, 69% foram indeferidos (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2021).

Gráfico 1 – Percentual de motivação de indeferimentos quanto aos benefícios requeridos por pessoas com deficiência



Fonte: os autores com base em Instituto Nacional do Seguro Social (2021).

Gráfico 2 – Percentual de motivação de indeferimentos quanto aos benefícios requeridos por Idosos



Fonte: os autores com base em Instituto Nacional do Seguro Social (2021).

Evidencia-se, portanto, que a divergência entre a interpretação da legislação pelo INSS e pelo Judiciário é uma das principais motivações para a judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais,

consequentemente, forçando a alocação de recursos para atender às demandas judiciais (INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA, 2020, p. 140).

3.2 DA DIVERGÊNCIA ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E O EXECUTIVO FEDERAL EM RELAÇÃO AO BPC

A divergência entre as posições adotadas pelo Poder Judiciário e pelo Executivo Federal em relação ao BPC está intimamente ligada à mudança do papel exercido pelo primeiro. Os juízes e tribunais, antes considerados simplesmente a “boca da lei”, abandonaram o positivismo analítico, passando a assumir maior responsabilidade com o social, ao considerarem as particularidades de cada caso concreto. Santos (2009, p. 93 apud SIERRA, 2011, p. 260), ao analisar essa questão, ponderou que a judicialização do BPC acarreta no questionamento dos critérios de elegibilidade dos benefícios, principalmente no que se refere à renda e ao conceito de deficiência adotado, podendo a judicialização ser considerada como um meio de fortalecimento do Poder Judiciário e dos direitos humanos.

Quanto à noção de deficiência na esfera do BPC, esta sofreu alterações ao longo dos anos. Inicialmente, associava-se às anomalias ou lesões incapacitantes de natureza permanente, posteriormente, com o advento de novas políticas e normativas direcionadas às pessoas com deficiência, passou a considerar o contexto social do cidadão para aferir a existência de situação incapacitante. A edição do Decreto n. 6.214, que acolheu a definição da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ao reconhecer que “a deficiência pode ter como agravante limitações impostas pelo ambiente físico e pela cultura à autonomia e independência das pessoas com limitações físicas” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2016, p. 6), foi fundamental para esse processo.

É nessa conjuntura, que a LOAS também teve sua redação alterada, passando a considerar pessoa com deficiência aquela que tem impedimento

de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, pelo prazo mínimo de dois anos, capaz de, somado a outras barreiras, obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Dessa forma, a incapacidade passou a ser avaliada por meio do equilíbrio entre estado de saúde, contextos ambiental, sociofamiliar e participação na sociedade. Nada obstante a disposição legal, ainda há discrepância entre as formas de avaliação administrativas e judiciais, o que fez com que em 2015, em nível nacional, o percentual de concessões judiciais sobre o total de concessões fosse de 29,58%, mas ultrapassando a margem de 30% em alguns estados da federação (BRASIL, 2016a, p. 31).

Corroborando tais dados, as informações apresentadas em pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) acerca da judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais, demonstram que os casos de BPC requeridos por pessoas com deficiência são marcados pela divergência quanto à caracterização do segurado como pessoa com deficiência, tendo como fundamento a discordância entre os laudos periciais. Conforme o relatório final da pesquisa, a análise das decisões selecionadas “demonstrou que, em muitos casos de concessão judicial do BPC, os laudos médicos dos peritos judiciais divergiram das conclusões que embasaram as decisões administrativas que denegaram o benefício.” (INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA, 2020, p. 107).

Por sua vez, relativamente ao critério de renda, tão discutido no Judiciário, que chegou a ser levado ao crivo do Supremo e assim foi flexibilizado, é importante ressaltar que entre 2012 e 2014, 78% e 18% dos indeferimentos para idosos e para portadores de deficiência, respectivamente, foram motivados pelo critério de renda, sendo esse o principal objeto das discussões judiciais sobre o tema (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2016, p. 7). Tal situação foi agravada com o advento do

Decreto n. 8.805⁹, de 07 de julho de 2016 (BRASIL, 2016b), o qual alterou os procedimentos voltados ao requerimento, à concessão e à manutenção e aqueles inerentes à sua gestão. Conforme as determinações do referido Decreto, faz-se necessária a inscrição no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico), tanto de possíveis beneficiários, que ainda estão realizando requerimento, quanto daqueles que já gozam do benefício; para estes, a ausência de inscrição durante o prazo estipulado acarretará na suspensão de seu benefício. Da mesma maneira, para que o BPC seja mantido, exige-se a atualização no CadÚnico a cada dois anos e não sendo as informações constantes no cadastro suficientes para a análise conclusiva do benefício, o INSS comunicará o interessado, que terá o prazo de trinta dias para atualizá-lo e não o fazendo terá seu requerimento indeferido.

Até então as informações de renda familiar *per capita* eram demonstradas e comprovadas por meio da apresentação de documentação comprobatória, incluindo a declaração da composição da renda familiar, mas após Decreto, são declaradas no momento da inscrição no CadÚnico. Tais informações são passíveis de verificação pelo INSS, por meio da confrontação com dados constantes em outras bases de dados de órgãos da administração pública relativas a emprego e renda, prevalecendo as informações que indiquem maior renda. Logo, ao adotar essa nova forma de atuação, a autarquia poderá acentuar situações de exclusão, indeferindo e cessando benefícios injustificadamente, uma vez que é preciso ponderar com cautela os resultados dessas confrontações, considerando a disparidade das informações ao longo do tempo por falta de atualizações, bem como a mutação constante que assola a renda das famílias mais pobres (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2016, p. 10-11).

Outra mudança promovida pelo decreto é que “Na hipótese de ser verificado que a renda familiar mensal per capita não atende aos requisitos

⁹ Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto n. 6.214, de 26 de setembro de 2007 (BRASIL, 2016b).

de concessão do benefício, o pedido deverá ser indeferido pelo INSS, sendo desnecessária a avaliação da deficiência." (art. 15, § 5º). Nesse viés, cabe mencionar o entendimento emanado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2016, p. 11), segundo o qual a não realização de perícia nesses casos reafirma a suficiência do critério de renda, contrariando o entendimento jurisprudencial, ao ignorar outros elementos capazes de demonstrar situações de vulnerabilidade consideradas graves.

Acerca do assunto, em 2015, elaborou-se a pesquisa *As relações entre o Sistema Único de Assistência Social - SUAS e o sistema de justiça*, que faz parte do projeto *Pensando o Direito* e que foi coordenada pela professora Ana Paula Motta Costa. A referida pesquisa apresentou dados imprescindíveis para a compreensão do processo de judicialização do BPC, ao analisar por meio de julgados de que forma os Tribunais Regionais Federais estão decidindo acerca do assunto.

Conforme dados expostos pela pesquisa, enquanto a autarquia previdenciária considera objetivamente o critério da renda para concessão do BPC, jurisprudencialmente o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo encontra-se ultrapassado diante do critério de $\frac{1}{2}$ salário mínimo como renda *per capita*. Sendo que esse critério de $\frac{1}{2}$ salário mínimo é utilizado em conjunto com outros fatores; considera-se, por exemplo, se a renda familiar é comprometida pela necessidade de medicamentos, terapias e cuidados especiais, se a situação habitacional do requerente condiz com uma situação de miserabilidade, avaliando-se o estado de conservação da residência e de seu mobiliário, entre outros. São admitidos, portanto, outros meios de prova diversos da avaliação socioeconômica, inclusive a prova testemunhal, para caracterização da situação de miserabilidade.

Além disso, a pesquisa revela que há julgados que se amparam em princípios constitucionais para fundamentar suas decisões, cita-se, a título de exemplo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, "princípio do qual derivam os direitos fundamentais, entre os quais, o direito à Assistência

Social." (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015, p. 235). Em suma, a pesquisa aponta que existem inúmeros argumentos e diferentes entendimentos para embasar a formulação de critérios mais equânimes para a concessão do benefício e para configurar a concepção sobre miserabilidade, contudo há um ponto coincidente nos julgados, "a jurisprudência tem consolidado como fator decisivo no pleito do BPC, a análise do caso concreto, o qual se sobrepõe a qualquer outro critério objetivo de renda." (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015, p. 220).

Em virtude disso, a diferença dos parâmetros adotados pelo Executivo e pelo Judiciário permanece instigando cidadãos a procurarem as instâncias que se utilizam de critérios mais abrangentes para a concessão do BPC, com efeito, estimulando a progressiva judicialização e prejudicando "a isonomia entre a população que pleiteia o benefício" (BRASIL, 2016a, p. 25), porquanto a atual situação do BPC contribui para que diferentes decisões sejam tomadas em casos concretos bastante semelhantes. De um lado, o Judiciário adota uma forma de interpretação mais subjetiva e abrangente, flexibilizando critérios de elegibilidade de acordo com a realidade fática de cada requerente. De outro lado, o INSS não internaliza o entendimento jurisprudencial e segue sujeitando a atuação de seus servidores às instruções normativas da própria entidade, as quais refletem primariamente uma interpretação literal da lei, sob pena de responsabilização pessoal (INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA, 2020).

Isto posto, o Judiciário continua sendo provocado a decidir e, por conseguinte, continua a basear-se no RE 567.985/MT, face à inércia do Executivo em acolher e regulamentar a flexibilização do critério de renda, pois a definição do critério de renda não é a medida mais razoável, ante as necessidades dos cidadãos idosos ou com deficiência e sua capacidade de tê-las providas por si próprios e suas famílias, isso porque "a situação de vulnerabilidade pessoal e social não são frutos da incompetência individual ou do azar, mas consequência da dinâmica da sociedade" (SILVA, 2012, p. 561), portanto, não devem ser perpetuadas de forma alguma pela atuação estatal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, evidencia-se que as políticas sociais, apesar de gozarem de previsão constitucional, ainda são bastante frágeis e carecem de efetivação. Nesse cenário, o Poder Judiciário passou a desempenhar um papel decisivo, sendo instado a atuar como garantidor da efetivação de direitos por meio do processo de judicialização.

A judicialização do BPC, que detém natureza assistencial e não previdenciária, alcança milhares de brasileiros que têm seus benefícios indeferidos administrativamente pelo INSS e buscam no Poder Judiciário a revisão dessas decisões, na esperança de terem seus direitos concretizados.

Nessa seara, a judicialização reflete a intensa retração da via administrativa, visto que o INSS indefere um grande número de requerimentos, mas nem sempre essas negativas significam uma melhor análise, mais apurada e criteriosa, mas uma orientação institucional para negar benefícios. É diante desse cenário que os cidadãos passam a recorrer, de forma crescente, à judicialização, como meio de garantir os direitos violados pelo poder público.

Contudo, essa situação acaba, muitas vezes, por violar o princípio básico da igualdade, privilegiando aqueles indivíduos que possuem acesso à Justiça em detrimento daqueles que não possuem, segregando o direito à assistência social, visto que uma parcela significativa da população está às margens da proteção do Judiciário, em consequência da situação particular em que vive. Sabe-se, por exemplo, que o acesso à Justiça é dificultado à população das classes média e baixa, consequentemente, o público do BPC dificilmente será alcançável, já que se trata de pessoas em situação de extrema vulnerabilidade socioeconômica. Dessa forma, a judicialização não pode ser considerada como plena possibilidade de justiça social, já que acaba por reforçar a desigualdade, haja vista que seu acesso também se

efetiva de forma desigual, o que corrobora para o aumento das disparidades sociais diante da dificuldade de se obter direitos sociais que assegurem condições para prover os mínimos sociais.

Não bastassem as desigualdades promovidas pelas dificuldades de acesso à Justiça, criou-se, por meio da judicialização, uma lacuna quanto aos critérios de elegibilidade ao BPC, que acarreta na desarmonia entre a atuação do Executivo, representado pelo INSS, e o Poder Judiciário. Em razão dessa lacuna, a interpretação dos critérios passou a ser tão subjetiva, que até mesmo dentro do Judiciário há divergência. Isso significa que além de estarem à mercê do falho acesso à justiça, os possíveis beneficiários do BPC também estão à mercê do entendimento particular de cada juízo ou corte acerca das situações a serem consideradas na flexibilização dos critérios para o acesso ao benefício.

Para além de tais consequências, a judicialização também representa aumento significativo de despesas com tais demandas, em virtude dos custos operacionais relativos às concessões judiciais do BPC, que oneram tanto o Judiciário quanto as agências do INSS, responsáveis pelo acompanhamento das demandas judiciais.

Em sede conclusiva, ressalta-se que, apesar da inegável importância do Judiciário no acesso ao BPC, é imprescindível que o benefício seja objeto de novas regulamentações, para definir de forma clara e condizente com a realidade social os critérios de concessão e, assim, reduzir a incidência de judicialização desnecessária, permitindo o efetivo acesso à assistência social de forma mais isonômica e equitativa. A atual posição da jurisprudência evidencia a necessidade de ampliar o critério de renda estabelecido pela LOAS, bem como de interpretar a deficiência de acordo com as condições sociais de cada requerente.

Ademais, é possível que a necessidade de promover alterações no que diz respeito ao BPC se torne ainda mais urgente nos anos vindouros, considerando as circunstâncias brasileiras na conjuntura atual. Isso

porque, com o aumento do desemprego e a dificuldade para as pessoas se aposentarem em razão das reformas previdenciárias, é possível que a demanda pelo BPC aumente, pois é presumível que aqueles que não se enquadrem em um dos critérios de elegibilidade previdenciária buscarão socorro no BPC para garantir sua manutenção.

REFERÊNCIAS

ARAB, Abhner Youssif Mota. A Ascensão do Judiciário e a Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e a Reação do Poder Legislativo (PEC 33/2011). **Direito Público**, [s. l.], v. 10, n. 50, dez. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2242>. Acesso em: 27 fev. 2021.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. **Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>. Acesso em: 3 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 07 set. 2020.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história**. São Paulo: Cortez Editora, 2006. Disponível em: <http://www.unirio.br/cchs/ess/Members/renata.gomes/2020.1/estagio-supervisionado-ii/Bibliografia/complementar/Politica%20social%20-%20fundamentos%20e%20historia%20-%20BEHRING-%20ELAINE.pdf/view>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. *In: Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais*. Brasília, DF: CFESS/ABEPSS, 2009. Disponível em: <http://www.unirio.br/cchs/ess/Members/giselle.silva/2019/politica-social-e-seguridade-no-brasil/texto-1-boschetti-seguridade-social/view>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988**. [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. Decreto n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 ser. 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-4657compilado.htm. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. Decreto n. 8.805, de 7 de julho de 2016. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto n. 6.214, de 26 de setembro de 2007. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 2016b**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8805.htm. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 fev. 1950**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 dez. 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar. 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome. MDS. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Nota Técnica sobre as concessões judiciais do BPC e sobre o processo de judicialização do benefício.** Brasília, DF: 21 de março de 2016a. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/NotaTecnica_n03_Judicializacao_BPC.PDF. Acesso em: 7 maio 2021.

CAMPOS, Ana Cristina. IBGE: informalidade atinge 41,6% dos trabalhadores no país em 2019. **AgênciaBrasil**, 2020. Disponível em: <https://agencia-brasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-11/ibge-informalidade-atinge-416-dos-trabalhadores-no-pais-em-2019>. Acesso em: 14 abr. 2021.

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

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do Direito.** São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/503043>. Acesso em: 07 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **63% dos conflitos não chegam à Justiça, segundo o Ipea.** Instituto de pesquisa econômica aplicada. Brasília, Distrito Federal. 27 set. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/70216-63-dos-conflitos-nao-chegam-a-justica-segundo-o-ipea>. Acesso em: 10 mar. 2021.

DAOU, Heloisa Sami; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. A atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, Maranhão, v. 3, p. 44-65, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323380100_A_ATUACAO_DO_PODER_JUDICIARIO_NA_CONCRETIZACAO_DE_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_SOCIAIS_NO_BRASIL. Acesso em: 20 dez. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. **DRU**. Agência Senado. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>. Acesso em: 14 abr. 2021.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Relatorio-Final-INS-PER_2020-10-09.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **As relações entre o Sistema Único de Assistência Social - SUAS e o sistema de justiça**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): IPEA, 2015. 235 p. (Série pensando o Direito; 58).

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Nota Técnica n. 31** – Deficiência e dependência no debate sobre a elegibilidade ao BPC. Brasília, DF: Ipea, 2016. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/161129_nt_31_disoc.pdf. Acesso em: 7 maio 2021.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Benefícios indeferidos**. [Dados conferidos em abril de 2021]. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/beneficios-indeferidos>. Acesso em: 12 jul. 2021.

PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. **Soc. estado.**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 53-70, abr. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922010000100004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 7 maio 2021.

REIS, Josélia Ferreira dos. dos. **Nos caminhos da judicialização** – um estudo sobre a demanda judicial pelo Benefício da Prestação Continuada. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/7560>. Acesso em: 27 fev. 2021.

RUTH, Dayanni Cristina. A importância da seguridade social enquanto direito humano de proteção social. *In*: SIMPÓSIO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS, 2., 2017, Ponta Grossa. **Anais [...]**. Ponta Grossa: SIICSA UEPG, 2017. v. 1. Disponível em: <https://sites.uepg.br/simposiocs/docs/gt4/004.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

SALVADOR, Evilasio da Silva. O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal. **Serviço Social & Sociedade**, [s. l.], n. 130, p. 426-446, dez. 2017.

SIERRA, Vânia Morales. A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça. **Revista Katálysis**, [s. l.], v. 14, n. 2, p. 256-264, dez. 2011.

SIERRA, Vânia Morales. O Poder Judiciário e o Serviço Social na judicialização da política e da questão social. **Ser Social**, [S. l.], v. 16, n. 34, p. 30, 12 set. 2014. Biblioteca Central da UNB.

SILVA, Naiane Louback da. A judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 111, p. 555-575, set. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000300009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2021.

SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. **Acesso à justiça**: o direito fundamental em um ambiente de recursos escassos. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. 358 p. Disponível em: <https://biblio.unoesc.edu.br/pergamum/biblioteca/>. Acesso em: 28 fev. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 2451/2019 – Plenário**. Relator: Bruno Dantas. N. da Ata: 39/2019 – Plenário. Data da Sessão: 09 de outubro de 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253A%2522ACORDAO-COM-PLETO-2377349%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA-CORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 fev. 2021.

ZAGANELLI, Juliana. A (In)Justiça do Poder Judiciário: o obstáculo econômico do acesso à Justiça e o direito social à saúde. **Revista de Direito Brasileira**, [s. l.], v. 15, n. 6, p. 185-199, dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2959/2745>. Acesso em: 19 dez. 2020.

LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA NO AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA: A (IR)RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELO PAGAMENTO DE SALÁRIOS

Lucas Alex de Sales¹

Valéria Jorge Santana Machado²

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo verificar a (ir)responsabilidade do empregador pelo pagamento de salários quando obsta o retorno do empregado ao trabalho, após a cessação ou indeferimento de auxílio por incapacidade temporária. A problemática recebe a denominação de limbo jurídico previdenciário-trabalhista, fenômeno no qual o empregado nessa situação deixa de receber benefício da Previdência Social e salários do empregador. O empregado, parte hipossuficiente, é relegado à própria sorte, sem fonte de renda para sua subsistência e de sua família enquanto a Previdência Social e empresa divergem acerca de sua capacidade para retorno ao trabalho. Para entender a problemática do limbo previdenciário-trabalhista, buscou-se realizar uma abordagem do auxílio por incapacidade temporária e suas consequências no contrato de trabalho, que implicam no fenômeno do limbo previdenciário-trabalhista. Diante da ausência de normas expressas acerca do tema, a jurisprudência tem afirmado ser do empregador a responsabilidade pelo pagamento de salário após a cessação ou indeferimento do auxílio por incapacidade temporária. O presente artigo utilizou a metodologia dedutiva, com pesquisa teórico-bibliográfica a respeito do tema, com consulta à doutrina, legislação e jurisprudência.

Palavras-chave: Limbo previdenciário-trabalhista. Auxílio por incapacidade temporária. Empregado. Empregador. INSS.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); Servidor Público Federal ocupante do cargo de Técnico do Seguro Social do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); lucas.sales@unoesc.edu.br

² Mestre em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito; Advogada; Professora no curso de Direito da Unoesc, Campus de Joaçaba, SC, valeria.machado@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho, embora sejam ramos autônomos do Direito, estão intimamente ligados, pois este cuida da relação entre empregado e empregador, enquanto que aquele protege o trabalhador em diversos infortúnios ao longo de sua vida laboral, ativa ou inativa.

Um dos momentos em que estes ramos se comunicam ocorre quando o trabalhador se torna incapaz para o trabalho temporariamente, necessitando de amparo da Previdência Social para suprir suas necessidades básicas, enquanto permanece incapacitado, hipótese em que lhe será concedido um auxílio por incapacidade temporária. Transcorrido um certo lapso temporal, o trabalhador recebe alta médica pela Perícia Médica Federal, que o considera capaz para o retorno ao trabalho em desacordo com o entendimento do Médico do Trabalho ou Médico Assistente, que o considera incapacitado para o retorno à empresa. Diante da divergência, com base no entendimento do Médico do Trabalho ou do Médico Assistente, o empregador impede o retorno do trabalhador ao seu posto de trabalho e, conseqüentemente, deixa de efetuar o pagamento de salários, ficando o trabalhador sem o recebimento de benefício previdenciário e sem salários, enquanto a autarquia previdenciária e o empregador discordam acerca de sua incapacidade.

O empregado, por sua vez, parte hipossuficiente, vê-se totalmente desamparado para suprir suas necessidades básicas e de sua família. Diante dessa situação, é preciso criar meios para que o empregado não fique sem o recebimento de salário ou de benefício previdenciário.

Doutrina, jurisprudência e parlamentares discutem acerca do tema como se verá no decorrer do presente artigo. Vê-se, assim, a importância do tema na busca de uma maior proteção ao empregado, atribuindo a este uma garantia de que não ficará sem o recebimento de subsídio para seu

próprio sustento e de sua família, em respeito aos princípios da proteção do trabalhador e da dignidade da pessoa humana.

Em um primeiro momento será abordado o benefício por incapacidade temporária, apontando sua regulamentação, conceito, requisitos, espécies, início de benefício e renda mensal inicial, além do prazo de duração deste benefício que tem por característica ser temporário. Em sequência, serão analisados os profissionais da Medicina envolvidos na concessão do auxílio por incapacidade temporária e o papel de cada um deles quando constatada a incapacidade de um trabalhador.

Em um segundo momento analisar-se-á as consequências da concessão do auxílio por incapacidade temporária no contrato de trabalho, momento em que ocorre a interrupção ou suspensão do contrato de trabalho a depender do lapso temporal que o empregado permanecer afastado de suas atividades por estar incapaz.

Em seguida, adentrar-se-á especificamente no tema limbo jurídico previdenciário-trabalhista envolvendo o empregado que tem seu pedido de auxílio por incapacidade temporária indeferido ou cessado e que, diante da decisão do INSS, retorna à empresa, que o impede de retornar às suas atividades laborativas. Será analisado seu conceito, causas, consequências. Além disso, será realizada uma análise jurisprudencial acerca do tema, bem como do Projeto de Lei n. 6.526/2019.

Por fim, será exposta a conclusão acerca da temática, fazendo-se uma reflexão com foco na proteção do empregado, sobretudo em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizar-se-á da metodologia dedutiva, com pesquisa teórico-bibliográfica a respeito do tema, com consulta à doutrina, legislação e jurisprudência.

2 BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

O auxílio por incapacidade temporária é um benefício previdenciário concedido e mantido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), no qual, em virtude de seu indeferimento ou cessação, ocorre o limbo jurídico previdenciário-trabalhista, conforme será abordado.

Segundo o art. 201 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a Previdência Social visa assegurar a seus beneficiários a proteção securitária em casos de incapacidade, temporária ou permanente; acidente de trabalho; maternidade; desemprego involuntário; idade avançada e prisão ou morte aos dependentes.

Conforme a Lei n. 8.213/1991 (BRASIL, 1991), que regula o Plano de Benefícios da Previdência Social, são prestações previdenciárias: aposentadoria por tempo de contribuição e idade urbana, apenas para os que ingressaram no RGPS até 13/11/2019, desde que cumprido alguma regra de transição; aposentadoria voluntária, para os que ingressaram no RGPS a partir de 13/11/2019; aposentadoria por idade rural; aposentadoria especial; aposentadoria por incapacidade permanente; auxílio por incapacidade temporária; auxílio acidente; salário-família; salário-maternidade; pensão por morte e auxílio-reclusão aos dependentes; e serviço social e reabilitação profissional aos segurados e dependentes.

Nesse sentido, “[...] o indivíduo (segurado ou dependente) que preenche os requisitos legais para determinado benefício passa a ostentar direito subjetivo à prestação previdenciária.” (LEITÃO; MEIRINHO, 2018, p. 262, grifo do autor).

Coube ao INSS, autarquia federal, a concessão e manutenção de benefícios previdenciários. Além dos benefícios previdenciários, coube ao INSS a concessão e manutenção do benefício de prestação continuada – BPC, concedido à pessoa com deficiência e à pessoa idosa.

O presente artigo, no entanto, visa analisar tão somente o auxílio por incapacidade temporária, o qual resulta em discussões acerca do limbo jurídico previdenciário-trabalhista.

A reforma previdenciária pela Emenda Constitucional 103/2019 (BRASIL, 2019a), alterou o fato gerador contido no art. 201 da Constituição Federal, de *doença para incapacidade temporária*, razão pela qual o Decreto n. 10.410/2020, que alterou o Decreto n. 3.048/1999, passou a utilizar a denominação auxílio por incapacidade temporária.

O auxílio por incapacidade temporária é regulamentado pelos arts. 59 e seguintes da Lei n. 8.213/1991. Trata-se de benefício concedido ao segurado da Previdência Social que esteja incapacitado temporariamente para o trabalho em virtude de doença ou acidente, desde que preenchido certos requisitos legais. Requisito é a "condição ou exigência imprescindível a que se deve satisfazer para alcançar determinado fim" (REQUISITO, 2021). Desse modo, o atendimento dos requisitos do auxílio por incapacidade temporária é indispensável para a concessão do benefício. São três os requisitos: qualidade de segurado; carência; e incapacidade.

O primeiro requisito para a concessão do benefício é a qualidade de segurado. Segundo Goes (2020, p. 150) "[...] mantém a qualidade de segurado, aquele que permanecer exercendo atividade remunerada reconhecida pela lei como de filiação obrigatória ao RGPS (se segurado obrigatório) ou enquanto estiver recolhendo regularmente as contribuições previdenciárias (se segurado facultativo)."

Visando garantir maior proteção previdenciária, mantém a qualidade de segurado, ainda que não haja contribuições (BRASIL, 1991):

- a) sem limite de prazo, o segurado em gozo de benefício, exceto Auxílio Acidente;

- b) até doze meses após a cessada as contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social;
- c) até doze meses após cessar a segregação, os acometidos de doença de segregação compulsória;
- d) até doze meses após o livramento, os detidos ou reclusos;
- e) até três meses após o licenciamento, os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar; e
- f) até seis meses após cessar as contribuições, o segurado facultativo.

A legislação ainda prevê que o prazo contido na letra "b" acima pode ser acrescido de mais doze meses, se o segurado contiver mais de 120 contribuições mensais sem perda da qualidade de segurado, e mais doze meses se comprovar a situação de desemprego involuntário (BRASIL, 1991).

Além da qualidade de segurado, é necessário atender ao requisito da carência. Carência é o número mínimo de contribuições mensais necessárias para a concessão de determinado benefício, sendo que para o auxílio por incapacidade temporária exige-se o mínimo de doze contribuições mensais (BRASIL, 1991). No entanto:

[...] a concessão independe de carência nos casos em que a incapacidade for decorrente de acidente de qualquer natureza ou causa, de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido de alguma das seguintes doenças: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, esclerose múltipla, hepatopatia grave, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (AIDS) ou

contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada. (GOES, 2020, p. 221).

Na hipótese em que o segurado tenha perdido a qualidade de segurado e voltou a contribuir para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, somente fará jus à concessão do benefício após cumprir seis contribuições a título de carência (BRASIL, 1991).

O terceiro requisito a ser preenchido para obtenção do benefício é a incapacidade. A constatação da incapacidade deve ser avaliada através de exame médico-pericial a cargo da Perícia Médica Federal. Castro e Lazzari (2020, p. 637) explicam que “os atos médico-periciais implicam sempre pronunciamento de natureza médico-legal destinado a produzir um efeito na via administrativa do INSS, passível de contestação na via recursal do mesmo e no Poder Judiciário”.

Segundo o Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2018, p. 26)

Incapacidade laborativa é a impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade, função ou ocupação habitualmente exercida pelo segurado, em consequência de alterações morfofisiológicas provocadas por doença ou acidente.

Ademais, ensina Pardo (2018, p. 47) que a mera constatação de doença ou lesão, por si só, não gera incapacidade para o trabalho se não houver implicação na atividade laborativa desempenhada pelo empregado. Em razão disso, o Perito Médico Federal deve deter conhecimento não apenas de epidemiologia e legislação aplicada, mas sobretudo acerca da atividade desenvolvida pelo segurado e de seu ambiente de trabalho para poder chegar a conclusão se determinada doença ou lesão implica ou não na atividade habitualmente desempenhada pelo segurado.

2.1 INÍCIO DO BENEFÍCIO E RENDA MENSAL INICIAL

A data de início do benefício (DIB) do auxílio por incapacidade temporária, para o empregado é a partir do 16º dia da data do afastamento da atividade (DAT), sendo que os primeiros 15 dias compete à empresa arcar com o salário do empregado (BRASIL, 1991). A DAT corresponde a data do último dia trabalhado (DUT) mais um ($DAT = DUT + 1$). O documento comprobatório da data do afastamento da atividade é a declaração da empresa sobre o último dia trabalhado ou a comunicação de acidente de trabalho (CAT).

Imagine a seguinte situação: segurado empregado afastou-se de suas atividades por motivo de doença por período superior a 15 dias. Seu último dia trabalhado foi 02/11/2020. Nesse caso, tem-se que: DUT: 02/11/2020; DAT: 03/11/2020; e DIB: 18/11/2020.

Para os demais segurados, inclusive o doméstico, o benefício é concedido desde a data do início da incapacidade (DII).

Aplicam-se as regras acima na hipótese de o requerimento junto à autarquia previdenciária for realizado em até 30 dias da data do afastamento. Se a data de entrada do requerimento (DER) for após o 30º dia, o benefício é concedido a partir da DER. Neste caso, o empregado, por exemplo, não receberá nem da empresa, nem do INSS, o período entre o 16º e a DER após o 30º dia, constituindo uma hipótese de limbo previdenciário-trabalhista, mas também do famoso brocardo “o direito não socorre aos que dormem”, sendo que esta hipótese de limbo não tem sido discutida pela doutrina e jurisprudência.

O salário de benefício (SB), corresponde a 100% da média aritmética simples de todos os salários de contribuição desde julho de 1994, devidamente corrigidos monetariamente (BRASIL, 1999). No entanto, o resultado deste cálculo não será o valor recebido pelo segurado, pois, após obter o resultado

do salário de benefício, calcula-se a renda mensal inicial (RMI), que corresponderá a 91% do resultado obtido do salário de benefício, conforme art. 72, do Decreto n. 3.048/1999 (BRASIL, 1999), desde que não ultrapasse a média aritmética simples dos últimos doze salários de contribuição ou a média simples dos salários de contribuição existentes, se não houver doze salários de contribuição nos últimos doze meses (BRASIL, 1999).

O cálculo, massivamente, tende a resultar em um valor inferior ao que o empregado recebe de salário da empresa, ocasionando uma redução da capacidade financeira do empregado enquanto estiver em gozo do auxílio por incapacidade temporária. Em razão disso, quando o benefício é cessado, muitas vezes, o trabalhador prefere tentar retornar à empresa para repor a integralidade de sua renda a entrar com recurso contra a decisão do INSS, ainda que não esteja totalmente recuperado para o trabalho, sendo comum a empresa recusar o retorno do empregado em razão da sua incapacidade para o retorno ao trabalho, potencializando a situação de limbo previdenciário-trabalhista (PANCOTTI; PAULA JUNIOR; SERAU JUNIOR, 2020, p. 111).

2.2 PRAZO DE DURAÇÃO DO BENEFÍCIO

De antemão, é de conhecimento público as dificuldades da autarquia previdenciária de atender satisfatoriamente os pedidos de concessão dos benefícios previdenciários. Muitas vezes o segurado é afastado do trabalho em razão de incapacidade e, antes mesmo de realizar o exame médico-pericial no INSS, recupera a capacidade para o trabalho, findando o prazo contido em seu atestado médico. Diante disso, o §6º do art. 75, do Decreto n. 3.048/1999 (BRASIL, 1999), prevê que findado o prazo contido no atestado médico do empregado antes de realizado o exame médico-pericial, fica ele autorizado a retornar ao trabalho no dia seguinte à data-fim do atestado, se recuperado para o trabalho, mantendo-se a obrigatoriedade de comparecer à data agendada para realizar o exame médico-pericial a fim

de que seja verificado o direito à concessão do benefício a partir do 16º dia de afastamento até a data de retorno voluntário ao trabalho. Se concedido, possuirá data de cessação do benefício (DCB) fixada um dia imediatamente anterior ao retorno voluntário ao trabalho.

Realizado o requerimento de auxílio por incapacidade temporária, é agendada uma data para o comparecimento presencial do requerente a uma Agência da Previdência Social para a realização da perícia inicial a cargo de Perito Médico Federal. Se o segurado possuir dificuldades de locomoção, será realizada uma perícia médica domiciliar ou hospitalar, conforme o caso (BRASIL, 1991). Registra-se ainda que em virtude da pandemia de Covid-19, excepcionalmente, a Lei n. 14.131/2021 (BRASIL, 2021) prorrogou, até 31 de dezembro de 2021, a possibilidade de concessão de auxílio por incapacidade temporária de forma remota, isto é, sem a necessidade de perícia médica presencial, mediante a apresentação de atestado médico.

Segundo o Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2018, p. 39-40), na realização da Perícia Inicial (PI), o Médico Perito Federal possui quatro opções na análise do benefício incapacidade:

- a) Parecer contrário: o benefício será indeferido por parecer contrário da perícia médica, devendo o indeferimento ser justificado;
- b) Fixar a DCB: pode ser na data de realização do exame (DRE) ou anterior ao exame, desde que devidamente justificado; pode, ainda, se constatada a incapacidade laborativa, fixar prazo estimado (alta programada) para a recuperação da capacidade para o trabalho, desde que justificado;
- c) Encaminhar para Reabilitação Profissional: se constatado que o segurado tornou-se incapacitado totalmente para sua atividade habitual, mas há a possibilidade de desenvolver habilidades para o exercício de outra atividade, hipótese em que o benefício

- não possuirá DCB e somente cessará depois de constatada a reabilitação do segurado para o exercício de outra atividade; ou
- d) Conceder Aposentadoria por Incapacidade Permanente: se constatado que o segurado está totalmente incapaz para o exercício de qualquer atividade, hipótese em que o segurado será diretamente aposentado por incapacidade permanente, sem a concessão do auxílio por incapacidade temporária.

Ainda de acordo com o Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2018, p. 40), concedido o benefício por incapacidade temporária com DCB fixada com prazo estimado, pode o segurado requerer a prorrogação do benefício nos últimos 15 dias que antecedem a DCB, se entender permanecer incapacitado para o retorno ao trabalho, caso em que será realizada uma Perícia Médica Conclusiva (PMC), cabendo ao Perito Médico Federal adotar uma das seguintes conclusões:

- a) Não existe incapacidade: o benefício será cessado na DRE ou na DCB fixada anteriormente, o que for mais favorável ao segurado;
- b) DCB em dois meses: o benefício será prorrogado por mais dois meses;
- c) DCB em seis meses: o benefício será prorrogado por mais seis meses;
- d) DCB em um ano: o benefício será prorrogado por mais um ano;
- e) Reabilitação Profissional: caso em que o benefício não possuirá DCB, mas passará por revisões periódicas para avaliação da capacidade do segurado para o exercício de outra atividade;
- f) Auxílio-Acidente: se constatada a recuperação do segurado para o trabalho, mas com redução de sua capacidade laborativa em razão de sequelas ocasionadas por acidente; ou

- g) Aposentadoria por Incapacidade Permanente: se constatado que o segurado está incapaz para o exercício de qualquer atividade, hipótese em que será cessado o auxílio por incapacidade temporária e concedido a aposentadoria por incapacidade permanente.

Prorrogado o benefício com DCB em dois, seis meses ou um ano, o segurado poderá requerer uma última prorrogação do benefício nos últimos 15 dias que antecedem a DCB, se entender permanecer incapacitado para o retorno ao trabalho, hipótese em que será realizada uma Perícia Médica Resolutiva (PMRES). Neste caso, cabe ao Perito Médico Federal adotar uma das seguintes conclusões, conforme Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2018, p. 41):

- a) Não existe incapacidade: o benefício será cessado na DRE ou na DCB fixada anteriormente, o que for mais favorável ao segurado;
- b) Reabilitação Profissional: caso em que o benefício não possuirá DCB, mas passará por revisões periódicas para avaliação da capacidade do segurado para o exercício de outra atividade;
- c) Auxílio-Acidente: se constatada a recuperação do segurado para o trabalho, mas com redução de sua capacidade laborativa em razão de sequelas ocasionadas por acidente; ou
- d) Aposentadoria por Incapacidade Permanente: se constatado que o segurado está incapaz para o exercício de qualquer atividade, hipótese em que será cessado o auxílio por incapacidade temporária e concedido a aposentadoria por incapacidade permanente.

Perceba que na Perícia Médica Resolutiva (PMRES), o Perito Médico Federal não dispõe de qualquer opção para prorrogar o benefício com

DCB, o que acaba ocasionando injustiças, pois o benefício é cessado porque o segurado não se enquadra nos requisitos para encaminhamento à Reabilitação Profissional, tampouco possui requisitos para concessão de auxílio-acidente ou aposentadoria por incapacidade permanente. Neste caso, tornou-se praxe do órgão administrativo cessar o auxílio por incapacidade temporária, cabendo ao segurado requerer novo benefício depois de transcorrido o prazo de 30 dias, caso em que o Perito Médico Federal poderá reabrir o benefício anteriormente cessado para fins de prorrogá-lo, descontando-se os dias eventualmente trabalhados, desde que a DCB do primeiro benefício e DIB do segundo benefício não seja superior a 60 dias e o motivo da incapacidade de ambos seja o mesmo.

Importante destacar que o instituto da alta programada (que ocorre quando o médico fixa DCB) possibilita ao INSS estabelecer um prazo estimado para recuperação da capacidade do segurado (BRASIL, 1999), sem a necessidade de realização constante de perícias médicas para verificar a capacidade do segurado. Questiona-se: a medicina na atualidade pode determinar com exatidão o prazo de recuperação do periciado sem a realização de uma nova perícia? Em verdade, referido instituto está mais ligado à limitação de recursos humanos e orçamentários do governo do que propriamente à evolução da medicina. Em razão da alta programada, ocorre muitas vezes a cessação precoce do benefício, pois o trabalhador ainda está incapacitado para o retorno ao trabalho, mas desconhece a necessidade de agendar uma perícia de prorrogação ou está sem sintomas aparentes. Ademais, o segurado não detém conhecimento para se autodiagnosticar e decidir se está capaz ou não para o retorno ao trabalho (PANCOTTI; PAULA JUNIOR; SERAU JUNIOR., 2020, p. 111-113). Diante disso, referido instituto é duramente criticado pela doutrina, pois potencializa a ocorrência do limbo previdenciário-trabalhista, uma vez que diante da alta estimada, o empregado tenta retornar ao trabalho, por desconhecer a necessidade de agendar uma

perícia de prorrogação ou está assintomático, e é impedido pelo empregador sob a alegação de que está inapto para o retorno (PARDO, 2018, p. 44).

Registra-se que em caso de indeferimento do benefício ou não prorrogação da DCB, pode o segurado interpor recurso administrativo à Junta de Recursos, no prazo de 30 dias contados da ciência da decisão, ou recorrer à esfera judicial.

2.3 QUEM SÃO OS PROFISSIONAIS DA MEDICINA ENVOLVIDOS: MÉDICO DO TRABALHO, MÉDICO ASSISTENTE E O PERITO MÉDICO FEDERAL

Importante se faz a definição do campo de atuação dos profissionais de medicina envolvidos na análise da capacidade laborativa do trabalhador: Médico do Trabalho, Médico Assistente e Médico Perito Federal.

2.3.1 Médico do Trabalho

Inicialmente, importa registrar que a Medicina do Trabalho “é a especialidade médica que lida com a relação entre o meio de trabalho e a saúde dos trabalhadores, visando a promoção da saúde (física e mental) e qualidade de vida, bem como a prevenção dos acidentes e das doenças do trabalho” (PARDO, 2018, p. 56).

Médico do Trabalho é o profissional com formação em Medicina e com especialização em Medicina do Trabalho, devidamente registrado no Registro de Qualificação de Especialista (RQE), em conformidade com as normas emitidas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) (MENDANHA, 2020, p. 19). Trata-se de profissional com atuação voltada à Medicina Preventiva e conhecedor das problemáticas de ordem médica que envolvem as diversas atividades laborativas, pois vivencia efetivamente o ambiente de trabalho do trabalhador (PARDO, 2018, p. 56).

Dentre as diversas normas que regulam a Medicina do Trabalho, importa-nos a análise da Norma Regulamentadora n. 07 (NR-7), conforme nova redação dada pela Portaria SEPRT n. 6.734, de 09 de março de 2020 (BRASIL, 2020), que estabelece diretrizes para a implantação do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) nas empresas, visando proteger e preservar a saúde dos empregados.

São diretrizes do PCMSO, dentre outras, subsidiar o encaminhamento de empregados à Previdência Social, conforme item 7.3.2, *h*, da NR-7 (BRASIL, 2020). Além disso, o PCMSO deve proceder à realização obrigatória dos exames médicos admissional, periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de risco ocupacional e demissional, conforme item 7.5.6, da NR-7 (BRASIL, 2020). Em relação ao exame médico de retorno ao trabalho, este deverá ser realizado antes que o empregado reassuma suas funções sempre que ausentar-se do trabalho por motivo de doença ou acidente por prazo igual ou superior a 30 dias, nos termos do item 7.5.9, da NR-7 (BRASIL, 2020). Ademais, a cada exame médico realizado, o Médico do Trabalho deverá emitir um Atestado de Saúde Ocupacional (ASO), que deverá conter no mínimo, dentre outros, a definição de apto ou inapto para a função do empregado, conforme itens 7.5.19 e 7.5.19.1, *e*, da NR-7 (BRASIL, 2020). Por fim, segundo o item 7.5.19.5, da NR-7 (BRASIL, 2020):

7.5.19.5 Constatada ocorrência ou agravamento de doença relacionada ao trabalho ou alteração que revele disfunção orgânica por meio dos exames complementares do Quadro 2 do Anexo I, dos demais Anexos desta NR ou dos exames complementares incluídos com base no subitem 7.5.18 da presente NR, caberá à organização, após informada pelo médico responsável pelo PCMSO:

- a) emitir a Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT;
- b) afastar o empregado da situação, ou do trabalho, quando necessário;

- c) encaminhar o empregado à Previdência Social, quando houver afastamento do trabalho superior a 15 (quinze) dias, para avaliação de incapacidade e definição da conduta previdenciária;
- d) reavaliar os riscos ocupacionais e as medidas de prevenção pertinentes no PGR.

Vê-se, assim, que compete ao Médico do Trabalho, responsável pelo PCMSO na empresa, dentre outras atribuições, a definição de apto ou inapto do empregado ao trabalho, mediante a realização de exames médicos admissional, periódico, de retorno ao trabalho quando houver afastamento superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente, de mudança de risco ocupacional e demissional, bem como encaminhar o empregado à Previdência Social quando ocorrer afastamento do trabalho superior a 15 dias por motivo de doença ou acidente.

Registra-se que Microempreendedor Individual (MEI), Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP) são dispensadas de elaborar PCMSO (BRASIL, 2020), devendo seus empregados serem encaminhados para realização de exames médicos ocupacionais a médicos do trabalho ou serviço médico especializado em medicina do trabalho, devidamente registrado, em observância ao item 7.7.1.1, da NR-7 (BRASIL, 2020).

2.3.2 Médico Assistente

Segundo Pardo (2018, p. 60), o Médico Assistente é aquele autorizado a exercer a medicina, não necessitando possuir especialidade em Medicina do Trabalho. Trata-se do médico de confiança do empregado, que o procura para realizar exames preventivos, diagnósticos e tratamentos, podendo ser médico particular ou médico do Sistema Único de Saúde (SUS). Importante ressaltar que, sendo o Médico Assistente o médico de confiança do

empregado, a participação deste profissional não exclui a do Médico do Trabalho ou vice-versa, podendo ambos atuarem na mesma situação fática.

Vislumbrando-se que o paciente necessita de afastamento de suas atividades laborais, o Médico Assistente poderá emitir atestado médico, direcionando-o à Previdência Social (PARDO, 2018, p. 60).

Neste sentido, o art. 3º, parágrafo único, da Resolução CFM n. 1.658/2002 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2002), dispõe que o Médico Assistente deverá descrever no atestado médico para fins de perícia médica, dentre outras informações, o provável tempo de repouso necessário para a recuperação do trabalhador. No entanto, deverá abster-se de dizer em seu atestado que o paciente encontra-se capaz ou incapaz para o trabalho, conforme explica Medeiros (2020):

O médico assistente, ao emitir seu atestado, não pode determinar capacitação ou não para o trabalho, uma vez que esta depende, entre outras coisas, do nexo causal entre os transtornos da saúde e as atividades do trabalhador; bem como não deve sugerir conclusões previdenciárias, já que na maioria das vezes este não possui conhecimentos da legislação vigente. Se ainda assim o fizer, estará agindo como perito de seu próprio paciente, incorrendo em ilícito ético.

Assim, cabe ao Médico Assistente analisar a situação clínica do paciente e emitir atestado médico, quando necessário, e sendo este para fins de perícia médica, caberá ao Médico Assistente observar o disposto no parágrafo único, do art. 3º da Resolução CFM n. 1.658/2002, a fim de que o atestado sirva de subsídio à decisão do Perito Médico Federal.

2.3.3 Perito Médico Federal

O cargo anteriormente denominado de Perito Médico Previdenciário passou a ser denominado Perito Médico Federal, conforme alteração prevista no art. 18, da Lei n. 13.846/2019 (BRASIL, 2019b). O Perito Médico Federal é o servidor público federal efetivo vinculado ao quadro de pessoal do Ministério da Economia, após prévia aprovação em concurso público (BRASIL, 2009).

Nesse sentido, dentre outras atribuições, compete, essencial e exclusivamente, à carreira de Perito Médico Federal, no âmbito do RGPS e assistência social, a emissão de parecer conclusivo acerca da incapacidade laboral (BRASIL, 2009). Vale frisar que o parecer conclusivo de Perito Médico Federal se trata de ato administrativo que decide se o empregado está capaz ou incapaz para o trabalho e, conseqüentemente, defere ou indefere o auxílio por incapacidade temporária, observado os demais requisitos. Por ser um ato administrativo, deverá ser devidamente motivado e goza de presunção relativa de legitimidade e veracidade de que foram praticados intrinsecamente em conformidade com o ordenamento jurídico.

Vê-se, assim, que palavra final acerca da capacidade laboral do empregado compete exclusivamente ao Perito Médico Federal. Corrobora com esse entendimento o disposto no art. 6º, §2º, da Lei n. 605/1949 (BRASIL, 1949):

Art. 6º [...]

§2º A doença será comprovada mediante atestado de médico da instituição da previdência social a que estiver filiado o empregado, e, na falta deste e sucessivamente, de médico do Serviço Social do Comércio ou da Indústria; de médico da empresa ou por ela designado; de médico a serviço de representação federal, estadual ou municipal incumbido de assuntos de higiene ou de saúde pública; ou não existindo êstes, na localidade em que trabalhar, de médico de sua escôlha.

Na mesma linha de pensamento, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula nº 15 (BRASIL, 1969), que dispõe: "A justificação da ausência do empregado motivada por doença, para a percepção do salário-enfermidade e da remuneração do repouso semanal, deve observar a ordem preferencial dos atestados médicos estabelecida em lei."

Tecendo comentários sobre o art. 6º, §2º, da Lei n. 605/1949, Mendanha (2020, p. 35) explica que referida lei evidencia a hierarquia dos atestados médicos, de modo que o atestado de médico de instituição previdenciária prevalece sobre atestado de médico da empresa ou particular para fins de justificativa de faltas ao trabalho.

Ocorre que o Perito Médico Federal nem sempre detém conhecimento acerca da realidade fática vivenciada pelo empregado no ambiente de trabalho, conforme destaca Pardo (2018, p. 47):

[...] os peritos médicos do INSS não vivenciam e conhecem efetivamente o ambiente de trabalho do trabalhador e a forma como este trabalhador desempenha suas atividades laborativas, ou seja, a profissiografia, o que faz, como faz, quando faz, onde faz – ambiente laboral, com que frequência, intensidade e velocidade faz.

Em razão disso, o Perito Médico Federal deve estar atento às recomendações do Médico do Trabalho e do Médico Assistente, contidas nos respectivos atestados médicos, sobretudo para não ocasionar injustiças com indeferimentos errôneos ou cessações precipitadas de auxílios por incapacidade temporária. Além disso, deve fundamentar suas decisões por meio de preenchimento eletrônico do laudo pericial (PARDO, 2018, p. 47)

Por fim, imperioso destacar que tanto o Médico do Trabalho quanto o Médico Assistente não podem ser peritos do próprio paciente. Nesse sentido, suponha-se que um Perito Médico Federal possua um consultório médico particular ou realiza atendimento pelo SUS: aqueles que forem por

ele atendidos não poderão ser periciados por ele enquanto Perito Médico Federal.

2.3.4 Capaz/incapaz e apto/inapto: há diferença na prática?

O art. 59 da Lei n. 8.213/91 (BRASIL, 1991) utiliza o termo incapacitado para definir que o auxílio por incapacidade temporária é devido ao segurado que, havendo cumprido os demais requisitos, ficar incapacitado para o seu trabalho ou atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos. O art. 30, §3º, I, a, Lei n. 11.907/2009 (BRASIL, 2009), por sua vez, menciona que compete ao Perito Médico Federal a emissão de parecer conclusivo quanto à incapacidade laborativa.

Por outro lado, item 7.5.19.1 da NR-7 (BRASIL, 2020), utiliza os termos apto ou inapto, ao dizer que o ASO, emitido pelo Médico do Trabalho, deve conter no mínimo, dentre outros, a definição de apto ou inapto para a função do empregado.

Diante disso, surge o questionamento se capacidade/incapacidade analisada pelo Perito Médico Federal equivale à aptidão/inaptação analisada pelo Médico do Trabalho ou se uma seria mais abrangente do que a outra. Entretanto, tem-se que na prática referidas palavras são sinônimas com o mesmo alcance e finalidade (PANCOTTI; PAULA JUNIOR; SERAU JUNIOR, 2020, p. 130).

3 CONSEQUÊNCIAS DO AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA NO CONTRATO DE TRABALHO

A incapacidade do empregado para o trabalho, por motivo de doença ou acidente, traz consequências ao contrato de trabalho, uma vez que ele deixa de prestar serviço ao empregador pelo tempo que permanecer incapacitado.

Neste caso, ocorre a interrupção ou suspensão do contrato de trabalho, a depender do período em que o empregado permanecer incapacitado. As hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de trabalho são exceções ao princípio da continuidade da relação de emprego. Segundo Resende (2020, p. 32)

[...] o ser humano precisa, em regra, do trabalho para sobreviver, isto é, na medida em que a pessoa precisa continuamente de trabalho para fins alimentares, é natural que, ao colocar sua energia de trabalho à disposição do empregador, o faça com ânimo de continuidade [...].

Conforme ensina Leite (2020, p. 550), não é o contrato de trabalho, em verdade, que é suspenso ou interrompido, mas seus efeitos, de modo que o contrato de trabalho permanece vigente, mas alguns de seus efeitos são suspensos ou interrompidos temporariamente.

A diferença básica entre suspensão e interrupção é que nesta, embora o empregado deixe de prestar serviço, permanece a obrigação do empregador de pagar salário, ao passo que naquela não há prestação de serviço por parte do empregado, nem pagamento de salários por parte do empregador (RESENDE, 2020, p. 693-694)

Dentre as hipóteses legais de suspensão e interrupção do contrato de trabalho, interessa-nos a interrupção do contrato de trabalho durante os primeiros 15 dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente e a suspensão do contrato de trabalho a partir do 16º dia de afastamento por motivo de doença ou acidente, hipótese em que o empregado é encaminhado à Previdência Social para pleitear a concessão de auxílio por incapacidade temporária.

A interrupção durante os primeiros 15 dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente está prevista no art. 60, §3º, da Lei n. 8.213/1991 (BRASIL, 1991), impondo à empresa a responsabilidade

pelo pagamento de salários do empregado durante os primeiros 15 dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente. Neste caso, o empregado permanece recebendo o salário, embora não preste serviço ao empregador.

Ressalta-se que a empresa fica desobrigada do pagamento de salários durante os primeiros 15 dias na hipótese de o empregado ter sido encaminhado à Previdência Social e afastar-se novamente pelo mesmo motivo que ensejou o afastamento anterior, dentro de 60 dias, contados da cessação do benefício anterior. (BRASIL, 1999). Se o empregado se afastou das atividades durante 15 dias, tendo retornado ao trabalho no 16º dia e afastar-se novamente pelo mesmo motivo que ensejou o afastamento anterior, será encaminhado diretamente à Previdência Social, desobrigando o empregador de pagar os primeiros 15 dias do novo afastamento (BRASIL, 1999). Por fim, se o afastamento seja inferior a 15 dias e o empregado afastar-se novamente durante os próximos 60 dias pelo mesmo motivo que ensejou o afastamento anterior, o empregado será encaminhado à Previdência Social quando a soma dos afastamentos pelo mesmo motivo no período de 60 dias ultrapassar 15 dias (BRASIL, 1999).

A suspensão a partir do 16º dia de afastamento por motivo de doença ou acidente, por sua vez, ocorre quando o empregado está desobrigado de prestar serviço ao empregador e este fica desincumbido do pagamento de salários àquele, estando prevista no art. 476, da CLT (BRASIL, 1943) que dispõe que o empregado é considerado em licença não remunerada enquanto estiver em gozo do benefício previdenciário.

Em que pese o empregador fique desobrigado de efetuar o pagamento de salários, alguns efeitos subsistem, como:

- a) O cômputo de período de afastamento para recebimento de auxílio por incapacidade temporária, contínuo ou descontínuo, por até

seis meses, para fins de aquisição de férias, conforme art. 133, IV, da CLT (BRASIL, 1943); e

- b) Em caso de acidente, o benefício previdenciário terá espécie 91, hipótese em que subsiste ao empregador a responsabilidade de recolher o FGTS, nos termos do art. 15, §5º, da Lei n. 8.036/90 (BRASIL, 1990), além de o período de afastamento ser contabilizado para fins de indenização e estabilidade, segundo o art. 4, §1º, da CLT (BRASIL, 1943).

Realizado um panorama geral acerca do benefício por incapacidade temporária, do papel dos profissionais da medicina envolvidos e das hipóteses de interrupção e suspensão do contrato de trabalho, passa-se à análise do limbo jurídico previdenciário-trabalhista.

4 LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA

Inicialmente, importante registrar que há diversas situações na legislação previdenciária de limbo previdenciário envolvendo as categorias de segurados da Previdência Social, quais sejam, empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, segurado especial e segurado facultativo. São situações em que os trabalhadores necessitarão da Previdência Social, mas ficarão desamparados por diversos motivos, mas principalmente envolvendo a inexistência de filiação ao RGPS, a perda da qualidade de segurado e a falta de carência. Tais situações são tratadas por Pancotti, Paula Junior e Serau Junior (2020) apenas como "limbos previdenciários".

Por outro lado, "limbo jurídico previdenciário-trabalhista" refere-se especificamente à situação de divergência entre empresa e INSS acerca da capacidade laboral do trabalhador, o qual deixa de receber benefício previdenciário, tampouco recebe os salários por parte do empregador.

“Limbo”, em sentido figurado, significa “estado do que se encontra esquecido, negligenciado ou indefinido; condição de dúvida, indecisão, incerteza” (LIMBO, 2021). É exatamente o que ocorre com o empregado em situação de limbo previdenciário-trabalhista: é negligenciado tanto pela empresa, quanto pelo órgão previdenciário.

A situação de limbo envolvendo empregado e auxílio por incapacidade temporária pode decorrer das seguintes situações (MENDANHA, 2020, p. 15-16):

- a) quando o empregado encontra-se doente, necessitando de auxílio por incapacidade temporária previdenciário (espécie 31), mas lhe falta carência mínima de 12 contribuições. Neste caso, ainda que a perícia médica lhe tenha sido favorável, o benefício será indeferido administrativamente, sendo que o empregado receberá os primeiros 15 dias de afastamento por parte da empresa e ficará sem recebimento de salários ou benefício a partir do 16º dia até a recuperação de sua capacidade para o trabalho. Esta situação não ocorre em casos de acidente, pois, como já mencionado, o auxílio por incapacidade temporária acidentário (espécie 91) independe de carência;
- b) quando o empregado deixa de efetuar o requerimento de benefício por incapacidade temporária junto ao INSS no prazo de 30 dias da data do afastamento. Neste caso, o empregado deixa de receber, tanto da empresa, quanto do INSS, o período compreendido entre o 16º dia de afastamento e data de entrada do requerimento efetuado após 30 dias da data do afastamento. Esta situação de limbo ocorre por culpa do próprio empregado, constituindo uma situação do brocardo “o direito não socorre aos que dormem”; e
- c) quando o Médico do Trabalho ou Médico Assistente fornece atestado de inaptidão ao empregado, mas o Perito Médico Federal,

analisando a mesma situação, o considera capaz para o retorno ao trabalho. Diante da negativa de benefício por parte do INSS, o empregado retorna à empresa, mas é impedido de reassumir suas atividades laborais pelo empregador, considerando o atestado do Médico do Trabalho ou do Médico Assistente.

No presente artigo, analisar-se-á somente a situação de limbo jurídico previdenciário-trabalhista, mas é preciso tecer mais alguns comentários. Para a caracterização desta situação de limbo previdenciário-trabalhista, é preciso que o empregado seja negligenciado tanto pela empresa, quanto pelo órgão previdenciário. Significa dizer que não configura limbo previdenciário-trabalhista quando o Perito Médico Federal nega ou cessa benefício previdenciário ao empregado e este, por sua livre e espontânea vontade, não retorna ao trabalho. Neste caso, veja-se que não houve desamparo por parte da empresa, pois o empregado não buscou retornar, de modo que poderá configurar justa causa por abandono de emprego, se o empregado não retornar ao trabalho após 30 (trinta) dias da cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer, conforme Súmula n. 32 do TST (BRASIL, 1970), *in verbis*: "Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer."

Portanto, para caracterização do limbo previdenciário-trabalhista, é preciso que o empregado, ciente da decisão da autarquia previdenciária de negar-lhe ou cessar-lhe o benefício, tente retornar ao trabalho, por se considerar capaz para o retorno ou simplesmente porque não pretende recorrer da decisão da autarquia previdenciária, e é impedido pelo empregador de retornar ao posto de trabalho, sob o argumento de que o Médico do Trabalho ou Médico Assistente o consideram inapto, conforme atestado médico.

4.1 POR QUE OCORRE O LIMBO PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA?

O limbo previdenciário-trabalhista ocorre porque há uma divergência entre o Médico do Trabalho (ou Médico Assistente), que emite atestado médico, no qual se aponta uma estimativa de dias de repouso necessário, e o Perito Médico Federal, que, em posse do atestado emitido por àqueles e demais documentos médicos apresentados pelo empregado (laudos, exames etc.), conclui que o empregado não se encontra incapacitado ou não necessita de tantos dias de afastamento como sugerido pelo Médico do Trabalho (ou Médico Assistente).

A empresa, diante da divergência, impede o retorno do empregado, sobretudo em virtude do temor de que este sofra um acidente de trabalho no ambiente de trabalho, acarretando à empresa agravamento do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), o que implica no aumento da contribuição à seguridade social (PANCOTTI; PAULA JUNIOR; SERAU JUNIOR, 2020, p. 106).

Surge, então, um argumento de que para o fim dessa situação de limbo bastaria extinguir a carreira de Perito Médico Federal, obrigando a autarquia previdenciária a conceder o auxílio por incapacidade temporária pelo período sugerido pelo atestado médico para toda e qualquer situação. Tal entendimento, entretanto, é simplista e ocasionaria um prejuízo enorme não somente ao sistema público securitário, mas também às empresas, face a abundância dos chamados "atestados médicos graciosos" que fornecem ao trabalhador tempo de afastamento muito maior do que o efetivamente necessário para a sua recuperação (MENDANHA, 2020, p. 203). Sobre o tema, Mendanha (2020, p. 203) enfatiza que:

Em tempos de abundantes "atestados médicos graciosos", já imaginaram se todos os atestados médicos emitidos tivessem a obrigatoriedade de ser acatados pelas empresas e/ou pelo INSS? Temeroso. Daí

a importância da nobre função pericial dos profissionais dos serviços médicos envolvidos.

Embora os profissionais envolvidos tenham em comum a formação em medicina, a análise da capacidade laboral exige conhecimentos específicos de outras áreas, de modo que o Médico do Trabalho e o Médico Assistente não necessitam conhecer a legislação previdenciária quando da emissão de seus respectivos atestados, o que não ocorre com o Perito Médico Federal, que deve conhecê-la e aplicá-la (LENZ, 2018, p. 326).

Outro fator que ocasiona divergência é a análise sócio-profissional, à qual o Perito Médico Federal deve observar na análise da capacidade laboral. Sobre o assunto, Medeiros (2020) enfatiza que:

Dependendo da idade do paciente, de sua profissão, escolaridade e outras características sócio-profissionais, o perito médico poderá chegar a conclusões legais absolutamente distintas para a mesma situação clínica. Uma mesma doença dependendo do contexto sócio-profissional pode permitir o trabalho normal, pode exigir reabilitação profissional ou pode levar à aposentadoria por invalidez.

Exemplificando: imagine-se que em uma empresa, o empregado "A", de 55 anos, exerce o cargo de ajudante de carga e descarga (CBO – 7832-15), que demanda o carregamento diário de caixas acima do nível do ombro, e "B", de 40 anos, exerce o cargo de supervisor de carga e descarga (CBO – 3423-15), que não lhe demanda esforço físico. Ambos foram diagnosticados com tendinite bicipital (CID10 – M75.2), razão pela qual lhes foram entregues atestado médico contendo o tempo estimado de repouso, sendo que ambos agendaram perícia médica no INSS. Diante dessa situação hipotética, o Perito Médico Federal considerará "A" incapaz para o trabalho e "B" capaz para o trabalho, tendo em vista o contexto sócio-profissional de ambos.

Assim, a problemática não reside na análise realizada pelo Perito Médico Federal. Não se está a dizer que estes profissionais não cometem equívocos com decisões que culminam no indeferimento indevido ou na cessação indevida. Mas, nestes casos, deverão fundamentar suas decisões, que poderão ser reanalisadas em sede de recurso administrativo ou na via judicial. Ademais, da mesma forma que o Perito Médico Federal está sujeito a cometer erros, o Médico do Trabalho e o Médico Assistente também são passíveis de cometerem equívocos. Para que não persistam questionamentos, Mendanha (2020, p. 29) arremata ao expor que “embora isso não seja objeto de notícia na grande mídia, a maioria dos benefícios previdenciários pleiteados pelos segurados são deferidos pela Perícia Médica Previdenciária”.

Mas o limbo não reside apenas na divergência entre os médicos envolvidos. Aliás, a divergência é natural, tendo em vista que a questão não se resolve no campo das ciências exatas. O silêncio da legislação sobre o tema é o principal motivo que ocasiona uma resistência infundada por parte do empregador, gerando o limbo previdenciário-trabalhista.

Vale lembrar que a legislação determina que os primeiros 15 dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente competem ao empregador a responsabilidade pelo pagamento de salários, conforme art. 60, §3º, da Lei n. 8.213/1991 (BRASIL, 1991), tratando-se de hipótese de interrupção dos efeitos do contrato de trabalho. A partir do 16º dia de afastamento, compete ao INSS a concessão do auxílio por incapacidade temporária, desde que preenchido os requisitos legais, tratando-se de hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho, nos termos do art. 476, da CLT (BRASIL, 1943). Mas o que diz a legislação acerca dos efeitos do contrato de trabalho quando há indeferimento ou cessação do benefício por incapacidade temporária em razão de o Perito Médico Federal ter considerado o empregado capaz para o retorno ao trabalho? Não há legislação expressa, suficientemente clara, que obrigue o empregador a efetuar o pagamento de

salários ao empregado que teve seu benefício indeferido ou cessado pela autarquia previdenciária, mas que possui atestado médico que ainda o considera inapto para o retorno ao trabalho.

O empregador, diante do silêncio da lei, ignora o fato de que a decisão acerca da capacidade laborativa compete exclusivamente ao Perito Médico Federal. E ignora principalmente quando está em posse de um Atestado de Saúde Ocupacional (ASO), emitido pelo Médico do Trabalho na realização de exame obrigatório de retorno ao trabalho do empregado que se afasta por mais de 30 dias, no qual consta que o empregado permanece inapto ao trabalho. Neste caso, é comum que o empregador determine ao empregado que retorne ao INSS e agende nova perícia. Nesta nova perícia, o benefício é negado novamente e o empregado retorna à empresa onde é mais uma vez barrado sob a alegação de que “o problema é com o INSS, resolva lá”. E assim o empregado é encaminhado para lá e para cá, sem estar recebendo salários ou benefício previdenciário.

4.2 (IR) RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PERANTE O LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA

O empregador se vale da máxima prevista no art. 5º, II, da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Assim, diante do silêncio ensurdecido da legislação, que não dispõe de dispositivo expresso a respeito dos efeitos no contrato de trabalho quando ocorre indeferimento ou cessação de benefício previdenciário, impede o retorno ao trabalho de empregado que teve benefício indeferido ou cessado pela autarquia previdenciária, deixando-o no limbo previdenciário-trabalhista.

No entanto, em que pese a ausência de lei expressa, o entendimento da doutrina e jurisprudência majoritárias é no sentido de que cessado o benefício previdenciário, cessa-se a suspensão dos efeitos do contrato de

trabalho, uma vez que não mais subsiste a causa que ensejou sua suspensão, de modo que, cessado ou indeferido o benefício, o empregado passa a estar à disposição do empregador, conforme art. 4º, da CLT (BRASIL, 1943).

Nesse sentido, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 6ª Região (BRASIL, 2018a), em julgamento de Recurso Ordinário, já decidiu que com a alta previdenciária, imediatamente cessa-se a suspensão do contrato de trabalho, retomando-se as obrigações para ambas as partes, razão pela qual é do empregador a responsabilidade pelo pagamento de salários, inclusive danos morais, na hipótese de ter impedido o retorno do empregado ao trabalho, no período entre a alta previdenciária e o retorno às atividades.

No caso, o Tribunal manteve decisão do Juízo de primeiro grau da 10ª Vara do Trabalho de Recife que condenou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a pagar os salários da reclamante no período compreendido entre a alta previdenciária, em 10/08/2014, e a sua readaptação profissional, em 13/01/2016, em razão de ter impedido o retorno da empregada após a cessação de benefício previdenciário, sob o argumento de que se encontrava inapta após exame de saúde ocupacional a que foi submetida pela empresa, conforme ASO anexado aos autos. Além disso, o Tribunal manteve o pedido de danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a reclamante, em razão de a empresa ter indevidamente impedido o retorno da reclamante ao exercício de sua profissão, não lhe pagando os salários, comprometendo a sua subsistência e de sua família.

Corroborando com a possibilidade de danos morais, decidiu o TRT da 3ª Região que a recusa injustificada do empregador, impedindo o retorno do empregado ao trabalho fere o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta Magna), além de afrontar o primado do valor social do trabalho (art. 1º, IV, da Carta Magna), razão pela qual a recusa é arbitrária, antiética e contrária aos ditames sociais, cabendo ao empregado indenização pelos danos morais sofridos (BRASIL, 2008).

O entendimento jurisprudencial majoritário acerca do limbo previdenciário-trabalhista decorre da interpretação dos dispositivos legais. Veja-se, o art. 476, da CLT (BRASIL, 1943) considera o empregado em licença não remunerada enquanto estiver em gozo de benefício decorrente de enfermidade (suspensão do contrato de trabalho). *A contrario sensu*, o empregado que não está em gozo de benefício, não está em licença não remunerada, logo, não há suspensão do contrato de trabalho, estando o empregado à disposição do empregador (art. 4º, CLT), subsistindo a este a responsabilidade pelo pagamento de salários. Ademais, ainda que houvesse dúvida quanto à interpretação de referido dispositivo legal, o princípio do *in dubio pro operario* deixa claro que deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao empregado (RESENDE, 2020, p. 29).

Em que pese o entendimento seja decorrente de interpretação dos dispositivos legais, o silêncio da lei ocasiona discussões acerca do tema, de modo que as empresas permanecem impedindo o retorno do empregado ao trabalho, sob o argumento de que documento médico o considera incapaz, ainda que o Perito Médico Federal tenha decidido pela capacidade ao trabalho, abarrotando o judiciário de ações acerca do limbo previdenciário-trabalhista, nas quais o empregador tem sido maciçamente derrotado, sendo obrigado a pagar os salários no período em que deixou de efetuar-lo, após a alta ou indeferimento de benefício previdenciário, além de incorrer, muitas vezes, em indenização por danos morais ao empregado, em virtude de largar este à própria sorte, sem nenhuma fonte de renda que lhe garanta a própria subsistência ou de sua família, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, há casos em que o empregado se encontra de fato incapacitado para retornar ao exercício das funções que anteriormente exercia, mas ainda assim obteve alta previdenciária. Nesse caso, deve o empregador proporcionar ao empregado a readaptação de função dentro da empresa, em local em que o empregado possa exercer a atividade de

modo a não prejudicar sua saúde; se a readaptação não for possível, poderá dispensar o empregado do comparecimento à empresa, deixando-a à sua disposição, mas deverá pagar-lhe os salários.

Nesse sentido, já decidiu o TRT da 1ª Região que cabe ao empregador o ônus de sua atividade econômica, de modo que, não sendo possível o retorno do empregado à função ou sua readaptação, deverá o empregador arcar com o pagamento de salários durante o afastamento enquanto buscase a reversão do resultado negativo junto ao órgão previdenciário, não lhe cabendo imputar ao empregado hipossuficiente o fardo de ter que, sozinho, arcar com a negativa do benefício previdenciário, deixando-o no limbo previdenciário (BRASIL, 2018b).

Segundo Mendanha (2020, p. 136), na hipótese de a empresa optar por deixar o empregado à disposição, pagando-lhe o salário para não deixá-lo no limbo, poderá ela própria recorrer da alta ou indeferimento previdenciário, visando a concessão do benefício ao empregado, bem como buscar judicialmente, na Justiça Federal, o reembolso dos salários pagos durante a incapacidade do empregado, os quais deveriam ser de responsabilidade da previdência social, hipótese em que o reembolso poderá ser efetuado mediante compensação quando do pagamento de contribuições sociais à previdência social incidente sobre a folha de salários, tal como ocorre com o salário-maternidade pago às empregadas diretamente pelas empresas.

Embora a jurisprudência majoritária seja pela responsabilização do empregador, importante destacar que referido entendimento não é pacífico. Em sentido contrário, já decidiu o TRT da 2ª Região (BRASIL, 2015):

[...] não há impedimento legal para que as empresas, diante dos documentos que atestam a inaptidão do obreiro, como o laudo do médico do trabalho, obtem seu retorno ao trabalho enquanto durar o procedimento administrativo de recursos perante a Previdência Social, também não há obrigatoriedade de remunerar mencionado período, já que, esse período em que o

empregado permanece afastado pedindo reconsideração do pedido de auxílio-doença deve ser considerado como de suspensão do contrato de trabalho.

No mesmo sentido, Pardo (2018, p. 97) reconhece o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência, mas entende que a melhor solução para o limbo previdenciário-trabalhista seria transferir a responsabilização pelo limbo ao INSS, uma vez que a este caberia manter o auxílio por incapacidade temporária até a completa recuperação do empregado, ou seja, até que não haja mais divergência de sua capacidade para o retorno ao trabalho.

4.3 PROJETO DE LEI N. 6.526/2019

O Projeto de Lei n. 6.526/2019 (BRASIL, 2019c) visa impor expressamente ao empregador a responsabilidade pelo pagamento de salários ao empregado após a cessação ou indeferimento de benefício previdenciário, ainda que o Médico do Trabalho o considere inapto para o retorno ao trabalho, salvo nos casos em que o empregado se recusa, deliberada e injustificadamente, a assumir a função anteriormente exercida ou aquela para a qual tenha sido readaptado. Assim dispõe o preâmbulo do referido projeto de lei (BRASIL, 2019c):

Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para dispor sobre a responsabilidade do empregador pelo pagamento de salários após a cessação ou o indeferimento do benefício previdenciário a seu empregado e estabelecer a competência da Justiça do Trabalho para as ações que objetivem o esclarecimento da questão relativa à aptidão ou à inaptidão para o trabalho e a condenação ao pagamento do salário ou do benefício previdenciário, na hipótese de divergência entre a conclusão da perícia médica do Instituto Nacional

do Seguro Social (INSS) e o exame médico realizado por conta do empregador.

Vê-se que além de prever expressamente a responsabilidade do empregador, busca-se ainda transferir à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as lides que versam sobre o limbo previdenciário-trabalhista, que poderá ser proposta tanto pelo empregado quanto pelo empregador, visando pacificar a divergência acerca da capacidade laboral do empregado. A transferência de competência para a Justiça do Trabalho traz maior celeridade processual, inclusive com possibilidade de tutela provisória e maior segurança jurídica às partes, uma vez que atualmente existem dois caminhos distintos ao empregado: propor ação em face do INSS na Justiça Federal visando a concessão do benefício previdenciário e/ou propor na Justiça do Trabalho, em face do empregador, objetivando o pagamento de salários, situação que poderá ocasionar decisões contraditórias, uma vez que cada demanda terá sua própria perícia médica (BRASIL, 2019c).

No entanto, esclareça-se: com a aprovação do Projeto de Lei n. 6.526/2019, não será mais necessário sentença judicial para que o empregador seja responsabilizado pelo pagamento de salários ao empregado após a cessação ou indeferimento do auxílio por incapacidade temporária, pois o projeto visa a inserção de parágrafo único ao art. 476 da CLT, determinando que após a cessação ou indeferimento do benefício previdenciário, havendo recusa do empregador em permitir o retorno do empregado ao posto de trabalho, fica ele automaticamente obrigado a pagar-lhe os salários.

O projeto de lei também traz maior segurança à empresa, uma vez que ela poderá propor ação, na Justiça do Trabalho, em face do INSS e do empregado objetivando que o judiciário declare o empregado incapaz para o trabalho e, conseqüentemente, determine ao INSS a implantação de benefício previdenciário. Além disso, o projeto de lei prevê expressamente que o empregador poderá compensar os salários que eventualmente tenha

pago ao empregado considerado incapaz, mas que esteve a sua disposição após a cessação ou indeferimento do benefício (BRASIL, 2019c).

O Projeto de Lei n. 6.526/2019 atualmente encontra-se em tramitação na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados e teve a manifestação pela aprovação do relator sem modificações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do atual cenário de limbo previdenciário-trabalhista, vê-se a fragilidade e importância do assunto diante do imensurável transtorno causado ao empregado que, inesperadamente, fica sem qualquer fonte de renda para prover a sua subsistência e de sua família.

A jurisprudência majoritária tem se posicionado em prol do empregado, condenando as empresas que impedem o retorno ao trabalho ao pagamento de salários no período que deixou de fazê-lo, acrescido de eventual dano moral pela violação aos princípios do valor social do trabalho e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Tal entendimento decorre, em verdade, de interpretação lógica dos dispositivos legais, pois o empregado que não está em gozo de auxílio por incapacidade temporária não possui os efeitos do contrato de trabalho suspensos e, portanto, encontra-se à disposição do empregador, conforme leitura dos arts. 476 e 4º, ambos da CLT. Desse modo, deve o empregador abster-se de impedir o retorno do empregado ao trabalho, quando do indeferimento ou cessação de benefício previdenciário, com fundamento em atestado de Médico do Trabalho ou Médico Assistente, em observância à hierarquia dos atestados médicos, sob pena de ser obrigado a pagar o período em que deixou de efetuar o pagamento de salários, além de indenização por danos morais por ferir a dignidade da pessoa humana,

deixando o trabalhador à própria sorte, sem renda para sua subsistência e de sua família.

A aprovação do Projeto de Lei n. 6.526/2019, por sua vez, é um importante passo na proteção do empregado, pois visa inovar no ordenamento jurídico para prever expressamente a responsabilidade do empregador pelo limbo previdenciário-trabalhista, além de inovar na ordem processual buscando dar maior celeridade às demandas, concentrando-as na Justiça do Trabalho. Além disso, traz maior segurança jurídica às empresas ao prever a possibilidade de reembolso por parte da empresa quando constatado que o empregado, de fato, encontrava-se incapacitado no momento da cessação ou indeferimento do benefício previdenciário e que, portanto, houve uma cessação ou indeferimento indevido pelo INSS.

No entanto, no atual texto do projeto não há previsão expressa de dano moral ao empregado, o que poderia ser previsto, enquadrando a situação de limbo previdenciário-trabalhista no disposto no art. 223-B da CLT. Ademais, o projeto poderia dar um passo rumo à desburocratização, prevendo a criação de um acordo de cooperação técnica entre empresas e INSS, com o intuito de viabilizar o diálogo entre os profissionais médicos envolvidos, pois às vezes o limbo pode decorrer de uma simples falta de comunicação entre as partes (no caso, Médico do Trabalho e Perito Médico Federal). Com isso, busca-se dar maior efetividade na resolução de divergências que envolvam a incapacidade laboral do trabalhador, evitando-se a via judicial.

O limbo jurídico previdenciário-trabalhista é, em verdade, apenas uma das hipóteses de limbos previdenciários existentes na legislação, as quais, em maior ou menor grau, prejudicam o trabalhador brasileiro, o que evidencia a necessidade de um olhar especial de toda a comunidade jurídica para essas situações corriqueiras da vida laboral, as quais, muitas vezes, acabam sequer sendo levadas à apreciação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 maio 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Emenda constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 nov. 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 605, de 05 de janeiro de 1949. Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jan. 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0605.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 maio 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0605.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 11.907, de 02 de fevereiro de 2009. [...] dispõe sobre a estruturação da Carreira de Perito Médico Previdenciário, no âmbito do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, do Plano de Carreiras e Cargos do Instituto Evandro Chagas e do Centro Nacional de Primatas e do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 fev. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11907.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.846, de 18 de junho de 2019. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jun. 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 14.131, de 30 de março de 2021. Dispõe sobre o acréscimo de 5% (cinco por cento) ao percentual máximo para a contratação de operações de crédito com desconto automático em folha de pagamento até 31 de dezembro de 2021; e altera a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 mar. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14131.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Portaria n. 6.734, de 09 de março de 2020. Aprova a nova redação da Norma Regulamentadora n. 07 - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-6.734-de-9-de-marco-de-2020-247886194>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Projeto de lei n. 6.526, de 17 de dezembro de 2019. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para dispor sobre a responsabilidade do empregador pelo pagamento de salários após a cessação ou o indeferimento do benefício previdenciário a seu empregado e estabelecer a competência da Justiça do Trabalho para as ações que objetivem o esclarecimento da questão relativa à aptidão ou à inaptidão para o trabalho e a condenação ao pagamento do salário ou do benefício previdenciário, na hipótese de divergência entre a conclusão da perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o exame médico realizado por conta do empregador. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 dez. 2019c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2234661>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 15. **A justificação da ausência do empregado motivada por doença, para a percepção do salário-enfermidade e da remuneração do repouso semanal, deve observar a ordem preferencial dos atestados médicos estabelecida em lei.** Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, 21 ago. 1969. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63002/LivroInternet+%281%29.pdf/f24990a5-a0b3-f2b3-131a-504c08dace3f?t=1591316052743>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 32. **Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer.** Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, 27 nov. 1970. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63002/LivroInternet+%281%29.pdf/f24990a5-a0b3-f2b3-131a-504c08dace-3f?t=1591316052743>. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (4. Turma). Recurso ordinário n. 0000627-59.2015.5.06.0010. Recurso ordinário. Término do benefício previdenciário. Recusa do empregador em aceitar o retorno do empregado. Limbo jurídico. Pagamento de salários. Pleito devido. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Alcione da Silva Alves. Relatora: Desembargadora Nise Pedrosa Lins de Souza. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 3 ago. 2018a. Disponível em: <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611625509/recurso-ordinario-ro-6275920155060010/inteiro-teor-611625527>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região (7. Turma). **Recurso ordinário n. 0101875-18.2016.5.01.0222**. Alta previdenciária x atestado emitido por médico do trabalho. Limbo jurídico previdenciário. Recorrente: Wilson Miranda da Silva. Recorrido: Libercon Engenharia LTDA. Relatora: Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 1 dez. 2018b. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/654004556/recurso-ordinario-ro-1018751820165010222-rj/inteiro-teor-654004813>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (12. Turma). Recurso ordinário n. 00399-2008-068-03-00-2. Dano moral – recusa injustificada no retorno do empregado ao trabalho. Recorrente: Laticínios Damatta Indústria e Comércio LTDA. Recorrido: Marcelino Stoque. Relator: Desembargador Jorge Berg de Mendonça. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 set. 2008. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129546662/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1676708-00399-2008-068-03-00-2/inteiro-teor-129546672>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região (18. Turma). **Recurso ordinário n. 0001364-07.2013.5.02.0087**. Auxílio-doença – alta do inss – empregada considerada inapta pelo médico da empresa – impossibilidade de imposição de pagamento de salários ao empregador. Recorrente: Dalva Gomes da Silva. Recorrido: Ardessore & Ruzi Cabeleireiros LTDA. Relatora: Desembargadora Maria Cristina Fisch. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 fev. 2015. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202301544/recurso-ordinario-ro-13640720135020087-sp-00013640720135020087-a28/inteiro-teor-202301558>. Acesso em: 16 set. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.658, de 13 de dezembro de 2002. **Normatiza a emissão de atestados médicos e dá outras providências**. Brasília, DF, 20 dez. 2002. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/AC/2009/6_2009.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Benefícios por incapacidade laboral**. In: CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 633-684. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530988715/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover\]/4/2/2\[626fcf2a-f294-4001-9177-1d7a860e0000\]4051:2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530988715/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover]/4/2/2[626fcf2a-f294-4001-9177-1d7a860e0000]4051:2). Acesso em: 15 nov. 2020.

GOES, Hugo. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990800/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Manual técnico de perícia médica previdenciária**. Brasília, DF: INSS, 2018. Disponível em: <https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Prestações do rgps**. In: LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. Manual de direito previdenciário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 262-429. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602117/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Suspensão e interrupção do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 550-555. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610419/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 4 abr. 2021.

LENZ, Alberto Alves Cabral. **Limbo trabalhista: o sinistro laboral entre o SESMT, INSS e a Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

LIMBO. In: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/limbo/>. Acesso em: 24 maio 2021.

MEDEIROS, Ricardo Augusto Barbosa. **A importância do atestado médico para o INSS**. Cremego. [Goiás], 2020. Disponível em: http://www.cremego.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25657:a-importancia-do-atestado-medico-para-o-inss&catid=46:publicacoes&Itemid=490. Acesso em: 31 mar. 2021.

MENDANHA, Marcos. **Limbo previdenciário trabalhista: causas, consequências e soluções à luz da jurisprudência comentada**. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

PANCOTTI, Heloísa Helena Silva; PAULA JUNIOR, Elio Martins de; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Previdência Social: limbo trabalhista-previdenciário e outros casos da prática previdenciária**. Curitiba: Juruá, 2020.

PARDO, Fabiano de Oliveira. **Limbo jurídico previdenciário-trabalhista no auxílio-doença: responsabilidade do empregador e INSS**. São Paulo: LTr, 2018.

REQUISITO. *In*: **DICIO**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/requisito/>. Acesso em: 4 ago. 2021.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 692-724. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989552/first>. Acesso em: 4 abr. 2021.

O TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO PELA PRF: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RECENTES DELIBERAÇÕES DOS PODERES EXECUTIVO E JUDICIÁRIO

João Vitor Rusky Miguelão¹

Fabiane Christófoli²

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar sistematicamente a constitucionalidade da lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) pela Polícia Rodoviária Federal, buscando discutir em especial, as decisões emanadas pelo Poder Executivo, as quais atribuem à PRF tal competência, bem como compará-la com as decisões do Poder Judiciário, que, ao decorrer dos anos, mudou seu entendimento quanto à possibilidade da lavratura do TCO pelas Polícias Administrativas. No ano de 2017, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é de que há possibilidade de a Polícia Rodoviária Federal lavar o TCO. Inobstante, o Poder Executivo, por meio do Decreto n. 9.662/19, atribui à PRF a competência de lavratura de TCO. Entretanto, ainda é recorrente a discussão acerca do assunto, com ações pendendo julgamento no Supremo Tribunal Federal. O tema tratado representa manifesta importância para o mundo jurídico, haja vista que comumente o entendimento é alterado pelos Tribunais, refletindo em insegurança na realidade fática. Para atingir a análise objetivada, utiliza-se do método dialético, comparando as decisões do Poder Judiciário e Executivo, em consonância com a legislação brasileira, no intuito de chegar a uma conclusão em decorrência das diversas opiniões distintas. Da análise, depara-se com um cenário de inconstitucionalidade frente à invasão de competência pelos poderes Executivo e Judiciário no momento de interpretação da legislação brasileira. Portanto, esta pesquisa

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); joao_rusky@hotmail.com

² Professora Orientadora; Pós-graduada em Direito Constitucional e Administrativo e Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil; fabiane.christofoli@unoesc.edu.br.

permitiu concluir que a Polícia Rodoviária Federal age em desacordo com suas atribuições constitucionais, pois a lei n. 9.099/95, interpretada à luz da Constituição Federal, é fiel ao expressar que a competência para lavratura do Termo Circunstanciado é da Polícia Judiciária.

Palavras-chave: Termo Circunstanciado de Ocorrência. Lei n. 9.099/95. Polícia Rodoviária Federal. Autoridade Policial. Competência. Decreto n. 1.665. ADI 3.614. Reclamação Constitucional 6.612. RE 702617. RE 1.050.631. ADI 4.447. ADI 537. Decreto n. 9.662/19.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a possibilidade da lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) pela Polícia Rodoviária Federal (PRF), diante das recorrentes e recentes decisões emanadas pelos Poderes Judiciário e Executivo, a fim de discutir a possível extensão dessa competência para a polícia administrativa.

Nessa órbita, delimita-se especialmente sobre a competência da PRF na lavratura do procedimento em seu dia a dia, com base nos dados descritos na Lei n. 9.099/95, isto é, para aquelas ocasiões que se deparem com situações de crimes de menor potencial ofensivo, o que é comum na atividade dos agentes.

Surge assim o questionamento acerca da constitucionalidade da lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência pela Polícia Rodoviária Federal, ensejando diversas discussões no mundo jurídico e instaurações de procedimentos policiais em desfavor de agentes rodoviários federais pelo crime de Usurpação de Função Pública, previsto no artigo 328 do Código Penal, em face de suposta sobreposição de competências.

Não obstante, além dos próprios procedimentos instaurados pelas Autoridades Policiais contra agentes de segurança pública, em especial da Polícia Administrativa, indicando que a instauração de Termo Circunstanciado de Ocorrência seria ilícita, haja vista que ultrapassa o limite

de sua competência e invade função que não lhe é atribuída, há também um efeito prático por conta da discussão sobre o assunto: torna-se ineficaz o registro do Termo Circunstanciado, vez que não produzirá os efeitos almejados com o advento da Lei n. 9.099/95, pois no âmbito jurídico a pessoa que está sendo submetida ao procedimento, isto é, a que cometeu um crime de menor potencial ofensivo e teve o TCO lavrado pela Polícia Rodoviária Federal, aproveitará a falta de decisão estatal e buscará desvencilhar-se do processo, com base na argumentação da incompetência material por parte da PRF.

Desse modo, surge a discussão acerca do assunto, que gera problemas de ordem prática no dia a dia dos órgãos de segurança pública, bem como ao próprio poder estatal para realizar a repressão ao cometimento de crimes. Portanto, a questão sobre a constitucionalidade do Termo Circunstanciado de Ocorrência, especialmente pela Polícia Rodoviária Federal, surge como importante ponto de interrogação.

Nos dias atuais, a discussão acerca do tema ainda é recorrente, uma vez que por mais que haja decreto presidencial compreendendo que a Polícia Rodoviária Federal tem competência para lavar Termo Circunstanciado de ocorrência, existem ações judiciais instauradas para alegar a incompetência da PRF e entender que o decreto presidencial atribuindo a este órgão a função de lavratura de TCO é inconstitucional. Assim, a discussão ainda permanece e gera controvérsias no mundo jurídico.

Nesse sentido, o estudo a respeito de aspectos técnicos das decisões e compreensão sobre a efetiva competência da PRF, equiparando-as ao seu efeito prático no cotidiano do brasileiro, é de grande contribuição para que uma tese possa ser estabelecida sobre a resolução do conflito no mundo jurídico, a fim de preservar a atuação dos órgãos de segurança pública, uma vez que existem pontos obscuros que são presentes em discussões e não permitem a sustentação de teses concretas.

Ainda, tal estudo é de grande relevância para a repressão dos crimes com base na Lei n. 9.099/95, tendo em vista que criminosos podem se beneficiar da obscuridade jurídica e evitar que o poder do estado seja efetivamente aplicado na repressão de crimes de menor potencial ofensivo.

Denota-se, portanto, que o presente trabalho busca descrever as decisões emanadas pelo Poder Público em relação às atribuições da PRF, compreendendo sua importância para as atividades rotineiras desempenhadas por Agentes da Polícia Rodoviária Federal no combate aos crimes de menor potencial ofensivo e, indiretamente, nas situações decorrentes.

Ainda, visa conhecer a melhor solução jurídica para a discussão conflituosa entre os órgãos do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

2 LEI N. 9.099/95

Inovações legislativas são frequentes para amoldamento à realidade do direito ante o desenvolvimento da sociedade, pois com o passar do tempo as relações humanas evoluem e não são mais abarcadas por legislações antigas. Nesse sentido, insofismável que a sociedade se desenvolva constantemente e o mundo jurídico deve estar atento às evoluções, uma vez que a ciência jurídica não é inerte e está em evolução cotidianamente (REALE, 2002).

Dentre as inovações legislativas para a adequação às demandas do Poder Judiciário, tem-se a Lei n. 9.099/95, que surgiu em momento oportuno para dar melhor tratamento às relações jurídicas envolvendo menor potencial lesivo entre os agentes litigantes, garantindo-se celeridade processual e efetivo resultado nas demandas que abrange.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E SURGIMENTO DA LEI

O indivíduo, em tempos que era regrado pela sua barbárie, vislumbrou que a convivência em sociedade era dotada de conflitos nos quais somente o mais forte tinha vantagens clarividentes. Destarte, com o passar do tempo e com a organização das pequenas civilizações, os pequenos grupos que passaram a conviver juntos compreenderam que, para o bem comum, fazia-se necessário que abrissem mão de determinados direitos individuais em prol do coletivo; assim, restringindo alguns direitos pessoais, conseguiriam que sua liberdade e igualdade fossem efetivamente defendidas pelo coletivo, a qual era representada especialmente pela figura do Estado como instituição de organização e controle das relações humanas (ROUSSEAU, 2001).

À vista disso, torna-se importante alusão à obra do filósofo Jean-Jacques Rousseau, *Do Contrato Social*. Nessa esteira, ao surgir a figura de um Estado como superior e organizador das relações sociais, mantendo a igualdade, passou a este o direito de deliberar e traçar normas para que aqueles que transgredissem regras passassem a ser punidos. Evitou-se, portanto, que fosse feita a justiça com as próprias mãos, uma vez que alguém estaria assumindo a posição de garantidor e de punidor ao mesmo tempo (ROUSSEAU, 2001).

Com o passar dos anos, regras passaram a surgir para que o Estado pudesse aplicar punições aos transgressores e, cada vez mais, a população, de modo geral, passou a buscar tutela estatal diante de suas demandas individuais, lançando sobre o Estado diversas questões para serem resolvidas. Ocorre que as mesmas normas criadas há séculos não conseguem manter um funcionamento eficaz com o passar do tempo, dentro de todas as realidades temporais, o que demanda inovações legislativas para garantir que o poder estatal seja realmente efetivado (REALE, 2002).

Nesse ínterim, de acordo com Reale (2002), insofismável que o Direito não é considerado uma ciência exata, pois possui a necessidade de se

evoluir conforme a evolução da sociedade. Isto é, as relações humanas são dotadas de sentimentos e conhecimentos inertes à época. Com o passar do tempo, há clara evolução e alteração das formas do ser humano pensar de acordo com novas experiências vividas, o que faz com que o Direito também detenha a obrigação de se alterar a fim de garantir sua adequação prática.

À vista disso, um dos sistemas legislativos que surgiu da necessidade de imposição estatal foi o Direito Penal, transcrevendo regras de Direito Material e selecionando condutas, conforme o princípio da fragmentariedade, que são reprováveis pela sociedade, a tal ponto de necessitarem de uma intervenção estatal mais forte, isto é, até mesmo com penas restritivas de liberdade (NUCCI, 2007).

Não obstante, se não bastasse a própria previsão legal acerca de condutas inapropriadas e veemente repudiadas pelo Estado, fez-se necessário, para a efetivação prática das normas, a fim de punir àqueles que não cumpriam o direito material, o surgimento o Direito Processual Penal, instruindo procedimentos para evitar abusos temerários frente ao modo de aplicação do Direito Material, isto é, com regras processuais para garantir que a punição estatal fosse efetuada de forma mais precisa possível, garantindo-se ainda aos cidadãos seus mais diversos direitos (TÁVORA, 2020, p. 50).

Entretanto, os crimes, cada vez mais comuns e presentes na realidade social, com o passar do tempo passaram a ser demandas recorrentes do Estado, tendo este que agir corriqueiramente, no intuito de julgar demandas, bem como se posicionar de modo que prevenisse que as condutas ocorressem, diante da dificuldade de analisar todos os conflitos após estes ocorrerem (DEMARCHI, 2008).

Nesse sentido, a demanda passou a ser tão significativa que gerou uma crise institucional no Poder Judiciário frente à efetivação do *ius puniendi*, uma vez que os crimes ocorriam cotidianamente e tornava-se dificultoso para que o Estado suportasse estrutura de análise das condutas conforme

os ditames do Código de Processo Penal e, efetivamente, conseguisse suprir os anseios da sociedade (DEMARCHI, 2008).

Portanto, pouco adiantaria um sistema jurídico processual que detivesse regras procedimentais, mas que não conseguisse, efetivamente na prática, garantir que os direitos materiais fossem resguardados. Ou seja, a insegurança jurídica e a baixa efetividade estatal pairariam sobre os conflitos sociais e não conseguiriam abarcá-los para prover uma solução.

Na década de 1980, uma das saídas do estado frente às grandes demandas foi a Lei n. 7.244, a qual criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas na área civil, sendo orientado pelos princípios da Oralidade, Simplicidade, Informalidade, Economia Processual e Celeridade. Tal medida foi uma saída estatal para garantir procedimentos especiais, os quais detinham maior efetividade, especialmente em relação à celeridade, para situações em que o potencial impactante fosse relativamente menor na sociedade (BRASIL, 1995b).

A medida foi eficaz para que o Poder Judiciário conseguisse uma válvula de escape para as pilhas de processos que possuía. Os reflexos e resultados foram tão altos que, no processo constituinte originário de 1988, houve previsão legal no artigo 24, inciso X, a respeito da criação de juizados de pequenas causas: no sentido de que o Brasil, em sua forma Federativa, distribuía competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal para que, de forma concorrente, legislassem acerca da criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas (BRASIL, 1988).

Inobstante, o acesso à Justiça, fundamento constitucional e direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, dispõe que "as ameaças ou lesões de direito não serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário." Nesse vértice, o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, figurou cada vez mais como avaliador frente às lides da convivência humana, abrindo as portas estatais para que a população, de

modo geral, tivesse aonde se socorrer em casos de lesão ou ameaça de seu direito (BRASIL, 1988).

Com a previsão na Carta Magna, a tendência era que a União, os Estados e o Distrito Federal efetivamente passassem a legislar e adotar em suas realidades os Juizados Especiais. Na realidade fática, vislumbra-se que foi efetivamente o que aconteceu, especialmente na área processual penal, pois em 16 de setembro de 1995, houve a promulgação da Lei n. 9.099, a qual passou a tratar dos crimes de menor potencial ofensivo e do procedimento especial para estes, também cercado pelos princípios da Oralidade, Simplicidade, Informalidade, Economia Processual e Celeridade (BRASIL, 1995b).

A Lei n. 9.099/95 foi enfática ao trazer princípios expressos que norteiam seu funcionamento, tendo em vista que no próprio artigo 2º, isto é, nas disposições gerais, informou que o processo seria orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, demonstrando assim efetiva preocupação legislativa em garantir um procedimento menos custoso para o estado, que fosse efetivamente rápido e garantisse um resultado adequado, sem que precisasse se ater a todas as formalidades dispostas no Código de Processo Penal (BRASIL, 1995b).

Nesse sentido, estando de acordo com os preceitos da nova lei em vigor, o Estado passou a buscar o máximo possível de conciliações ou transações sob os aspectos da informalidade, medidas que evitam um processo demorado e longo com o passar do tempo, atingindo-se assim os fins a que se destinavam a lei, isto é, uma resposta efetiva do Estado frente às inúmeras demandas que surgiam.

2.2 OS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E O TERMO CIRCUNSTANCIADO

Na análise da evolução histórica, conforme supracitado, o conceito material de crime está intimamente ligado com o princípio da fragmentariedade, uma vez que condutas comissivas ou omissivas são reprováveis pela sociedade, a tal ponto de ameaçar o transgressor a sofrer uma pena rígida, até mesmo de reclusão. Portanto, há um desvalor social sobre a conduta, que entende a respeito da necessidade de tratamento especial para o infrator, a fim de que este entenda o caráter da penalização, tanto de forma retributiva pelo mal causado, também preventiva com a predeterminação de pena para o infrator, assim como de forma de ressocialização, para que o infrator pudesse retornar ao seio social (NUCCI, 2007).

Entretanto, o grau de reprovabilidade dos crimes possui distinção, motivo pelo qual a Lei n. 9.099/95 incrementou e definiu expressamente os procedimentos para os crimes de menor potencial ofensivo, mas, o mais importante, definiu o que são eles, inviabilizando qualquer discussão sobre a aplicabilidade do procedimento a determinadas condutas que não estivessem expressamente enquadradas naquilo predeterminado em lei. Assim, o sistema jurídico passou a ter a definição concreta de que os delitos de menor potencial ofensivos seriam as contravenções penais e os crimes com pena mínima inferior a 2 anos, conforme descrito no artigo 61 da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995b).

Nesse sentido, em sua conceituação cristalina e coerente com a realidade jurídica, Silva Júnior dispõe (2008, p. 3):

nos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aquele em que a pena máxima prevista seja de até 02 (dois) anos de cerceamento de liberdade ou multa, e as contravenções penais. Alguns autores afirmam que o TCO é como se fosse um boletim de ocorrência,

com algumas informações adicionais, servindo de peça informativa, que será enviado diretamente para o Juizado Especial Criminal.

Com base na definição legal, o legislador compreendeu que os referidos delitos deveriam ter um procedimento especial, uma vez que o impacto causado era relativamente menor do que os outros com maior potencial ofensivo. Desse modo, surgiu o conceito de Termo Circunstanciado de Ocorrência, procedimento viável e efetivo com a intenção de apurar os crimes de menor potencial ofensivo.

Quanto à conceituação de Termo Circunstanciado de Ocorrência, a própria letra de lei ateu-se a descrevê-la adequadamente, bem como a definir a forma procedimental de autuação e competência, nos termos do artigo 69 da Lei n. 9.099/95:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (BRASIL, 1995b).

Portanto, em se tratando de situação de flagrância, em caso de cometimento de delito de menor potencial ofensivo, o agente que vislumbrar a situação deve providenciar a condução do autor dos fatos para a Delegacia de Polícia Civil, onde é confeccionado o Termo Circunstanciado de Ocorrência e, caso o suposto autor assine Termo de Compromisso, é liberado para

que cumpra em liberdade e deva somente retornar para o Fórum no dia da audiência marcada, a fim de que seja buscada a tentativa de uma composição cível ou alguma outra medida despenalizadora (BRASIL, 1995b).

Por outro lado, não havendo situação de flagrante e ocorrendo a notícia crime à Autoridade Policial, esta determinará a instauração de Termo Circunstanciado para apuração do fato, buscando levantar elementos de materialidade e indícios de autoria, a fim de que, agora com elementos probatórios, possa compromissar o suposto autor a comparecer no fórum caso faça jus a alguma medida despenalizadora (BRASIL, 1995b).

Nesse ínterim, houve a simplificação de um procedimento que nos antepassados era dotado de grandes formalidades, ou seja, eram submetidos à análise de um intenso Inquérito Policial e estavam sujeitos ao processamento no Poder Judiciário, em uniformidade com as outras condutas mais gravosas previstas como crime.

2.3 PRINCÍPIOS EXPRESSOS NA LEI N. 9.099/95

Primariamente, o artigo 2º, da Lei n. 9.099/95, ateu-se a determinar os princípios balizadores dos procedimentos adotados nos crimes de menor potencial ofensivo, sendo eles a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (BRASIL, 1995a).

Para Tourinho Neto e Figueira Júnior (2007, p. 3):

Sistema de Juizados Especiais vêm a ser, portanto, um conjunto de regras e princípios que fixam, disciplinam e regulam um novo método de processar as causas cíveis de menor complexidade e as infrações penais de menor potencial ofensivo. Uma nova Justiça marcada pela oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual para conciliar, processar, julgar e executar, com regras e preceitos próprios e, também, com uma estrutura peculiar, Juízes togados e leigos,

À vista disso, têm-se que a base de princípios norteadores da Lei busca a desburocratização e o afastamento de qualquer excesso de rigorismo formal, demonstrando novas preocupações do legislador ao tratar do assunto de crimes de menor potencial ofensivo e sua instrumentalidade. De acordo com o doutrinador Chimenti (2009, p. 48):

A maior expectativa gerada pelo Sistema dos Juizados é a sua promessa de celeridade sem violação do princípio da segurança das relações jurídicas. O Critério foi elevado a direito fundamental pelo inciso LVIII do art. 5º da CF, na redação da Emenda Constitucional n. 45.

Portanto, verifica-se que a busca pela celeridade e economia processual foi adotada em concomitância com a preocupação de não afastar outros princípios garantidores de direitos da parte no processo, ou seja, buscou-se maior eficiência no procedimento sem que houvesse violação dos direitos individuais.

Nesse íterim, a busca por uma resposta estatal efetiva se cercou de mecanismos processuais importantes para a realidade fática, o que permite que a figura estatal se torne mais presente e efetivamente garanta a aplicabilidade do direito material nas lides ocorridas em área de sua jurisdição.

Impende, ainda, verificar que a própria Lei n. 9.099/95, em que pese descreva seus princípios norteadores, não se atém tão somente àqueles demonstrados no artigo 2º, pois, de forma esparsa, traduz a dispensabilidade de requisitos formais para validade, uma vez que se preocupa exclusivamente com a finalidade a ser atingida (BRASIL, 1995b).

3 POLÍCIA ADMINISTRATIVA, POLÍCIA JUDICIÁRIA E AUTORIDADE POLICIAL

A persecução penal é dividida em duas fases, sendo uma fase preliminar, com características inquisitivas, e a segunda, a processual, contando com, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa. A segunda fase, naturalmente será exercida por órgãos do Poder Judiciário. Todavia, a primeira fase será exercida pela Polícia Judiciária, isto é, comandada por um Delegado de Polícia de carreira. No que se refere à fase preliminar, é realizado lastro probatório mínimo para que a fase processual tenha elementos suficientes para prosseguir (BRASIL, 1988).

Como leciona Marques (2003, p. 125):

a persecutio criminis apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo.

No mesmo sentido, o artigo 144 da Constituição Federal faz clara distinção entre as polícias e dá suas denominações, expondo da seguinte forma:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. (BRASIL, 1988).

O mesmo artigo faz clara distinção sobre as funções exercidas por cada ente policial, cabendo citar, essencialmente, as funções da Polícia Administrativa, da Polícia Judiciária e da Autoridade Policial. A Polícia Administrativa possui caráter preventivo, a fim de evitar que atos lesivos possam ocorrer, estando inseridas nesse rol as Polícias Militares e a Polícia Rodoviária Federal. De acordo com o artigo 144, §§2º e 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; [...].

Assim, compreende-se que tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Rodoviária Federal exercerão funções determinadas em lei de caráter preventivo e não terão atribuições confundidas com as de outros órgãos policiais, tendo em vista que a lei é clara em taxar as funções (BRASIL, 1988).

Por outro lado, a Polícia Judiciária, representada pela Polícia Civil e pela Polícia Federal, possui caráter repressivo. Isto é, busca elementos de materialidade e indícios de autoria para que o Ministério Público, titular da ação penal, possa ter elementos necessários para a propositura da ação penal (BRASIL, 1988). De acordo com Távora (2020, p. 126):

De atuação repressiva, que age, em regra, após a ocorrência de infrações, visando angariar elementos para apuração da autoria e constatação da materialidade delitiva. Neste aspecto, destacamos o papel da Polícia Civil que deflui do art. 144, §4º, da CF/88, que, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as

funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

No mesmo sentido, é importante entender a conceituação exposta por Melo (2004, p. 731), a qual parte no sentido de caracterizar que “a diferenciação de polícia judiciária e polícia administrativa é que aquela se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica, enquanto esta se dispõe unicamente a impedir ou encerrar atos antissociais.”

Sendo assim, as atividades exercidas pela Polícia Administrativa e Polícia Judiciária possuem clara distinção, não podendo ser confundidas em suas atividades rotineiras, uma vez que a confusão pode configurar crime de Usurpação de Função Pública e afetar a vida do agente público na esfera criminal.

Ocorre que no bojo do artigo 4º do Código de Processo Penal, o legislador dispõe que quem exercerá a polícia judiciária serão as autoridades policiais. Isto é, concomitantemente há previsão na Constituição Federal sobre quem é a Polícia Judiciária, citando inclusive que será exercida pelo Delegado de Polícia e, novamente, agora no Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, conhecido como Código de Processo Penal, há a previsão que as polícias judiciárias serão exercidas pelas autoridades policiais (BRASIL, 1941).

Portanto, torna-se facilmente visível que o título de Autoridade Policial é aquele dado ao Delegado de Polícia exclusivamente, não havendo possibilidade de compreender outro estatal como tal e, portanto, cabendo a este as atribuições que são definidas para a Polícia Judiciária.

4 POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL

A Polícia Rodoviária Federal age ostensivamente nas rodovias federais de todo o Brasil, no combate à criminalidade em suas formas mais

diversas. Inclusive, possui diversos resultados positivos e incidentes na realidade fática do mundo jurídico. Para tanto, deve-se compreender como é a estruturação da Polícia Rodoviária Federal, seu surgimento e sua área de atuação, a fim de garantir ampla análise de suas competências como órgão da Segurança Pública ativo na esfera federal.

4.1 O SURGIMENTO DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL E SUA FINALIDADE

O artigo 144 da Constituição Federal, bem como algumas legislações esparsas, como a Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), o Decreto n. 1.655, bem como o Regimento Interno aprovado pela Portaria Ministerial n. 219, são fundamentais para a compreensão das competências atribuídas à Polícia Rodoviária Federal, todavia, para compreendê-las, faz-se necessário um conhecimento prévio sobre a história da instituição. Nessa órbita, torna-se possível vincular a finalidade da instituição Polícia Rodoviária Federal e sua real competência. A Polícia Rodoviária Federal é representada pela sigla PRF, órgão mantido pela União e estruturado em carreira. A PRF atua de forma ostensiva, garantindo a segurança nas rodovias federais e em áreas de interesse da União. Atualmente, é um órgão subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 1988). Não obstante, seu surgimento ocorreu em 1928, por intermédio do Decreto n. 18.323, de 24 de julho de 1928. Todavia, houve diversas mudanças durante o passar dos anos, uma vez que as atribuições da instituição passaram a evoluir. Nesse contexto, o primeiro quadro de servidores foi em 23 de julho de 1934, onde eram admitidos para o cargo de Inspetor de Tráfego (POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL, 2021). Ocorre que somente em 1988 a Polícia Rodoviária Federal passou a compor o sistema nacional de Segurança Pública, por conta do texto legal expresso na Carta Magna. Nesse aspecto, passou a ganhar maiores atribuições e atuar de forma distinta da anteriormente apresentada, uma vez que estava

efetivada como polícia administrativa em consonância com a Constituição Federal. Ressalta-se que em 1991 a Polícia Rodoviária Federal passou a integrar a estrutura organizacional do Ministério da Justiça (BRASIL, 1988).

4.2 A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL E A LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO NO CONTEXTO FÁTICO

No uso de suas atribuições, a Polícia Rodoviária Federal realiza o patrulhamento ostensivo em rodovias federais. Ocorre que durante as abordagens desses agentes, diversos são os crimes que podem se deparar por conta da realidade que estão inseridos, uma vez que atualmente há grande intensidade de utilização de rodovias federais para a prática de ato criminoso ou até mesmo para meio de fuga (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, compreende-se que diversos são os crimes que a Polícia Rodoviária Federal possui contato. Dentre eles, aproveitando-se da veiculação da PRF com a atuação nas rodovias federais e contato com crimes de trânsito, faz-se necessário citar que os crimes dispostos no Código de Trânsito Brasileiro são corriqueiramente verificáveis no dia a dia policial e, com grande incidência, os crimes de menor potencial ofensivo também estão presentes, considerando-se que o Código de Trânsito Brasileiro possui diversas condutas tidas como crimes de menor potencial ofensivo.

Assim, com o Decreto n. 9.662/19, fora incluída nas competências da Polícia Rodoviária Federal a lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência. Insta que a divergência em discussões surge a partir do momento em que há plena especificação legislativa de forma permissiva e atributiva a uma polícia administrativa realizar Termo Circunstanciado, o que até então era privativo da polícia judiciária (BRASIL, 2019).

Ocorre que no contexto fático, denota-se que haveria grande inviabilidade para que a Polícia Rodoviária Federal remeta seus Boletins de Ocorrência à Polícia Civil, a fim de que esta realize o Termo Circunstanciado

de Ocorrência. Tal fato acontece pela morosidade ou até mesmo pela movimentação da máquina estatal para procurar suspeitos de cometerem pequenos delitos, que, muitas vezes, estão de trânsito pelas rodovias federais e logo estão em localidades distantes e de difícil acesso.

Nessa órbita, o Policial Rodoviário Federal que se depara com uma situação de flagrante de delito no seu dia a dia, especialmente no patrulhamento em rodovias federais, caso permitido pela legislação, poderia realizar a confecção do TCO e até mesmo enviar o procedimento diretamente ao Ministério Público, que se encarregaria dos próximos passos na tramitação judicial.

Destarte que tal ferramenta faz com que o serviço estatal, na área de segurança pública, torne-se muito mais efetivo, uma vez que, essencialmente no âmbito das rodovias federais, as pessoas estão em trânsito e não possuem facilidade para retornar à Comarca de onde ocorreram os fatos para serem submetidas a um procedimento na Polícia Judiciária, o que demandaria o envio de Cartas Precatórias e a dificuldade das policiais em alcançar aquilo que é objetivado com a escrita da lei penal.

Portanto, atribuindo-se efetivamente a competência de lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência para a Polícia Rodoviária Federal, não restam dúvidas sobre a maior efetividade estatal na aplicação da lei, vez que a instrumentalidade do procedimento simplificado seria facilmente aplicada em crimes rotineiros presentes no dia a dia dos agentes de segurança pública.

5 O EMBATE JURÍDICO SOBRE A POSSIBILIDADE DE LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO

São recorrentes as discussões no mundo jurídico, constantemente alterando entendimentos até então firmados. Dentre eles, denota-se clarividência no embate acerca da competência para lavratura de Termo

Circunstanciado de Ocorrência, discussão a qual tem afetado diretamente as relações entre particulares e o Estado, essencialmente, na aplicação do Poder conferido a este.

Portanto, a linha cronológica de debates e entendimentos fixados é fundamental para a compreensão do assunto, analisando-se seus efeitos nas relações práticas, assim como os prejuízos causados ao Estado e à população em geral.

5.1 A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL POR USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA

Com o passar dos anos, o imbróglia jurídico acerca de entendimentos diversos sobre a possibilidade de lavratura de Termo Circunstanciado pelas Polícias Administrativas afetou diversas áreas. Dentre elas, de suma análise, é a divergência instaurada entre instituições policiais por conta de suposta Usurpação de Função Pública.

Ocorre que no artigo 328 do Código Penal, há a tipificação denominada "Usurpação de Função Pública", a qual está relacionada com a usurpação do exercício de atividade pública por particular, ou até mesmo, como é o caso em análise, da realização de atividade estranha, fora das atribuições, por parte de um agente público. Portanto, nesta condição se enquadra a situação em que um agente público realiza atividade diversa daquela que lhe é atribuída, invadindo a competência legal de outro órgão (BRASIL, 1940).

À medida que os entendimentos jurídicos firmados pelos tribunais não eram pacíficos, passou-se a facilitar para que fosse verificado, em várias regiões, situações diversas de prisões de agentes públicos por usurpação de função, considerada consumada na confecção de Termo Circunstanciado por órgãos que não detinham competência para tal.

Destarte que os agentes públicos, de forma geral, são meros representantes do interesse estatal, pois estão agindo em nome do Estado e como se este fossem.

Meirelles (2008, p. 75) caracteriza agentes públicos como “todas as pessoas físicas incumbidas definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.”

Nessa órbita, o agente público está claramente exercendo uma função estatal, em defesa dos interesses do Estado. Sendo assim, a função pública estaria relacionada com um conjunto de atribuições inerentes ao servidor público (DI PIETRO, 2017, p. 421).

Em que pese o crime de Usurpação de Função Pública esteja disposto em capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração geral, é pacífico o entendimento jurídico de que a conduta típica do artigo 328 possa ser cometida por outro funcionário público, quando realiza atividades estranhas à sua função e invade a área de competência de outro órgão ou agente público (BRASIL, 2007).

Nesse norte, verificou-se a instauração de procedimento policial por parte de órgãos da segurança pública, em especial as Autoridades Policiais responsáveis por estarem à frente da Polícia Judiciária, essencialmente contra outros policiais que, por sua vez, exerciam função administrativa.

Assim, as polícias, que deveriam estar em plena integração para melhor efetivação do policiamento nas diversas regiões do país, passaram a apresentar ainda mais desavenças internas, o que pode afetar com que o Estado atinja o fim desejado com a instituição de órgãos de Segurança Pública.

Portanto, os julgados, com o passar dos anos, especialmente após a verificação da instauração de procedimento policial por usurpação de função, passaram a ter grande valia para restaurarem a paz entre as instituições e exporem um posicionamento estatal diante do colapso interno que acontecera dentro da administração pública.

5.2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO DECORRER DOS ANOS

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto é de costumeira mudança, uma vez que especificamente no ano de 2007, houve o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.614 PR, por meio da qual fora analisado decreto estadual que atribuía aos cargos de Sargento e Subtenente da Polícia Militar do Paraná a realizarem a confecção de Termo Circunstanciado de Ocorrência. Tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente para declarar inconstitucional o decreto estadual (BRASIL, 2007).

Houve a compreensão que incorreria em desvio de função qualquer ação das polícias administrativas ou ostensivas ao lavrarem o Termo Circunstanciado de Ocorrência. Tal entendimento teve grande repercussão e passou a ser seguido como norte nas lides judiciais, padronizando-se o que até então era divergência em Tribunais de Justiça dos mais diversos estados (BRASIL, 2007).

Dois anos após a matéria voltou a julgamento no Supremo Tribunal Federal, desta vez por intermédio da Reclamação Constitucional n. 6.612, tendo como relatora a Ministra Carmen Lúcia. Nesta oportunidade, a ministra analisou a ADI 3.614 PR, sendo mais específica quanto à impossibilidade de os policiais militares confeccionarem o Termo Circunstanciado. Desse modo, a ministra especificou que a ADI julgada anteriormente era no sentido de que a figura de um Policial Militar não se equipararia ao Delegado de Polícia, isto é, como havia previsão de que o TCO era de competência da Autoridade Policial, cabia somente ao Delegado de Polícia sua lavratura. Em que pese tenha realizado apontamentos e manifestado opinião sobre a matéria, a relatora entendeu que a Reclamação Constitucional não era o

meio adequado para garantia do direito pleiteado pelo recorrente, tendo em vista que havia divergência de matérias (BRASIL, 2009).

Novamente, três anos após, desta vez por meio do Recurso Extraordinário RE 702.617, a matéria voltou ao Supremo Tribunal Federal, por conta da ADI 3.614. Nessa ocasião, em plenário, tendo como relatora a Ministra Carmen Lúcia, tratando especificamente do assunto por remédio processual adequado, pacificou o entendimento de que o Termo Circunstanciado de Ocorrência é de competência da Polícia Judiciária, isto é, da Polícia Federal e da Polícia Civil dos Estados, pois não haveria interpretação extensiva ao conceito de Autoridade Policial, sendo assim, caso houvesse atuação por parte da Polícia Militar nesse sentido, claramente haveria usurpação de função, cabendo responsabilização penal do agente usurpador (BRASIL, 2012).

No ano de 2017, no Recurso Extraordinário 1.050.631, o Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática, alterou o até então definido entendimento do Supremo Tribunal Federal. Nessa órbita, a renovação do entendimento foi no sentido de que a Polícia Militar pode lavrar Termo Circunstanciado de Ocorrência, portanto, interpretou que tal lavratura não é exclusiva do Delegado de Polícia, leia-se, Autoridade Policial. O recurso foi baseado em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe, que interpretou a atribuição da Polícia Militar Estadual nesse sentido (BRASIL, 2017).

A principal fundamentação do Ministro Relator foi no sentido de que há uma grande diferenciação entre o Inquérito Policial e o Termo Circunstanciado de Ocorrência. No relatório, expõe que o Inquérito Policial é peça informativa de caráter investigativo, dotada de características impostas pela lei, dentre elas, a exclusividade da Autoridade Policial, leia-se, Delegado de Polícia, para a sua lavratura. Porquanto, em outro sentido, entende que o Termo Circunstanciado de Ocorrência não tem natureza investigativa, pois detém semelhanças inertes a uma notícia crime, motivo pelo qual pode ser realizado por qualquer um do povo (BRASIL, 2017).

Denota-se, portanto, que a seara de debate derruiu do constantemente discutido, que era essencialmente sobre a figura da Autoridade Policial e sua extensão quanto à titularidade do Inquérito Policial. Nesse momento, a discussão foi somente acerca da diferenciação do procedimento de Inquérito Policial, que tem natureza investigativa, do Termo Circunstanciado de Ocorrência, que segundo o ministro relator, em decisão monocrática, o instituto é dotado de características próprias e distintas (BRASIL, 2017).

Ainda, em que pese a principal fundamentação seja sobre o caráter do TCO, debruçando-se também sobre os princípios da celeridade processual e afins, o eminente Ministro também se vale da argumentação de que a previsão legal da Lei 9.099/95, ao citar Autoridade Policial, não faz referência ao Delegado de Polícia, mas a todos os policiais, de forma abrangente (BRASIL, 2017).

Por fim, no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, nos dias atuais ainda pende julgamento da ADI n. 4.447/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e da ADI n. 537MC, de relatoria do Ministro Fachin. Nas referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, é discutida a possibilidade de a Polícia Militar lavar o Termo Circunstanciado de Ocorrência.

A partir do julgamento em 2017, os estados passaram a adotar procedimentos para a Polícia Militar lavar o Termo Circunstanciado de Ocorrência. Ocorre que tão somente a polícia administrativa em nível estadual estava realizando os respectivos procedimentos, uma vez que os policiais rodoviários federais ainda não estavam dotados de organização para a aplicação prática do entendimento jurídico firmado.

Portanto, insofismável que apesar dos julgamentos controversos ao decorrer dos anos e mudanças de entendimento, desde 2017, após o referido julgamento no Supremo Tribunal Federal, as instituições de Segurança Pública passaram a se estruturar com a intenção de viabilizar a lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência na prática, ou seja, fazer com que

seus agentes efetivamente realizassem a lavratura do procedimento diante do novo cenário jurídico.

5.3 O ENTENDIMENTO DO PODER EXECUTIVO EM RELAÇÃO ÀS ATRIBUIÇÕES DA PRF

O Decreto n. 9.662, de 1º de janeiro de 2019, assinado pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, tratou de aprovações acerca da estrutura e quadro demonstrativo dos cargos em comissão e funções de confiança. Entretanto, aproveitou-se da oportunidade para realizar alterações em relação a órgãos subordinados ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2019).

Mais especificamente em seu artigo 47, dispôs sobre as atribuições e competências da Polícia Rodoviária Federal, realizando algumas alterações ao que era anteriormente previsto, bem como incluindo novos incisos para aumentar as competências inerentes ao órgão (BRASIL, 2019).

De suma importância, o artigo 47, inciso XII, do Decreto 9.662, realiza alteração na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Nessa condição, o inciso dispõe expressamente que uma das competências da Polícia Rodoviária Federal seria a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (BRASIL, 2019).

Nesse norte, verifica-se que o Poder Executivo passou a atuar com a intenção de estender as atribuições da Polícia Rodoviária Federal e buscar resultados práticos em relação às discussões que ocorriam sobre o assunto, uma vez que isso prejudicava os Agentes Públicos, em especial à Polícia Administrativa, que atuava na lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência e, acima de tudo, afetava a Segurança Pública de modo geral.

Todavia, os entendimentos do Poder Judiciário, somados às manifestações do Poder Executivo, que tentou por intermédio de um decreto acrescentar atribuições a uma força policial, que têm suas competências

previstas na Constituição Federal, passaram a surgir como forma de amenizar as discussões que geravam grande impacto no cenário da Segurança, mas não bastaram para a pacificação sobre o assunto (BRASIL, 1988).

Ocorre que, como já exposto, a competência Legislativa é atribuída ao Poder Legislativo, que é quem dispõe dos mecanismos necessários para promover Emendas à Constituição e alteração no cenário geral. Ao Judiciário cabe apenas julgar, porquanto ao Executivo cabe a função de executar (BRASIL, 1988).

Nessa órbita, em que pese a partir do Decreto governamental tratando sobre o assunto esteja vigorando de forma plena, bem como o entendimento atual do Poder Judiciário seja da possibilidade de a Polícia Administrativa confeccionar Termo Circunstanciado de Ocorrência, ainda existem discussões técnicas a respeito da possibilidade ou não da adoção do referido procedimento, uma vez que alguns estudiosos compreendem que demandaria manifestação do Poder Legislativo para que houvesse pacificação sobre o assunto.

6 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO PELA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL

Inexorável que, do entendimento do Supremo Tribunal Federal, denotado monocraticamente em 2017, extraiu-se nova realidade fática da situação, pois as polícias em nível estadual passaram a se organizar a fim de garantir a aplicabilidade do Termo Circunstanciado de Ocorrências nas atuações ostensivas, isto é, das polícias militares que realizavam as mais diversas abordagens no dia a dia.

O entendimento jurídico firmado pelo órgão do Poder Judiciário se tornou ainda mais corroborado a partir do momento em que o Presidente da República, mediante Decreto, afirmou que uma das competências

institucionais da Polícia Rodoviária Federal é a lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência.

Nesse momento, portanto, os órgãos de Segurança Pública em nível Federal, bem como em nível Estadual, passaram a se organizar para que pudessem lavrar o TCO no dia a dia, o que passou a ocorrer, em que pese reste pendente julgamento no Supremo Tribunal Federal acerca do assunto.

Entretanto, em análise técnico-jurídica, vislumbram-se as incoerências da permissão de lavratura de Termo Circunstanciado pela polícia administrativa em diversos aspectos. Inicialmente, uma das falhas se apresenta no momento da adoção de procedimento incorreto para alteração legislativa. Não obstante, pode-se verificar que a interpretação extensiva à norma constitucional substancialmente dotada de clareza apenas causa prejuízos ao Poder Constituinte, pois afasta o desejo do povo em detrimento do entendimento de uma única figura.

6.1 PREJUÍZOS DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA À NORMA CONSTITUCIONAL

No sistema legislativo brasileiro, prevalece a hierarquia das normas legais, no sentido de que algumas normas possuem maior relevância, porquanto as outras devem ser interpretadas em detrimento daquelas, sob pena de serem declaradas nulas (KELSEN, 2000).

Denota-se, nessa concepção, a incidência da pirâmide de Hans Kelsen, amplamente conhecida no direito, pois dispõe que do topo até a base existem normas sobrepostas, estando no ápice a norma Constitucional, maior e soberana frente a qualquer outra inovação legislativa (KELSEN, 2000).

Insofismável que a interpretação da legislação infraconstitucional deve ser amplamente estudada ao ser proposta, a fim de garantir que suas determinações estejam de acordo com a Constituição Federal, buscando-se evitar conflitos de normas.

Em que pese a norma maior, a Carta Magna, sobrepor-se a qualquer outra legislação, clarividente que a interpretação de termos obscuros contidos nela deve ocorrer a fim de buscar o melhor sentido jurídico. Nessa órbita, em situações de controvérsias, a interpretação jurídica deve estar presente com o intuito de garantir a maior eficácia à norma constitucional a ser aplicada.

Para Barroso (2011, p. 292), em sua brilhante conceituação a esse respeito, "a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas."

Inobstante, de fundamental compreensão é o entendimento de Canotilho (1993, p. 208):

[...] interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na Constituição.

À vista disso, denota-se que há a plena possibilidade de interpretação da norma constitucional dotada de obscuridade com a intenção de compreender efetivamente o que o legislador quis descrever no momento de confecção da legislação, afinal, a norma suprema deve estar dotada de clareza suficiente para que a legislação infraconstitucional a respeite e não crie divergências.

Ocorre, todavia, que algumas normas denotam tamanha clareza que são insuscetíveis de serem interpretadas, haja vista que o próprio sentido pode ser facilmente extraído do seu texto, conforme brocardo latino *in claris*

non fit interpretativo, ou seja, nas coisas claras não se faz interpretação (SANTOS, 1940).

Com isso, compreende-se que a conceituação constitucional acerca do que é Autoridade Policial é de plena compreensão, uma vez que ao decorrer dos anos o entendimento pretoriano já se consolidou no sentido de que tal título é dado ao Delegado de Polícia de carreira, ou seja, integrante da Polícia Judiciária.

Nesse sentido, vislumbra-se que qualquer norma de hierarquia inferior à Constituição não é capaz de dar novo conceito à Autoridade Policial, devendo haver submissão das espécies legislativas, conforme ocorre com a Lei n. 9.099/98, que atribui à Autoridade Policial a lavratura do Termo Circunstanciando de Ocorrência.

Sendo assim, a supressão da análise técnico-jurídica do Delegado de Polícia, bacharel em Direito, sobre a lavratura ou não do Termo Circunstanciado de Ocorrência, incorreria em plena violação constitucional, uma vez que a própria lei atribui à Autoridade Policial o exercício da referida análise, não podendo submetê-la a outros órgãos policiais que não detenham das mesmas características.

Nesse íterim, a interpretação extensiva da Constituição, de forma temerária, causaria prejuízos ao sistema legislativo brasileiro, tendo em vista que haveria o risco de pessoa diversa do Delegado de Polícia analisar o Termo Circunstanciado de Ocorrência e não interpretar adequadamente a lei, podendo ocorrer injustiças e indevidas imputações criminosas a uma pessoa.

Portanto, denota-se que a partir do momento em que é incorretamente imputado o crime à pessoa, sendo instaurado Termo Circunstanciado por agente público que não detém competência, prejudicial seria ao suposto autor da conduta delitiva, uma vez que arbitrariamente o Estado estaria menosprezando os meios corretos de avaliação e análise da tipificação, permitindo que pessoas não detentoras da competência específica

pudessem imputar, sem a correta verificação, tipificações que necessitam de análise técnica, gerando a possibilidade de sujar a ficha criminal de terceiros incoerentemente.

6.2 PROCEDIMENTO ADEQUADO PARA ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal é documento legislativo basilar da organização dos poderes no Brasil. Criada com a junção do povo, em busca de um Estado organizado, com imposição de deveres e garantia de direitos, a fim do bem comum, a Constituição é dotada de normas que norteiam todo o sistema legislativo na federação brasileira.

Nesse sentido, têm-se que as alterações às normas constitucionais dependem de procedimento específico, uma vez que sua alteração pode interferir na validade de toda a legislação hierarquicamente inferior. Sendo assim, a Constituição consegue manter sua eficácia e ditar as normas fundamentais para a organização do Estado, evitando-se abusos legislativos em documentos que não estejam de acordo com a Carta Magna (BRASIL, 1988).

Nessa órbita, vislumbra-se que ainda assim há a permissão para realização de alterações constitucionais, conforme desenvolvimento dos povos e seus desejos à época, permitindo que mesmo diante de um documento de tamanho valor, mediante processo dotado de formalidades, seja possível com que a Carta Magna sofra alterações.

À vista disso, têm-se que o artigo 60 da Constituição Federal prevê expressamente quanto à possibilidade de alteração da Constituição, sendo realizada mediante Proposta de Emenda Constitucional, a qual é realizada por intermédio de atrelamento a requisitos rígidos, realizados por pessoas específicas (BRASIL, 1988).

Da análise do artigo, denota-se que a Proposta de Emenda Constitucional poderá ser realizada pela Câmara dos Deputados, Senado, Presidente da República ou pelas assembleias legislativas, respeitado o quórum mínimo. Se não bastasse isso, após a proposta de emenda, faz-se necessário verificar que a proposta será discutida e votada em cada casa do congresso, admitindo-se a quantia de dois quintos para alteração (BRASIL, 1988).

Portanto, o Poder Constituinte, em que pese ser garantidor do desejo da sociedade à época de sua formação, ainda dispõe da possibilidade de alteração da Constituição no sentido de que a sociedade está em evolução e pode, a novos momentos, manifestar-se no sentido de buscar alterações legislativas.

Assim, Bastos (2001, p. 57) dispõe que “o Poder Constituinte é inalienável, permanente e incondicionado. A nação não pode perder o direito de querer e de mudar à sua vontade [...]”

Ou seja, a Constituição Federal prevê expressamente os procedimentos para sua alteração, sendo assim, qualquer alteração a normas constitucionais ou interpretações extensivas que prejudiquem a descrição clara do texto legislativo, demonstram ser efetivamente afrontes ao Poder Constituinte.

Em que pese as sociedades estejam em constante evolução e os órgãos busquem alterações para melhor se adequarem à realidade atual, deve-se haver atenção aos procedimentos legais impostos para qualquer alteração legislativa, não se admitindo que normas inferiores à Constituição Federal, como o Decreto n. 10.073/19, atribuam à Polícia Rodoviária Federal a competência para lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência, manifestamente em desacordo com o que é previsto na Constituição Federal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo permitiu uma análise sistemática sobre a possibilidade de lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência pela

Polícia Rodoviária Federal, comparando as decisões emanadas pelo Poder Judiciário e Executivo, interpretando-as à luz da Constituição Federal.

Diante disso, verificou-se a inconstitucionalidade de decretos e decisões judiciais que afrontam à Constituição Federal. Portanto, denota-se que a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência não cabe à Polícia Rodoviária Federal, pois a legislação permissiva surgiu de meio legislativo diverso do previsto, que seria a Emenda Constitucional.

Nesse sentido, observou-se a clarividência de manobras inconstitucionais para atender aos anseios da população, ou seja, a utilização de mecanismo legislativo incorreto para tentar suprir problemas de segurança pública na realidade brasileira, o que causa insegurança jurídica e abre portas para devaneios individuais de políticos que não representam o sistema legislativo brasileiro.

À vista disso, vislumbrou-se que a competência para lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência é da Polícia Judiciária, representada pela Autoridade Policial, e que qualquer interpretação extensiva causa afronta constitucional e deve ser rechaçada, sob pena de ameaçar a separação dos poderes.

Nesse ínterim, a utilização de decreto para atribuir à Polícia Rodoviária Federal competência para Lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência afronta diretamente a Lei n. 9.099/95, que passou por rigoroso processo legislativo e foi escrita por membros do Poder Legislativo, os quais foram eleitos pelo povo para representar o desejo destes.

No mesmo viés, a interpretação dos tribunais, no sentido da desconsideração do termo "Autoridade Policial", ou interpretação incorreta deste, afronta não somente a Lei n. 9.099/95, mas também a Constituição Federal, que tratou, no processo constituinte, da separação dos órgãos policiais em Polícia Judiciária e Polícia Administrativa.

Portanto, a realização de Termo Circunstanciado de Ocorrência pela Polícia Rodoviária Federal é inconstitucional, pois, de acordo com a Lei n.

9.099/95, o TCO deverá ser lavrado pela Autoridade Policial. Em interpretação do termo Autoridade Policial, em consonância com a Constituição Federal, verifica-se que este somente é atribuído ao Delegado de Polícia, figura integrante da Polícia Judiciária.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Decreto n. 1.665, de 3 de outubro de 1995. Define a competência da Polícia Rodoviária Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 out. 1995a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1655.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Decreto n. 9.662, de 1 de janeiro de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Justiça e Segurança Pública, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e transforma cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 jan. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9662.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 set. 1995b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.614. Estado do Paraná. Constitucional. Administrativo. Decreto n. 1.557/2003 do Estado do Paraná. Que atribui a subtenentes ou sargentos combatentes o atendimento nas delegacias de polícia. Nos municípios que não dispõem de servidor de carreira para o desempenho das funções de Delegado de Polícia. Desvio de função. Ofensa ao art. 144, caput, inc. IV e V e §§ 4º e 5º, da Constituição da República. Ação direta julgada procedente. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 22 nov. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779352/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3614-pr-stf>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.441. Estado do Sergipe. Ementa Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 1º da Lei n. 4.377/2001 do Estado do Sergipe. Norma que repercute tão somente na carreira dos oficiais policiais militares. Associação Nacional das Entidades Representativas de Praças Policiais e Bombeiros Militares (ANASPRM). Entidade representativa dos interesses dos praças policiais militares. Ilegitimidade ativa. Ausência de pertinência temática. Agravo a que se nega provimento. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 1 ago. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342278/agreg-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4441-se-stf/inteiro-teor-159437691>. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional 6.612. Estado do Sergipe. Decisão Reclamação. Constitucional. Provimento da Corregeria-Geral da Justiça de Sergipe sobre recebimento de Termo de Ocorrência Policial Circunstanciado. A Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.614/PR não alcança eventual ilegalidade na autoria da lavratura de Termo Circunstanciado (TCO). Ausência de identidade entre a ação paradigma e o ato reclamado. Descumprimento não configurado. Reclamação à qual se nega seguimento. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 fev. 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3097894/reclamacao-rcl-6612>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 702.617. Estado do Amazonas. Recursos extraordinários. Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local. Lei Estadual n. 3.514/2010. Polícia militar. Elaboração de Termo Circunstanciado. Impossibilidade. Usurpação de competência. Atribuição da Polícia judiciária – Polícia civil. Precedente. ADI n. 3.614. Inviabilidade do recurso extraordinário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 28 ago. 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22325157/recurso-extraordinario-re-702617-am-stf>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.050.631. Estado do Sergipe. Apelação Criminal. Direito Constitucional e Processual Penal. Termo de Ocorrência Circunstanciado. Art. 69 da Lei 9.099/95. Lavratura pela Polícia Militar. Inexistência de Nulidade. Ato realizado conforme provimento 06/2015 da Corregedoria-Geral de Justiça. Compatibilidade com os princípios da informalidade e celeridade que regem o microsistema dos juizados especiais criminais. Inteligência do art. 2º da Lei 9.099/95. Baixa Complexidade da Peça. Ato de investigação não configurado. Ausência de invasão da competência da polícia civil. Decisão reformada. Recurso da acusação conhecido e provido. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 22 set. 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504902903/recurso-extraordinario-re-1050631-se-sergipe-0001677-7820168250084>. Acesso em: 26 set. 2021.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. 11. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. **Portal PRF**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/prf/pt-br>. Acesso em: 23 jun. 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Barros, 1940.

SILVA JÚNIOR, Adir José. **Teoria e prática policial aplicada aos juizados especiais criminais**. São Paulo: Editora Suprema Cultura. 2008.

TÁVORA, Nestor. **Novo curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. reest. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei n. 9.099/95**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

OS NOVOS DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO DO HOMEM NA GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS

Nilce da Rosa Neres¹

Valéria Jorge Santana Machado²

RESUMO

Com as mudanças de paradigmas sobre os papéis de homem e mulher na relação conjugal, nos últimos anos outras mudanças importantes para a sociedade. A própria concepção de família tradicional mudou, os papéis que o pai e a mãe desenvolviam em casa, o compartilhamento de responsabilidades e tarefas, em relação ao lar e aos filhos. As mudanças sociais e também legislativas, ocorridas nos últimos anos, fundamentam o presente estudo, que se volta para o papel do homem no cuidado e envolvimento com os filhos, saindo de uma posição tangente para uma participação ativa e, muitas vezes, protagonista. A partir disso pode-se intuir sobre a marcante presença da guarda compartilhada como ferramenta mantenedora do relacionamento paternal e redutora dos efeitos do distanciamento dos pais. A atualização legislativa que implementou a guarda compartilhada apresenta novos desafios para a paternidade após o fim de um relacionamento conjugal. A aplicação objetiva do diploma legal pode culminar com consequências subjetivas peculiares, como a conciliação do tempo dedicado à relação, o custo econômico, a maturidade e responsabilidade na diferenciação entre o relacionamento conjugal que se encerra e a paternidade que continua, a previsão de novos relacionamentos conjugais, todos estes fatores merecem investigação. Diante disso, o presente artigo, explora, o advento da guarda compartilhada e o desafio aos pais, para a maior participação dos genitores. Assim, o presente trabalho é elaborado tendo como norte o homem em sua relação de cuidado e afeto com os filhos após a ruptura do relacionamento. Leva-se em consideração a importância da influência histórica na formação

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) Campus de Joaçaba (SC); nilceneres@hotmail.com

² Advogada. Mestre em Educação pela UNOESC. Professora Orientadora e docente Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) Campus de Joaçaba; valeria.machado@unoesc.edu.br

da masculinidade, alinhando com a evolução da legislação pertinente. Portanto, realizou-se um estudo através da análise doutrinária, jurisprudencial e de artigos, a fim de compreender as dificuldades do homem, no exercício da guarda compartilhada atualmente, para que se pudesse concluir que, os principais desafios, ainda são os problemas do casal na separação e a utilização dos filhos, como instrumento de vingança.

Palavras-chave: Guarda-compartilhada. Parentalidade. Direito de Família. Melhor interesse do menor.

1 INTRODUÇÃO

Estudos recentes apontam que após uma década de vigência da Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, a qual disciplinou a guarda compartilhada, encontram-se problemas no exercício desta modalidade como a ausência paterna e conflitos entre ex-companheiros quando da prática de parentalidade conjunta.

Para alguns autores o modelo a ser estudado é ainda pouco difundido no país, sendo preferencial a utilização da guarda uni ou mono parental que, na maioria dos casos, privilegia a figura materna baseada em um discurso de cunho naturalizante dos cuidados infantis.

Levando em conta as notórias questões de ausência paterna e tendências históricas de guarda mono parental, levanta-se o seguinte problema: quais os desafios a serem enfrentados referentes à participação do homem na guarda compartilhada dos filhos?

É visível a mudança de paradigmas sobre o papel do homem e da mulher na relação conjugal nos últimos anos. Vários fatores resultantes de mudanças profundas no tecido social do Ocidente, como a inserção da mulher no mercado de trabalho, a pílula anticoncepcional, o direito ao voto e o divórcio, parecem ter realocado os genitores para funções diversas às concebidas sob a égide da "família tradicional".

O presente estudo volta-se para o papel do homem no cuidado e envolvimento com os filhos, saindo de uma posição tangente para uma participação ativa e, muitas vezes, protagonista. O divórcio, que já foi visto como tabu, parece perseguir taxas de crescimento exponenciais, o fim da relação provoca a Lei a chamar os genitores para deliberar como serão os cuidados para com os filhos, visando os melhores interesses desses últimos. A partir disso pode-se intuir sobre a marcante presença da guarda compartilhada como ferramenta mantenedora do relacionamento paternal e redutora dos efeitos do distanciamento dos pais.

A atualização legislativa que implementou a guarda compartilhada e demais leis posteriores nesse mesmo intuito, ainda demanda por caracterizar suas consequências práticas. Justamente pela formação patriarcal do homem em confronto com a rápida mudança social dos tempos atuais, a aplicabilidade da guarda compartilhada parece trazer novos desafios para a paternidade após o fim de um relacionamento.

A aplicação objetiva do diploma legal pode culminar com consequências subjetivas peculiares, como a conciliação do tempo dedicado à relação, o custo econômico, a maturidade e responsabilidade na diferenciação entre o relacionamento conjugal que se encerra e a paternidade que continua, a previsão de novos relacionamentos conjugais, todos estes fatores merecem investigação.

Entender como acontece a prestação de afeto aos filhos por parte dos pais, principalmente os homens, é fato de extrema importância para o desenvolvimento de políticas voltadas ao cumprimento da Lei e dos princípios constitucionais.

Diante disso, o presente trabalho é com base em uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial e elaborado tendo como norte o homem em sua relação de cuidado e afeto com os filhos após a ruptura do relacionamento. Leva-se em consideração a importância da influência histórica na formação da masculinidade, alinhando com a evolução da legislação pertinente. A

superficialidade dos relacionamentos presentes nos tempos atuais advindos, da globalização e da internet, mostra que o presente estudo se justifica no fato de que tais fenômenos são, não apenas presentes, mas permanentes.

Desta forma, para que possa ser compreensível o tema, abordar-se-á a construção familiar, especialmente, da paternidade na nossa sociedade, explanando-se sobre a evolução legislativa em prol das crianças/filhos, para desmistificar a guarda compartilhada e a problemática do seu efetivo exercício, para que se possa ao final, compreender o efetivo papel do pai, no desenvolvimento saudável do filho, após as separações.

2 A EVOLUÇÃO DA PATERNIDADE NA SOCIEDADE

A família, na sociedade brasileira como um todo, é o núcleo mais íntimo da sociedade, onde se fundamentam maior parte dos princípios basilares que formam o Estado, onde se formam os valores, regras e que se adaptam em larga escala, para abarcar a sociedade como um todo. Assim, da mesma forma que a sociedade, o Estado e o direito, vêm sofrendo modificações com o passar do tempo, se adequando a novos valores e princípios que vem crescendo, se desenvolvendo com o passar do tempo.

O próprio conceito de família indica estar em constante reexame e o aumento da diversidade nos tipos familiares abarca um maior espectro na sua definição e arranjo. O apanhado histórico parece enfatizar as diferentes nuances na mudança de papéis e compartilhamento de responsabilidades, sejam elas de ordem econômica, sejam de ordem emocional. Há indicativos de que a visão paternalista, advinda do direito romano, entra em confronto, no período pós revolução Industrial, com noções mais liberais e equânimes sobre como o homem e a mulher exercem seus papéis perante si, na relação conjugal, e diante dos filhos.

As mudanças no arraigado conceito do masculino baseado em relações de poder (*pater familias*) parece cada vez mais pujante nas relações

de responsabilidade e envolvimento para com os filhos, tal hipótese reflete-se na legislação brasileira através de leis que demonstram seguir noções principiológicas contemporâneas de liberdade, igualdade e outros direitos humanos.

A entidade familiar é o núcleo da sociedade contemporânea, mas suas características e perenidade vêm sofrendo influências culturais em todas as épocas, fazendo com que o ordenamento jurídico tenha que se adaptar constantemente a essas novas realidades (AKEL, 2008, p.103).

O atual arranjo familiar compreende alternados papéis do homem e da mulher no relacionamento entre si e para com a prole, porém, durante boa parte da história, o homem manteve uma posição de poder dentro do grupo familiar. Corroboram tal entendimento Kroth e Sarreta (2016) ao afirmarem que:

A família é o grupo primário de convívio dos homens e através dos grupos familiares é que começaram a se formar as organizações em sociedade. Ao longo dos anos, de acordo com os períodos históricos, várias foram as designações atribuídas ao conceito de família, sejam com fundamentos religiosos, políticos ou sociais (afeto). Primeiramente, e por muito tempo, adotou-se o poder familiar focado exclusivamente ao homem, seguindo os modelos patriarcais.

Em uma digressão histórica é possível constatar que o poder do homem sobre a família nasceu na sociedade grega e que teve como marco decisivo a monogamia pois antes, a poligamia vigente impedia, em absoluto, a paternidade de se estabelecer visto que, a filiação apenas podia ser contada pela linha materna. Um povo extremamente supersticioso, os gregos basearam a mudança das relações sociais entre homem e mulher no reflexo religioso onde, através do mito da *Oréstia* de Ésquilo, uma história de

traição entre deuses, ocorre a derrota do direito materno, até então superior, pelo direito paterno (ENGELS, 1984).

Na antiga Roma o conceito de família significava, entre outros, o conceito de pessoas colocadas sob o poder de um chefe- *paterfamilias* – que nesse sentido não se confunde com “pai”, mas sim chefe efetivo ou potencial, tudo girando em torno dessa base patriarcal onde o homem é o senhor – *dominus* – a quem está confiada a *domus* – o grupo doméstico. Daí se dizer que quem era *paterfamilias* possuía o *dominiun in domo*; o “Senhor” daquele grupo doméstico (CRETTELA JUNIOR, 2008, p. 77).

É de se observar que as estruturas sociais romanas concebiam a *família* como uma unidade econômica e jurídica subordinada a uma pessoa. E os *filii familias* não eram necessariamente filhos, podiam ser, também, sobrinhos, irmãos, filhos adotivos, além de servos e escravos. A *familia*, nessa concepção, era a unidade social básica; era mais importante do que a *gens* (o clã) (FERREIRA; MACEDO, 2016, p. 42).

Como exemplo do domínio do homem nas relações sociais, o casamento no Direito Romano admitia o instituto da *manus* (poder do marido sobre a mulher). Um casamento cum *manus* levava a mulher a cair totalmente sobre o poder do marido (*paterfamilias*) ficando, inclusive, em uma posição jurídica equivalente à dos filhos naquela legislação (CRETTELA JUNIOR, 2008, p. 85).

Durante o declínio da Idade Média registrou-se mudanças significativas e relevantes nas configurações da masculinidade. Nesse período estava em curso um maior processo de sociabilidade e a ascensão do amor romântico, levando para o âmbito doméstico a expressão dos sentimentos. Com um viés mais civilizatório surge no homem o compromisso para com alguns valores cruciais como lealdade, probidade, coragem etc. Imperativos morais resultantes da emergência de uma burguesia caracterizada pelo autocontrole e contenção da expressão violenta, abriam espaço à modernidade (OLIVEIRA, 2004, p. 23).

A imagem do masculino, com a supremacia da Igreja sobre os tempos, ultrapassa a Idade Média e chega à Idade Moderna trazendo a autoridade divina como um Deus “homem”.

As mudanças sócio-políticas, baseadas nos ideais feministas que acirraram o século XIX, enfrentaram questionamentos como o lugar dos homens e mulheres nas relações sociais, sexuais e demográficas, fizeram emergir um discurso revolucionário. Conforme verifica-se na perspectiva de Cecarelli (2007, p. 91), a “revolução sexual” dos anos 60, que surgiu com o aparecimento da pílula anticoncepcional, foi recebida com certa apreensão, uma vez que anunciava, supostamente, o fim da família, dos costumes e da moral. Desta forma, no período entendia-se que trabalhando fora e levando consigo a pílula, a mulher não resistiria à tentativa de relações extraconjugais.

Não há como se considerar uma conduta sem o seu contexto histórico, e não é diferente com a masculinidade. A identidade masculina vindo do ideal burguês em que apenas o homem trabalhava fora de casa e era ele quem tinha que se debater com as adversidades do mundo; cabia à mulher apenas consola-lo. As mudanças imperativas da sociedade do séc. XX desafiaram os hábitos e valores tradicionalmente definidores da masculinidade. Para o homem os diplomas legais emergentes representaram uma intrínseca afronta à honra, à sua visão de mundo e ao seu papel na sociedade, daí muitas vezes, a expressão de tal incompreensão através de violência contra a mulher e os filhos (OLIVEIRA, 2004; SOUZA; BRITO; BARP, 2009).

“É preciso uma mudança de dentro para fora, tornando o homem capaz de abdicar de sua individualidade em prol do desenvolvimento e do respeito à dignidade humana, da criança.” (KROTH; SARRETA, 2016, p. 499).

Logo, a evolução da família e da sociedade, bem como do próprio patriarcado, trazido dos tempos medievais, onde o homem era responsável por prover e a mulher por cuidar da casa e dos filhos, fez com que a mentalidade fosse mudando aos poucos, já que é uma tradição arraigada na sociedade, como um todo.

2.1 O DESENVOLVIMENTO DA LEI EM PROL DE DIREITOS DOS FILHOS

Conforme mencionado, a sociedade foi construída com base em um sistema patriarcal, onde o pai teria um poder sobre filhos e também da própria esposa, pelo que seu poder traz até os dias de hoje, vestígios no trato, na forma de criação e condução da família.

O utilitarismo estabelecido na Lei da antiga Roma através do “pátria potesta”, dava ao “pai” poder absoluto sobre os filhos, tão grande como o que tinha sobre os escravos, inclusive, podendo rejeitar os recém-nascidos ou matá-los se aprovada tal atitude pelos parentes próximos (CRETTELA JUNIOR, 2008, p. 81).

Mesmo depois da queda do Império Romano, durante a Idade Média, com os primeiros registros do surgimento do sentimento de infância na sociedade, muitas crianças ainda eram negligenciadas, abandonadas ou desprezadas. Sob a ótica de Ariès (1986, p. 157), “assim que a criança tinha condições de viver sem a solicitude constante de sua mãe ou de sua ama, ela ingressava na sociedade dos adultos e não se distinguia mais destes.”

A partir do séc. XVIII a família passa a se organizar em torno da criança, valorizando a convivência familiar. Com a influência dos eclesiásticos e os homens da lei, assim como o surgimento de moralistas, a partir do que, objetiva-se a disciplina e racionalidade nos costumes fazendo com que os pais passem a familiarizar-se com os próprios filhos, tratando-os como pessoas racionais e dignas de ternura. Em complemento, a emergência dos conceitos de higiene e saúde pública fizeram aumentar os cuidados para com as crianças. Os assuntos relativos à família passaram a ser o centro do interesse social, tendo a criança assumido lugar de destaque e merecedor de atenção quanto a seu futuro, sua educação e saúde (FERREIRA; MACEDO, 2016; ARIÈS, 1986).

É desse contexto que provém a gênese do ordenamento jurídico brasileiro, pois o mesmo não é exatamente fruto de uma tradição nacional e sim, uma importação dos códigos do direito português com reflexos advindos desde as Ordenações Afonsinas – construídas sob forte influência do direito romano e canônico – que por sua vez deram origem às Ordenações Manuelinas, sob o Reinado de D. Manuel, o venturoso; essas últimas, por seu turno, sucedidas pela Ordenações Filipinas em 1603 que preservaram em sua essência os aspectos centrais dos códigos anteriores no que tange à regulação da vida particular e doméstica, mantendo os filhos e a mulher sob absoluta propriedade do homem e submissos a ele (SOUZA; BRITO; BARP, 2009, p.66).

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até 1916 quando foi promulgado o Código Civil, que previa o casamento como única forma de constituir família. Da posição das autoras Ferreira & Macedo (2016, p. 47) “deferia ao pai o pátrio poder, visto ser o chefe da sociedade conjugal. A mulher exercia tal poder em sua ausência ou impedimento. Era patriarcal.”

Os sinais de mudanças dos tempos nas relações familiares no Brasil viriam, justamente, com alterações no Código Civil em favor da mulher casada através da Lei n. 4.121, de 1962. Conhecida como Estatuto da Mulher Casada, tal documento foi uma conquista para o feminismo brasileiro; através da extinção da desigualdade jurídica entre marido e esposa, tornou a mulher absolutamente capaz de exercer os atos da vida civil. Mesmo assim o processo legislativo tramitou por mais de uma

década entre pronunciamentos de deputados e senadores evidenciando o pensamento masculino da época (GAZELE, 2005, p. 8).

Na esteira das mudanças sociais e políticas que fervilhavam em âmbito nacional nos anos 70, e em flagrante atrito com instituições conservadoras influentes, como a Igreja Católica, o divórcio passa a ser possível no Brasil através da aprovação da Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977 inserindo profundas mudanças no Direito de Família (FÁVER; TANAKA, 2010, p.

363). Manifestava-se nos debates, anteriores à aprovação da lei, o jornal catarinense O Apóstolo (BRANDÃO, 1951, p. 3), de Florianópolis-SC, editado pela Cúria Metropolitana Católica:

Há uma campanha mais ou menos cerrada conforme a ocasião e a moda, em favor do divórcio. Desejam para o Brasil esta calamidade, este flagelo social, esta chaga da civilização paganizada. O cinema e o romance, infelizmente hoje vão criando a mentalidade divorciada em gente mundana. A isto se acrescentem mulheres fúteis e levianas e os maridos infíéis e gozadores da vida [...] aqui só querem imitar os Estados Unidos nas patifarias, nas futilidades e imoralidades que *Hollyhood* revela em seus filmes, e...*no divórcio!*

Com o fim do Regime Militar em 1985, a Constituição Federal de 1988 consolidaria o princípio da dignidade pessoa humana em seu art. 1º, III, das liberdades individuais no art. V e dava especial atenção às famílias em seu artigo 226, "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (BRASIL, 1988).

Após a redemocratização, e sob a égide de uma Constituição, o Brasil ainda assistia ao abandono e desassistência de milhões de crianças nos anos 1990, posto que a constituição havia previsto a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado sobre elas:

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).

É nesse bojo que, no intuito de ver na prática o art. 227, institui-se o Estatuto da Criança e do Adolescente através da Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, que também criou os Conselhos Tutelares. A criança e o adolescentes passam a ser compreendidos como sujeitos de direitos (BRASIL, 1990).

Conforme avalizam Ferreira e Macedo (2016, p.46), ao dizer que o artigo 21, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), veio para consagrar o preceito constitucional, que determina que “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe”, tudo dentro da forma em que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O conceito de poder familiar acaba por ressignificar o de pátrio poder pois, o poder familiar não é livre e absoluto, no sentido que o pátrio poder tinha em Roma. Agora o Estado fiscaliza o exercício do poder considerando o melhor interesse da criança e do adolescente, inclusive, podendo ser suspenso. Em 2002 foi criado o novo Código Civil dando poder familiar para ambos os pais, com base no princípio protetivo e no melhor interesse dos menores (FERREIRA; MACEDO, 2016, p. 46).

É no sentido de atender ao poder familiar atribuído a ambos os pais, quando da ruptura dos relacionamentos, e no melhor interesse da criança e adolescente que o novo Código Civil prevê em seu art. 1583, §1º o conceito de guarda compartilhada como responsabilidade conjunta do pai e da mãe, que não vivam sob o mesmo teto, no que tange ao poder familiar sobre os filhos comuns (GONÇALVES, 2017, p. 284).

Nem sempre é de fácil dimensionamento aquilo que se perde com o divórcio e como o futuro vai impactar a vida dos atores da extinta relação. É certo dizer que os filhos acabam por serem coadjuvantes nesse cenário pois são os que possuem menos poder no drama que se desenrolou por anos. Daí a importância da guarda compartilhada como uma maneira de fazer com

que os pais, que não mais convivem, mantenham vínculos latentes com seus filhos mesmo após o rompimento (FERREIRA; MACEDO, 20016).

Sendo assim, a família uma organização social, fortemente influenciada pela cultura de sua época, deve-se observar que no período contemporâneo em que vivemos, fruto da globalização e das novas tecnologias de comunicação, as entidades familiares são frequentemente mais superficiais e mais suscetíveis à dissolução.

2.2 A GUARDA COMPARTILHADA

Na situação de normalidade do casamento ou união estável, os pais são titulares do poder familiar e o exercem ao mesmo tempo, com os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos. Com o advento do divórcio ou separação física dos

genitores, nada se altera em relação aos poderes familiares, no entanto, é necessário que se defina quem exercerá a guarda física dos filhos e ficará responsável por situações importantes do dia a dia da criança ou adolescente (MADALENO, 2013, p. 438).

Desde dezembro de 2014, a Lei n. 13.058, deu nova redação ao parágrafo 2º, do artigo 1.584, do Código Civil, alterando a guarda compartilhada, de uma exceção, à regra.

A guarda compartilhada, conforme prevista nos artigos 1.583 à 1.584, do Código Civil, é essencialmente a responsabilização paritária entre pai e mãe, sobre o exercício de direitos e deveres sob os filhos, quando não residem juntos.

Para Silva (2017, p. 1), a guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, que pertençam ao poder familiar dos filhos comuns. Distingue que, para tanto é necessário que ambos se revelem aptos a exercer tal poder e se mostrarem, ao mesmo tempo, interessados em deter a guarda

dos menores. Esse tipo de guarda exige que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre pai e mãe, sempre tendo em vista as condições fáticas e, primordialmente, os interesses dos filhos.

Para Grisard Filho (2000, p. 111), a guarda conjunta ou compartilhada, é um dos meios de exercício de da autoridade parental, como um chamamento dos pais que vivem separados, para que exerçam, juntos, a autoridade sobre os filhos, assim como era durante a união ou casamento. Sendo assim, conservam seus direitos sobre a criança, mantendo mutuamente a custódia e responsabilidade, flexibilizando exclusivamente, em determinados períodos a sua posse.

Na legislação, § 1º, do artigo 1.583, do Código Civil, define a guarda compartilhada como sendo “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos”.

Logo, há que se destacar, que a guarda vai muito além da definição da residência do filho, a residência, inclusive é um dos fatores menos importante em relação ao exercício dos direitos e deveres da criança.

A guarda compartilhada consiste no exercício conjunto do poder familiar, ou seja, a divisão das principais tomadas de decisões em relação ao filho. Diferente, portanto, da unilateral, na qual todas as decisões são tomadas pelo genitor que a detém, cabendo ao outro, nos termos do artigo 1.589, do Código Civil, apenas a fiscalização.

Assim, compreende-se que a guarda compartilhada confere a ambos os pais a responsabilidade sobre a criação dos filhos, mesmo após a ruptura da vida conjugal. Esse tipo de guarda exclui a sensação de abandono causado pela separação dos genitores, possibilitando assim o contato diário e mantendo-se o vínculo sentimental com os mesmos (GRISARD FILHO, 2000, p.155).

Depreende-se, desta maneira, que a ideia é fazer com que pais separados compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em

conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões, dando o melhor para a criança (VENOSA, 2012, p. 185).

Com base nisso, tem-se que na guarda compartilhada ambos os pais adquirem a responsabilidade de forma igualitária na participação de atividades diárias realizadas por seus filhos menores, inclusive na escolha das atividades importantes, que possam envolver a educação do filho e outras situações que venham a influenciar na vida da criança.

Ademais, a guarda compartilhada para Grisard Filho (2000, p. 79): “[...] é a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre o menor, os pais residentes em locais separados.”

A guarda, por si só, é um complexo de obrigações que o guardião tem para o com o menor em todas as esferas de sua vida, tais como a saúde, cuidado, educação, vigilância, assistência moral e social e de retomá-lo à sua posse de quem injustamente a detenha e esta nem sempre recai sobre a pessoa dos genitores (CEOLIN, 2018).

Além disso, a guarda compartilhada tem como principal objetivo ampliar o convívio do menor com os dois genitores. Nesse ponto, se faz indispensável esclarecer que ampliar o convívio, é diferente de estabelecer residência. Com isso, é possível que a residência seja fixada com um (mãe ou pai), e muitas vezes recomendável, garantindo-se ao outro um convívio superior a meros finais de semana alternados (FIGUEIREDO, 2021).

Ensina, ainda, Figueiredo (2021), que a guarda compartilhada, não necessita da concordância de ambos os genitores, o seu deferimento depende, nos termos do §2º, do art. 1.584, do Código Civil, de um único requisito, que é ambos os genitores estarem aptos a exercer o poder familiar. Portanto, a guarda compartilhada só não será deferida, quando um dos genitores não estiver apto, quando manifestar o desinteresse ou quando a animosidade entre eles for tão grande, que impeça uma harmonia mínima para as tomadas de decisões.

Quando o Código Civil afasta a exigência de consenso entre os genitores para instituição da guarda compartilhada, mais do que dar efetividade às já mencionadas normas constitucionais, tal dispositivo também está, expressamente, reconhecendo a criança e o adolescente como sujeitos de direito, pessoas em desenvolvimento que necessitam ter seus interesses e direitos amparados e protegidos integralmente, devendo tais interesses e direitos, conforme previsto no caput do artigo 227, da Constituição, se sobreporem às paixões condenáveis e às conveniências egoístas de seus genitores, ambas decorrentes do término da sociedade conjugal ou do fim do relacionamento amoroso ou eventual (SILVA, 2017).

A guarda compartilhada, portanto, não está vinculada a repartição de tempo de permanência dos genitores com a criança, mas sim ao compartilhamento de outras coisas importantes para a criança, para que ambos os pais possam exercer direitos e deveres, tendo-os em sua companhia nos tempos distribuídos, e mantendo contato e comunicação entre si, apesar da separação do casal e de deixarem de conviver.

Madaleno (2013, p. 439), ressalta que a guarda compartilhada como expressão fidedigna do princípio da corresponsabilidade familiar implica que, questões relativas à vida diária do filho passam a ser assumidas através de consulta, sem necessidade de coabitação, para que em uma sociedade globalizada, com inúmeros meios de comunicação, fica cada vez mais acessível aos pais a comunicação, para consonância acerca das decisões sobre os filhos.

Em suma, a guarda compartilhada pretende resguardar o melhor interesse da criança, reconhecendo que o ideal é ampliar a convivência com ambos os genitores e dividir as decisões importantes, reconhece que a mãe e o pai são igualmente importantes para o desenvolvimento do menor, e não há distinção entre a capacidade de cada um, no exercício dos direitos e deveres da criança.

Destaca Grisard Filho (2000, p. 169), que em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de continuar na guarda e proporcionar a tomada de decisões de forma conjuntas relativas aos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, mantendo assim a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos. Compartilhar a obrigação do cuidado

dos filhos significa disponibilizar aos pais espaço para suas outras atividades, trazendo assim o melhor para os genitores também.

Conforme dito, existem vantagens na guarda compartilhada, inclusive aos pais, que podem proporcionar uma realidade mais fática das necessidades dos filhos, o que favorece assim uma melhor qualidade na relação entre pais e filhos, bem como ajuda na divisão das responsabilidades parentais, podendo proporcionar maior segurança para os pais e oferece oportunidades de crescimento, e a tomada de decisão comum, reduzindo a necessidade de recorrer aos tribunais (PAIXÃO; OLTRAMARI, 2005, p. 64-65).

Para os filhos, a guarda compartilhada favorece o convívio com ambos os genitores, diminuindo qualquer possível sentimento de fuga, retirando da criança o fardo de ter que decidir entre o pai ou a mãe, mantendo o contato da criança com parentes das duas famílias, garantindo assim a continuação dos cuidados de todos os demais familiares e os vínculos afetivos.

Para Vieira (2014), existem muitas outras vantagens, tais como a manutenção do vínculo que existia quando pais e filhos residiam na mesma moradia, são extintas as visitas com horário marcado estipulados pelo juízo, bem como mantém-se uma continuidade no convívio e nas responsabilidades dos genitores para com seus filhos menores, não havendo sobrecarga de responsabilidade para nenhum dos pais, como acontece na guarda unilateral.

Da análise de decisões dos tribunais, percebe-se que a guarda compartilhada vem sendo aplicada como regra, apesar da resistência das mães quanto à aceitação do novo instituto e, somente em casos

excepcionais, é que está sendo aplicada a guarda unilateral. Neste sentido são as decisões, desde o advento da alteração legislativa, que tornou regra a guarda compartilhada.

Conforme se verifica da decisão da Ministra Nancy Andrighi³ (BRASIL, 2014), em um Recurso Especial, a qual foi relatora, onde destaca que a guarda compartilhada busca pela a plena proteção do melhor interesse do filho, porque reflete na realidade da organização da sociedade atual como um todo, assim caminha para o fim de divisões rígidas de papéis entre pais e mães. Desta maneira, a inviabilidade de uma guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer uma premissa contrária aos direitos e deveres inerentes ao Poder Familiar que existe para a proteção dos filhos. Por isso, a imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não há um consenso, é uma medida entendida como extrema, porém necessária à implementação do respeito à letra da lei e dos direitos dos infantes.

Deste modo, conforme leciona Hironaka (2015), esse modelo de guarda é o que melhor atende às necessidades da criança, de forma que a responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao

³ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidencição das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido". (STJ – REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014). (BRASIL, 2014).

desenvolvimento dos filhos, em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga de maximamente patriarcal de pátrio poder. Assim, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da alienação ou de usar qualquer integrante da família, como objeto para obtenção de objetivos egoístas.

Grisard Filho (2000, p. 123), dispõe que a guarda compartilhada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho de forma alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser escolhida, a exemplo, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, no entanto de forma igualitária, durante todo o período possuem em conjunto a totalidade dos poderes deveres que integram o poder paternal.

Alguns autores, ainda, indicam algumas dificuldades no exercício da guarda compartilhada, apontadas como desvantagens, que obstarão o exercício da guarda nesta modalidade. Apontando como principal fator, algum problema pessoal do genitor, ou entre os genitores, que possa colocar em risco a vida ou até mesmo a saúde física ou psíquica da criança.

Conforme já mencionado, a guarda compartilhada é contra indicada, quando ocorre a hostilidade e divergência constante entre os pais, a falta de compreensão, de diálogo, a constante insatisfação entre eles e a tomada de decisões individuais, tornando impossível este tipo de guarda. Neste caso é cabível a guarda unilateral, deferindo-a ao genitor que estiver mais bem disposto a dar amplo acesso ao filho e as melhores condições de moradia, saúde física e mental.

Paixão e Oltramari (2005, p. 64-65), afirma que nestes casos, as crianças ou adolescentes são usados como armas para ferir ou atrapalhar o convívio e a vida de um dos genitores, para afetar a autoestima do outro genitor, que não é mais visto pelo ex-cônjuge como pai ou mãe de seu filho e, dessa forma, uma pessoa digna de respeito. O outro genitor passa a ser

como um inimigo de guerra, devendo ser derrotado custe o que custar, ainda que seja a custo da infância inocente ou a saúde emocional de seus filhos.

É claro que o exercício da guarda compartilhada ocorre sempre após a análise de cada caso concreto, sendo que cada família que se determina conforme o tipo de guarda melhor se enquadrará, no entanto o insucesso da guarda compartilhada é certo quando não existe bom senso e respeito mútuo entre os genitores.

Para Venosa (2012, p. 187), o juiz deverá procurar a solução prevalente que melhor se adapte ao filho, sem se esquecer de levar em conta os sentimentos e direitos dos pais. Deve o magistrado atender a vontade dos pais conforme a declinam na separação por mutuo consentimento, lembrando que essa decisão também não faz coisa julgada, podendo ser alterada, a qualquer tempo, no futuro, havendo necessidade e conveniência. A guarda compartilhada dos filhos por ambos os pais divorciados também deve ser sempre objeto de exames em cada caso concreto. O projeto de lei do Estatuto das Famílias, no capítulo referente à guarda dos filhos e ao direito de convivência, aconselha o juiz a optar pela guarda compartilhada sempre que possível, assegurando-se sempre a convivência de ambos os pais.

Para Teyber (1995, p.119), a guarda compartilhada é uma abordagem nova e benéfica, que funciona bem para os pais que conseguem cooperar, assim, muitas vezes tem êxito quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos pessoais.

Outra desvantagem é quando um dos genitores passa a residir em cidade distante de onde se encontra o filho, tornando isto um obstáculo a mais na convivência, assim os pais deixam de lado o princípio da guarda que é o melhor interesse da criança, e a dificuldade de se estabelecer um consenso toda vez, mesmo tão distantes.

Tem-se, por fim, que a guarda deve ser utilizada em prol da criança, sempre pensando nos seus direitos e melhor interesse, que é preferencialmente o maior convívio possível com ambos os genitores, de

forma saudável e harmônica, independente da relação havida entre os pais, salvo se um deles representar algum risco para a criança ou se os conflitos impedirem qualquer consenso, inclusive sobre

as necessidades, direitos e deveres dos filhos.

Ainda, destaque-se que, mesmo havendo a guarda compartilhada, há fixação de alimentos, tendo em vista que é necessário que se estabeleça um local de residência fixa da criança, inclusive para questões básicas, da vida civil, tais como educação, cadastros públicos. Assim, aquele genitor com quem ficar a residência do menor, ficará responsável também pela gestão financeira dos recursos devidos para a manutenção das necessidades existenciais da criança.

3 OS CONFLITOS NA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

A permanência ou não do relacionamento de um casal está fundada nas crenças e expectativas que cada um tem sobre o outro, daí a presença de estereótipos culturais limitarem a alternância de papéis.

Corroboram nesse sentido Murueta e Guzmán (2009, p. 54), ao constatarem que os homens, por exemplo, negam ter tristeza ou chorar, acreditam que não devem ser sensíveis pois, ser sensível é sinônimo de “ser gay”, que a sua infidelidade é natural. As mulheres, por outro lado, seguem padrões como “ler o pensamento dos homens”, atender às demandas sexuais masculinas e suportar o machismo por motivo dos filhos.

Da posição de Ramirez e Costa (2016, p. 99) pode-se afirmar que a função dos pais muitas vezes, parece distorcida sob a ótica da criança após o divórcio. Ambos os pais devem sobrepor o interesse e bem-estar dos filhos sobre suas diferenças e conflitos, o que implica em manter suas responsabilidades parentais e permitir à outra pessoa que faça o mesmo.

Apesar de vários diplomas legais no sentido da presença de ambos os genitores na vida dos filhos após o divórcio é comum a ausência paterna nas mais diversas situações. Corroboram nesse sentido Eizirik e Bergmann (2004, p. 330):

[...] desperta especial interesse nos dias de hoje, devido à modificação da estrutura familiar atual, em que se observa a crescente ausência do pai. As principais teorias do desenvolvimento se baseiam no modelo de família convencional, e, possivelmente, as novas configurações familiares repercutem nas relações interpessoais e intrapsíquicas, tornando este tema relevante.

A estrutura familiar pós Constituição de 1988, assumiu juridicidade ao vínculo afetivo entre os membros do grupo familiar sendo este, o único capaz de gerar consequências de ordem pessoal e patrimonial. O afeto tem tal importância na constituição do conceito de família que a Constituição o tem como alicerce de famílias, não necessariamente, formada pelos pais e seus descendentes, como no caso das uniões homoafetivas por exemplo. É certo que a afetividade é um princípio do Direito das Famílias derivando, implicitamente do princípio da solidariedade e da dignidade humana (FRANÇA, 2015, p. 9-10).

A participação do homem contemporâneo no desenvolvimento de vínculo afetivo com os filhos reflete, ainda, sua origem histórica de autoridade e rigidez de papéis a se desempenhar. Asseveram Moreira e Toneli (2015, p. 1258) que:

No interior da instância familiar, os enunciados explicitam a matriz heterossexista, construindo lugares específicos para homens e mulheres, recheados de prescrições, funções e características. Para que se transforme numa demanda jurídica legítima, o afeto será entendido como cuidado e convívio. Mesmo nesta operação enunciativa,

o cuidado paterno não se produz de forma semelhante ao cuidado materno. Ao referir-se à paternidade, o afeto (cuidado) se transformará na demanda por limite e autoridade, que se sustenta na associação entre a ausência paterna e a criminalidade.

Atualmente os tribunais estão recebendo uma grande demanda de ações pedindo danos morais advindos do abandono afetivo dos pais (homens) para com os filhos após a ruptura do relacionamento dos genitores.

Debate-se o entendimento de que a falta de afeto por parte do pai torna-se objeto de reparação com indenização pecuniária o que a lei não teria o condão de alcançar, no entanto, o cuidado e a presença paterna são deveres baseados no princípio constitucional da dignidade humana e não, necessariamente, busca-se tratar de valores ou sentimentos como o amor.

A ausência da vigilância e prestatividade são questões abordadas no âmbito da responsabilidade, que não se satisfaz apenas com a obrigação financeira (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 678).

Cabe aos pais, em conjunto com a mãe, oferecer o melhor aparato para o filho, para um desenvolvimento maduro e sadio, não exclusivamente saúde física, mas oferecer também, o melhor desenvolvimento psíquico para a criança, na sua formação como ser humano.

2.1 OS NOVOS DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO DO HOMEM NA GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS

Com o novo entendimento, legislativo que vem construindo jurisprudência e uma tendência, já nas decisões de primeiro grau, o exercício da guarda vem mudando pouco a pouco, assim como a sociedade e a mentalidade dos pais, em relação a importância da convivência da criança, com o outro genitor.

Todavia, como indicam as estatísticas do IBGE, sobre um estudo realizado no ano de 2011, que 87,64% das guardas, ainda continuam sendo concedidas prioritariamente às mães (IBGE, 2011). Desta forma, demonstrando que estas ainda são em maioria as detentoras da guarda após a separação conjugal do casal.

Neste sentido, corroborando esses dados Alves et al. (2014), quando falam sobre a concepção da paternidade através do relato de operadores do direito, que atuavam em varas de família, apontam que a ideia de que a mãe é mais bem preparada para o exercício dos cuidados parentais, ainda se mantém presente no discurso desses profissionais, apesar de a legislação ter ultrapassado essa concepção.

Nesse sentido, Brito (2005) revela que talvez, em razão disso, muitos homens relatam ter a sensação de que no momento da ruptura conjugal, já se naturaliza o afastamento do pai em relação aos filhos. Menciona que, em uma entrevista, feita à pais e mães separados, a autora verificou que 70% deles reconheceram que o genitor que não detém a guarda, normalmente o pai, participa muito menos das decisões importantes relacionadas aos filhos. Assim, ainda que não se desconsidere os inúmeros pais que participam ativamente da vida dos filhos após uma dissolução, o afastamento do pai após a separação é considerado um desdobramento importante do contexto da família.

Destaca-se que, dentre os motivos mais frequentes apresentados pelos homens para justificar o afastamento, estão as dificuldades de relacionamento com a ex-companheira e/ou a família desta ou, ainda, início de uma nova família, por parte do pai. Esse fato parece demonstrar a distância entre o que ocorre após a separação do casal e o que determina a lei, já que prevê o Código Civil que, mesmo após a separação, ambos os genitores possuem este dever para com os filhos (CÚNICO; ARPINI, 2013).

Ocorre que, muitas vezes o núcleo central do direito parental, não é respeitado, sequer pelos genitores, que ignoram o melhor interesse da

criança, que é a diretriz que se deve perseguir e traduz princípio constitucional extraído da interpretação conjunta do artigo 227, da Constituição Federal e do artigo 3.1, da Convenção sobre direitos da Criança. Isso significa dizer que, embora o melhor interesse deva ser investigado no caso concreto, tem-se que, como núcleo essencial a preservação e o exercício dos direitos fundamentais dos filhos por meio da relação parental. (TEIXEIRA; DADALTO, 2019, p. 41).

A igualdade parental com uma priorização da guarda compartilhada, uma vez atualmente é tratada como a regra no ordenamento jurídico nacional. Mesmo com o rompimento e discordância dos pais, mesmo com a fragilidade emocional existente, ambos permanecem detentores do poder familiar. Assim, quando não houver motivo que configure risco ao menor ou que desabone a figura parental, deverá ser preservado convívio igualitário com ambos os pais como garantia ao pleno desenvolvimento do filho (GUARIENTE; SIMÕES, 2021).

Além dessa responsabilidade conjunta dos pais, também é importante que a criança conviva com ambos os genitores para que construa sua própria imagem de cada um deles, sem interferência de apenas um dos pais (SILVA, 2005). Essa representação somente se dará, quando relacionada à qualidade do convívio, no período em que cada um dos pais permanece com a criança.

A regra, portanto, é o esforço para a manutenção do convívio paterno-filial e apenas em casos excepcionais, em que o contato físico entre pais e filhos possa causar risco à saúde da família ou da criança, poderá haver a suspensão temporária da convivência presencial (GUARIENTE; SIMÕES, 2021).

De acordo com Grzybowski e Wagner (2010), mesmo que o genitor que residente com a criança, se envolva mais em situações práticas da vida do filho, isso não exclui a possibilidade de uma participação saudável, do outro, após a separação, ou seja, é necessária cooperação, planejamento e divisão de tarefas, entre ambos. Assim, o genitor que reside com a criança não é

o único detentor dos deveres e direitos para com os filhos, estando dessa forma em conformidade com o que o Código Civil determina.

De acordo com Pereira (2011), os pais que se entendem e conseguem estabelecer um diálogo, naturalmente irão compartilhar os deveres da paternidade e, assim, participar do cotidiano dos filhos. Desta forma, aqueles pais que possuem um conflito entre si, não conseguindo se comunicar e estabelecer a divisão de responsabilidades, quando não há um bom relacionamento, a guarda conjunta dos filhos ainda é indicada como uma forma de evitar que se instale a alienação parental, quando um dos genitores exerce interferência na criança ou adolescente, para induzi-lo contra o outro genitor, na tentativa de romper os vínculos com este.

Como um dos principais empecilhos para o exercício da guarda compartilhada, atualmente, encontra-se o conflito entre os genitores, após a ruptura do relacionamento, sendo que reflexos da separação ainda influenciem o exercício da guarda, mesmo muito tempo após a separação dos pais.

Observa-se que até hoje permeia o imaginário da sociedade, e é muito partilhado por ex-casais, a vinculação de ser um bom pai ou mãe e bom cônjuge, entendimento a muito já foi ultrapassado pela legislação nacional, quando não se define mais a guarda através da noção de culpa pelo fim do casamento (BRITO, 2005).

Diante disso, Pereira (2011), assinala que os pais em processo de separação deveriam deixar os filhos fora do conflito conjugal. É necessário que haja um discernimento entre o casal conjugal e a “dupla” parental, visto que é o primeiro que deixa de existir após a dissolução conjugal, já o segundo deverá permanecer com seus deveres perante a prole, conforme já afirmado.

No entanto, se sabe que nem sempre esta distinção é feita pelos pais, o que torna difícil o exercício da guarda compartilhada, e da maior participação do genitor, por conta das disputas e, muitas vezes, mágoas, entre os genitores, que acabam utilizando dos filhos como meio de vingança.

Assim, muitas vezes, mesmo estando estabelecido judicialmente o dever de ambos os pais compartilharem os cuidados para com os filhos, nem sempre tal exercício é efetivamente vivenciado. Esta situação aponta para a presença de dificuldades que acabam implicando no afastamento do pai, mantendo-se, em todos os casos, a mãe como a principal figura na manutenção dos cuidados parentais. Isto reflete uma perspectiva histórica de que a mãe é a pessoa naturalmente responsável e mais capacitada para o exercício desta função, sendo, ainda, muito recentes os estudos que envolvem os cuidados parentais por parte do pai. Nesse sentido, há ainda um caminho a percorrer em direção ao fortalecimento da relação paterno-filial que vá para além das obrigações pecuniárias (CÚNICO; ARPINI, 2013).

O convívio é um direito fundamental, uma prerrogativa que garante ao menor a efetivação do dever de cuidado, o exercício da autoridade parental, a criação e manutenção dos vínculos, indispensáveis para um desenvolvimento pleno e sadio. A interrupção da convivência entre “guardião e guardando”, traz à ambos danos de difícil reparação.

Em suma, por mais que a convivência deva exercer o protagonismo, não é o único foco das lides, estas incluem em múltiplos casos divergências quanto à criação, formação do menor (aulas e cursos presenciais, viagens, etc.) e o fenômeno da alienação parental. Neste caso, a guarda se reveste de “posse” e impossibilita o estreitamento dos laços de convivência familiar. Apesar da atipicidade do atual cenário, muitos “guardiões alienantes” subterfugiam-se a fim de legitimar tais práticas, garantir o afastamento total do outro guardião (MADALENO, 2018).

Nessa conjuntura, as verdadeiras vítimas deste processo não percebem o que ocorreu, sequer possuem o discernimento para analisar os fatos, uma vez que internalizaram as ideias passadas pelo alienante e estão absolutamente convictas de que o outro guardião não lhes tinha carinho e afeto. Consequentemente, com a suspensão do convívio presencial aliada às dificuldades quanto à comunicação (perpetradas pelo guardião alienante),

agravam a situação, fragilizando ainda mais os vínculos, a convivência, a finalidade da guarda compartilhada e o exercício pleno de inúmeros direitos.

Para Ramos (2016), constatar judicialmente que a autoridade parental permanece igualitária, garantida à ambos guardiões apesar das modificações, não garante, por si só, a participação efetiva, o exercício do direito à convivência, a finalidade integral do compartilhar e da guarda compartilhada. Ademais, sem convivência a relação de afeto se enfraquece. Cabe ao Estado intervir nessas relações, determinar as partes os lineares em prol do convívio, da criação e felicidade do menor, bem como criar mecanismos capazes de garantir a efetiva participação de ambos no convívio com o menor.

Na Justiça, vão parar as carências das áreas da saúde e social, o sofrimento do corpo, mas, principalmente, o sofrimento da alma humana, quando o litígio envolve questões ligadas ao direito de família. São as vítimas do jogo insensato ou do macabro circo de miséria humana mal resolvido, homens e mulheres em explosões de ódio e intermináveis disputas por patrimônio ou guarda de filhos, ou em gritos lancinantes de ajuda e meios de seu próprio sustento e alcance de uma vida digna. São também os filhos, principalmente os de tenra idade, colocados como epicentro da disputa paterna, como se fossem meros objetos numa relação de forçada convivência em que se lhes renega a posição de sujeitos de direito (AZAMBUJA, 2006, p. 532).

Nada é mais prejudicial, para o desenvolvimento afetivo da criança, do que a incerteza, desta forma cabe aos genitores fixar os objetivos a serem atingidos, definir o que é preciso fazer e o que não se deve fazer, lhe sendo lícito dizer que a estabilidade e, portanto, a segurança, dependem, antes de tudo, da conduta dos pais. Assim, será feliz a evolução afetiva da criança, se essa puder, sem risco de erro, predizer aquilo que vai fazer amanhã, em função daquilo que fez ontem e nos dias precedentes (COSTA, 2003, p. 719).

A ruptura do relacionamento, especialmente numa família com filhos, não é uma crise tão simples de ser superada. Contudo, não é o divórcio em

si a causa dos problemas dos filhos, e sim a forma como os pais reagem aos filhos durante o processo e a qualidade do cuidado parental que proporcionam depois dele (TEYBER, 1995, p. 22).

De acordo com Zimerman (2005, p. 118), a psicanálise já comprovou que todo indivíduo possui um grupo de "personagens" que moram dentro de seu psiquismo, e que "interagem dentro de si e que seguem determinado *script*, como o de repetir as mesmas cenas que presenciaram e vivenciaram na relação dos pais, desde a infância." Desta forma, quando adultos, inconscientemente, acabam por escolher pessoas que se adaptam ao roteiro desta peça teatral que está impressa em sua psique, assim os mesmos personagens permanecem desempenhando os mesmos papéis, e só o que muda são os atores, representados pelas novas pessoas escolhidas.

Por tanto, cada um dos genitores precisa apoiar o papel parental do outro e não sabotar a autoridade do ex-companheiro junto aos filhos, assim não devem fazer com que os filhos escolham um deles, e sim incentivá-los a ter ligação com ambos. Desta forma, o filho sente poder amar, vincular-se e desejar conviver com ambos os genitores sem, com isso, sentir-se traído ou ferindo pai ou mãe. Eles precisam ser poupados do papel de interlocutores para as emoções relativas ao término vivenciado pelos genitores, sem falar nas queixas e nas desqualificações forma de desabafo e tentativa de trazer o filho como coadjuvante em atitudes vingativas e retaliadoras (MOTA, 2006, p. 594).

Tantos elementos, são necessários ao desenvolvimento saudável da criação e também de uma convivência harmônica entre os pais, que precisam sempre pensar no melhor interesse do infante e não em seus próprios desejos de vingança em prol do outro genitor. Assim, é nítido verificar, que um dos principais impeditivos do efetivo desempenho da paternalidade são os conflitos decorrentes da ruptura dos relacionamentos, entre os genitores.

E, o maior desafio do genitor, na divisão dos cuidados com a criança, após a separação do casal, torna-se dividir os problemas conjugais do trato necessário aos cuidados com o filho.

Desta forma, é imprescindível para a saúde e desenvolvimento emocional dos filhos que os pais, trabalhem seus problemas sempre pensando no melhor para a criança, que é o centro da causa e destinatário dos cuidados e responsabilidades devidas por ambos.

Todavia, sabemos que nos dias atuais, não é muito fácil educar e providenciar o sustento dos filhos em conjunto, estando os pais em harmonia no relacionamento como casal, mais complicada fica a situação quando acontece a separação conjugal. Até mesmo na questão de impor limites aos filhos que ao se depararem com a separação dos pais, acabam muitas vezes se valendo da chantagem emocional, trazendo para a realidade da nova situação mais um agravo desafiador.

As pessoas que vivenciam uma separação conjugal na maioria das vezes estão despreparadas para este momento tão difícil, o qual envolve mudanças em vários aspectos, tais como econômicos, sociais e psicológicos.

Contudo, nem sempre os pais, exercem seus deveres de forma adequada, e assim, os direitos que permeiam as relações familiares constantemente sofrem abusos ou omissões, e isso faz com que o Direito das Obrigações esteja cada vez mais presente no âmbito do Direito de Família, sendo a Guarda Compartilhada uma dessas obrigações imposta pela Lei.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito não é uma ciência exata e estática, que resiste inerte com o passar do tempo, antes mutável, vai se amoldando com a evolução da sociedade. Da mesma forma, com a mudança de paradigmas acerca das funções de cada um dos pais, dentro do seio familiar, a concepção da guarda

após o divórcio, com o afastamento dos pais também mudou, criando como regra, a distribuição de direitos e deveres, entre ambos os pais.

Todavia, transcorrido mais de uma década de vigência da Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, a qual disciplinou a guarda compartilhada, encontram-se problemas no exercício desta modalidade, tais como a ausência paterna e conflitos entre ex- companheiros quando da prática de parentalidade conjunta.

Muitos aspectos são vistos, pelos doutrinadores, como desafios para o pleno exercício da guarda compartilhada, mas dentre os principais, construções históricas acerca do instinto maternal da mulher, bem como a concepção, ainda machista, de que a mulher teria maior aptidão para os cuidados com os filhos, diferente do homem que deveria ser o provedor, assim, até hoje, muitas guardas ainda vem sendo definidas de forma monoparental ou unilateral.

No entanto, o maior de todos os desafios pelos pais separados, no exercício da guarda, é superar os problemas e ressentimentos do término da relação, para serem capazes de manter uma convivência saudável, quando para debater aspectos referentes ao exercício da guarda e dos cuidados com os filhos.

Diante disso, é indispensável que os genitores, sejam capazes de lidar com seus problemas, com traumas e ressentimentos do término, para que possam confiar e estabelecer um diálogo, que permita dar ao filho o direito de conviver paritariamente com os dois pais. Ao tempo que, poderão decidir sobre aspectos importantes da vida do filho, como educação, cursos extracurriculares, educação e outras situações indispensáveis para a saúde física e emocional da criança.

De acordo com a jurisprudência e os doutrinadores consultados no decorrer do presente trabalho, felizmente a forma do exercício da parentalidade e da guarda, está mudando no Brasil, aumentando aos filhos a paridade de convívio com os dois

genitores e reduzindo os conflitos ou ausências ao longo do tempo, a guarda compartilhada também vem sendo estimulada, para não restar como letra morta, mas fazendo valer os direitos daqueles que ainda, não podem tomar as melhores decisões sozinhos.

Enfim, os novos desafios impostos pela guarda compartilhada se estendem não apenas aos pais, pelo simples fato de serem homens, mas também às mães que precisarão contribuir para que esse modelo dê certo.

A guarda compartilhada traduz a ideia de que mesmo separados os pais consigam compartilhar a educação dos filhos. Ela busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

A ordem jurídica reconheceu, para fins de definição de guarda, a criança e o adolescente como prioridade absoluta, como os seus interesses, o que é melhor para sua formação e como deve ser a contribuição dos pais, destacando a necessidade de participação de ambos de forma equilibrada. Mas infelizmente muitas vezes este dispositivo fica somente no papel, todavia, na prática isso deixa de acontecer.

Diante o exposto, para que haja uma maior possibilidade da aplicação das sanções pelo descumprimento das cláusulas.

REFERÊNCIAS

AKEL, A. C. S. **Guarda Compartilhada**: Um Avanço para a Família. São Paulo: Atlas, 2008.

ALVES, A. P. et al. Guarda Compartilhada: perspectivas e desafios diante da responsabilidade parental. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 916-935, 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=451844505008>. Acesso em: 12 jun. 2020.

ARIÈS, P. **História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

AZAMBUJA, M. R. F. de. A ética nos processos desgastados pelo litígio. In: SOUZA, I. M. C. de. **Casamento**: uma escuta além do Judiciário. Florianópolis: Vox Legem, 2006.

BRANDÃO, Ascânio. **Divórcio**. O Apóstolo. Florianópolis: Cúria Metropolitana, 1951. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=307041> Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Esp: 1428596 RS. Superior tribunal de justiça. Civil e processual civil. Recurso especial. Direito civil e processual civil. Família. Guarda compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014. **Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 3 jun. 2014**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj/inteiro-teor-25178210>. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm#art266. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRITO, L. M. T. **Guarda Compartilhada**: um passaporte para a convivência familiar. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

CECARELLI, P. R. Novas Configurações Familiares: mitos e verdades. **Jornal de Psicanálise**, São Paulo, v. 40, n. 42, p. 89-102, jun. 2007. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/jp/v40n72/v40n72a07.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2020.

CEOLIN, L. A Guarda Compartilhada na Prática após a Lei 13.058/2014. *Jus.com*, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67626/a-guarda-compartilhada-na-pratica-apos-a-lei-13-058-2014>. Acesso em: 15 maio 2021.

COSTA, M. M. M. da. A guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da criança. *In: LEAL, R. G. (org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

CRETTELA JUNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CÚNICO, S. D.; ARPINI, D. M. O afastamento paterno após o fim do relacionamento amoroso: um estudo qualitativo. **Interação em Psicologia**, Curitiba, v. 17, n. 1, p. 97-106, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380%2Fpsi.v17i1.27560>. Acesso em: 11 jun. 2021.

EIZIRIK, M.; BERGMANN, D. S. Ausência Paterna e sua Repercussão no Desenvolvimento da Criança e do Adolescente: Um relato de caso. **Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 26, n. 3, p. 330-336, set./dez. 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext. Acesso em: 17 jun. 2020.

ENGELS, F. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FERREIRA, V. A. da M. C.; MACEDO, R. M. S. de. **Guarda Compartilhada: uma visão psicojurídica**. Porto Alegre: Artmed Editora, 2016.

FIGUEIREDO, B. **A guarda compartilhada**. *DireitoNet*, 2021. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11626/A-guarda-compartilhada>. Acesso em: 15 maio 2021.

FRANÇA, J. A. de M. **O Afeto como Princípio no Direito de Família**. Santa Cruz do Sul, 2015. 64p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015.

GAZELE, C. C. **Estatuto da Mulher Casada**: Uma História dos Direitos Humanos da Mulheres no Brasil. 2005. Dissertação em História Social das Relações Políticas (Mestrado em História) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2005. Disponível em: http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/9246/1/tese_3424_ESTATUTO%20DA%20MULHER%20CASADA.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de família. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada**: um modelo de responsabilidade parental. São Paulo: RT, 2000.

GRZYBOWSKI, L. S.; WAGNER, A. Casa do pai, casa da mãe: a coparentalidade após o divórcio. **Psicologia**: teoria e pesquisa, Brasília, DF, v. 26, n. 1, 77-87. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722010000100010&lng=en&tlng=pt. 10.1590/S0102-37722010000100010. Acesso em: 11 jun. 2021.

GUARIENTE, H. A. F.; SIMÕES, F. M. **Convivência familiar**: os desafios da guarda compartilhada em tempos de pandemia. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1698/Conviv%C3%Aancia+familiar%3A+os+desafios+da+guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia>. Acesso em: 11 jun. 2021.

HIRONAKA, G. M. F. N. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. Jus Navigandi, 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4192/responsabilidade-civil-na-relacao-paterno-filial>. Acesso em: 15 maio 2021.

IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2018**. Rio de Janeiro, v. 45, p. 1-8, 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2018_v45_informativo.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

KROTH, M. F. C.; SARRETA, K. R. L. A Guarda Compartilhada como Mecanismo de Prevenção à Alienação Parental. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 2, p. 499-530, 2016.

MADALENO, R. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, R. **Síndrome da Alienação Parental: Importância da detecção – aspectos legais e processuais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, L. E.; TONELI, M. J. F. Abandono Afetivo: Afeto e Paternidade em Instâncias Jurídicas. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 35, n. 4, p. 1257-1274, 2015.

MOTTA, M. A. P. **Compartilhando a guarda no consenso e no litígio**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MURUETA, M. E.; GUZMÁN, M. O. **Psicología de la Familia em Países Latinos del Siglo XXI**. Ciudad del México: Amapsi Editorial, 2009.

OLIVEIRA, P. P. de. **A Construção Social da Masculinidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

PAIXÃO, E.; OLTRAMARI, F. Guarda Compartilhada dos Filhos. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, 2005.

PEREIRA, R. C. **Divórcio: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

PEREIRA, R. da C.; SILVA, C. M. Nem Só de Pão Vive o Homem. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006.

RAMOS, P. P. D. O. C. **Poder familiar e guarda compartilhada**: novos paradigmas do Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637306/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

SILVA, Fernando Salzer e. **A constitucionalidade da atual guarda compartilhada prevista no CC**. 2017, Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/258527/a-constitucionalidade-da-atual-guarda-compartilhada-prevista-no-cc>. Acesso em: 16 mai. 2021.

SOUZA, C. B. de. **Guarda Compartilhada, nova concepção no cuidado de filhos e pais separados**. Faculdades Promove, 2011.

SOUZA, J. L. C.; BRITO, D. C.; BARP, W. Violência Doméstica: reflexos das ordenações filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil. In: CABRAL, G. C.M. (org). Anais do ENCONTRO DE PESQUISA JURÍDICA DA XIII SEMANA DO DIREITO DA UFC, 2018, Fortaleza, CE. **Anais [...]**. Fortaleza, CE, Mucuripe, 2018.

TEIXEIRA, A. C. B.; DADALTO, L. **Autoridade Parental**: dilemas e desafios contemporâneos. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019.

TEYBER, E. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. Tradução: Carmem Youssef. São Paulo: Nobel, 1995.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil**. Direito de Família. 12. ed. Editora Atlas, São Paulo, 2012.

VIEIRA, C. de P. A Nova Lei da Guarda Compartilhada. **Migalhas Jurídicas**, 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI214304,-41046-A+nova+lei+da+guarda+compartilhada>. Acesso em: 15 maio 2021.

ZIMERMAN, D. **Psicanálise em perguntas e respostas**: mitos e verdades. Porto Alegre: Artmed, 2005.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS DIVORCIADOS SOBRE OS ATOS ILÍCITOS DOS FILHOS MENORES

Anelise Ozorio Menegat¹

Valéria Jorge Santana Machado²

RESUMO

O presente artigo discorre sobre a possibilidade de responsabilizar ambos os pais pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor, mesmo que divorciados, em decorrência do poder familiar, tanto para que haja proteção ao direito do terceiro prejudicado, quanto para que seja resguardada a dignidade do menor. Para tanto, foram comparados os Códigos Civis de 1916 e 2002, para melhor entender alguns conceitos atuais e compreender a responsabilidade que os pais têm pelos seus filhos. Também, foram analisadas as possíveis interpretações do artigo 932, inciso I do Código Civil, que trata sobre a atribuição da responsabilidade civil aos pais por atos que não foram cometidos por eles, mas sim pelos filhos menores. Ademais, foram examinados posicionamentos doutrinários, bem como jurisprudências sobre o tema, para melhor complementar este trabalho. A responsabilidade civil dos pais deriva do poder familiar, encargo que obriga os genitores, entre outras coisas, a educarem seus filhos, função que não cessa com o divórcio e que pode ser exercida a distância. Nesse sentido, concluiu-se ser possível a responsabilização civil de ambos os pais divorciados pelos danos causados por seu filho menor, devido o melhor interesse da criança e a reparação integral da vítima, mesmo que a interpretação literal do artigo 932, inciso I do Código Civil, exija que o menor esteja sob a autoridade e companhia do pai no momento do ato danoso.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Ato de terceiro. Filho menor. Divórcio.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, (Unoesc) Campus de Joaçaba; anelise.menegat@hotmail.com

² Mestre em Educação pela Unoesc; Advogada; Professora Orientadora e docente na Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) Campus Joaçaba; valeira.machado@unoesc.edu

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 instituiu em seu artigo 932, inciso I, que os pais são responsáveis civilmente pelos filhos menores. Contudo, o dispositivo legal traz consigo limitações, posto que se faz necessário que o menor esteja sob sua autoridade e em sua companhia, tornando notável uma insegurança jurídica, a qual já deveria ter sido sanada quando se trata de pais divorciados, tendo em vista a relevância do assunto na sociedade brasileira atual.

Sabe-se ser frequente que relacionamentos conjugais venham a findar-se definitivamente, fato que se aprimorou após a Emenda Constitucional número 66, facilitando a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio. Por este motivo, tornou-se cotidiano que filhos menores não residam com ambos os pais, o que não eximiu os genitores de nenhuma de suas obrigações legais como, por exemplo, responsabilizar-se civilmente pelos atos ilícitos cometidos por seus filhos menores.

Em regra, o dever de reparar o dano é oriundo do agente que praticou o ato ilícito, ou seja, por ato próprio. Contudo, a lei traz possibilidades taxativas de responsabilidade civil por fato cometido por terceiro, como é o caso da responsabilidade dos pais em relação aos atos praticados por seus filhos menores.

Entretanto, nem sempre os pais divorciados estão sobre a autoridade e companhia de sua prole, e inobstante a regra seja guarda compartilhada, a realidade demonstra que muitos não têm condições ou até mesmo preferem não exercê-la, motivo pelo qual muitas vezes se fixa a guarda unilateral, onde a presença física do menor acontece com menos intensidade para com um de seus genitores.

Em que pese a responsabilidade civil ser um ramo do vasto Direito Civil de extrema importância para a vida pacífica em sociedade, uma vez que busca proteger a vítima em relação ao prejuízo que lhe foi causado, visto que o Código Civil em vigência instituiu que causar dano a alguém é

ato ilícito e que deve ser indenizado, ainda há divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto a interpretação e aplicação do texto legislativo ao dever de reparação civil imposto aos pais.

Neste sentido, em virtude da preocupação social em tornar efetiva a responsabilidade civil decorrente do poder familiar, e objetivando a reparação do dano causado à vítima, surge a dúvida sobre a quem deve ser atribuída a responsabilidade civil nas situações que envolvem pais divorciados, devido aos pressupostos utilizados pelo legislador ao mencionar a responsabilidade indireta dos genitores.

Entende-se que a norma deve buscar a sua finalidade, e disso decorre a necessidade de ser interpretada de forma teleológica e sistemática, com vistas a aferir uma solução diferente da interpretação literal. Para descobrir o alcance da responsabilidade civil dos pais, o artigo está organizado em duas partes: a primeira sessão aborda o conceito de responsabilidade civil, bem como seus pressupostos e espécies; após, trata-se da responsabilidade civil de terceiro, incluindo a responsabilidade civil dos pais de uma forma genérica, para somente depois versar sobre a responsabilidade civil dos pais divorciados sobre os atos ilícitos dos filhos menores.

Desta forma, o presente trabalho de curso parte de um método dedutivo para examinar o problema de pesquisa por meio do raciocínio geral para o particular, analisando os tipos de responsabilidade, no que tange o poder familiar, as modalidades de guarda e os posicionamentos existentes sobre a temática, realizando uma comparação entre os Códigos Civis de 1916 e 2002.

A fundamentação deste artigo baseia-se especialmente na realização de pesquisa bibliográfica em livros, artigos doutrinários e compilação jurisprudencial que, por meio da metodologia explicativa, pondera sobre a responsabilidade civil dos pais, analisando o conflito quando se trata de genitores que não convivem sob o mesmo lar, buscando-se então a melhor solução para a garantia dos direitos dos menores e da vítima.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Sabe-se que responsabilidade significa a qualidade de ser responsável, é a obrigação de responder por suas próprias ações ou pelas ações alheias. Por extensão, a palavra atribui qualidade ao comportamento de uma pessoa correta e ajuizada.

A origem da palavra está relacionada ao termo latim *respondere*, traduzindo para o português, responder. Conforme Almeida (2012, p. 533, grifo do autor), “[...] *respondere*, consiste na ideia de imputar, responsabilizar, ser obrigado a responder”.

Além disso, é alusiva a uma expressão muito utilizada em contratos verbais na Roma Antiga, *Spondeo*, que significa prometo, ou seja, comprometimento ao cumprimento do contrato. Este termo tem origem em perguntas e respostas que eram feitas na constituição da maioria dos negócios “*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*”, que quer dizer “Prometes me dar um cento? Prometo” (VILLAÇA, 2004, p. 273 apud TARTUCE, 2020, p. 52).

Por sua vez, responsabilidade civil é o dever jurídico que surge para reparar o dano causado a um terceiro, sendo uma consequência da violação dos deveres gerais de uma pessoa ou dos seus bens. O doutrinador Noronha (2010, p. 452) divide a responsabilidade em duas classes: responsabilidade civil negocial e responsabilidade civil em sentido estrito.

Para ele, a responsabilidade negocial é oriunda dos contratos e dos negócios jurídicos unilaterais, onde há o dever de reparar o dano causado por algum inadimplemento, má prestação ou atraso no cumprimento do serviço. Por outro lado,

a responsabilidade civil em sentido estrito é o dever de reparar os danos causados a terceiros, conseguinte a uma violação, por ela praticada, dos direitos de outrem.

Desta forma, o dever de reparar pode se originar de uma responsabilidade negocial e contratual, figurando-se por meio da inexecução obrigacional do contrato, ou da lei, posicionada no inadimplemento obrigacional normativo, como é o caso da responsabilidade em sentido estrito (AZEVEDO, 2018, p. 224).

Sendo assim, a responsabilidade civil decorre da violação de uma obrigação anterior, estabelecida na lei, no contrato ou na própria ordem jurídica. Pode-se dizer que há dois tipos de obrigações, a primeira chamada de obrigação originária e a segunda de responsabilidade. Obrigação é um dever jurídico originário, e responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, sequente à violação do primeiro (MENEZES, 2011, p. 44-45).

A finalidade da responsabilidade civil tem sido exposta em três dimensões, qual seja a reparação, prevenção de danos e punição. A reparação deve abranger todos os danos sofridos pela vítima, vez que a reparação parcial teria o sentido de justiça parcial. Ademais, o Direito deve fornecer instrumentos ágeis e eficazes para poder neutralizar a conduta danosa em face de outrem, de forma a prevenir e impedir que a potência se transforme em ato. No que lhe diz respeito, a finalidade punitiva da responsabilidade, geralmente, é própria da esfera criminal, visto que no âmbito penal é bastante relativa, pois nem sempre o ressarcimento impõe algum sacrifício ao ofensor (NADER, 2016).

Deste modo, é notório que a responsabilidade civil tem grande serventia na ordem jurídica social, posto que está totalmente ligada a evitar um problema histórico da vida em sociedade, a conduta de causar prejuízo a outrem. Assim, imputa ao causador do prejuízo o dever de reparar os danos decorrentes de sua conduta, com o propósito de resguardar o convívio social pacífico.

2.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De modo a tornar justa a responsabilidade civil, o artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002) vigente requisitou alguns componentes que precisam estar presentes na lide, de forma obrigatória, para que seja admitida a responsabilização de eventual ato ilícito.

A doutrina costuma divergir quanto aos pressupostos da responsabilidade. O presente trabalho adotou, no que diz respeito aos pressupostos, a teoria apresentada pelo doutrinador Gonçalves (2021b), que ao analisar o artigo 186 do Código Civil evidenciou quatro elementos principais: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente em certos casos, dano e nexo de causalidade.

O pressuposto primordial é a conduta do agente, podendo ser uma ação ou omissão, produzida pelo indivíduo de forma voluntária, causando prejuízo ou dano a terceiro.

Neste sentido, o Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 186 (BRASIL, 2002), *in verbis*: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." Seguindo, o Código Civil aduz no artigo 927 (BRASIL, 2002), *in verbis*: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Conforme Venosa (2021b, p. 495), o ilícito pode ser um ato único ou uma série de atos. A conduta ativa, em regra, é evidenciada em atos dolosos ou imprudência, sendo a negligência o exemplo clássico da conduta omissiva, que por sua vez só ocorre quando o sujeito tinha o dever de agir e nada fez.

Já a culpa será ou não considerada elemento da obrigação da indenização, dependendo do fundamento da responsabilidade. A culpa possui ao menos três sentidos distintos, entretanto só é de interesse deste

trabalho, neste primeiro momento, a culpa em sentido estrito, ou seja, *lato sensu* e a culpa *stricto sensu*.

Pode-se dizer que a culpa *lato sensu* é aquela que abrange o dolo, então a conduta do agente foi deliberadamente procurada. Quando o dano for decorrente de uma negligência, imprudência ou imperícia, diz-se que houve culpa *stricto sensu* (NADER, 2016, p. 119).

Como bem visto por Gonçalves (2021b, p. 21), o artigo 186 do Código Civil cogita o dolo ao falar de ação ou omissão voluntária e, em seguida, faz referência à culpa ao citar a negligência ou imprudência.

É requisito essencial da ilicitude a atuação dolosa ou culposa do agente que causou a lesão. Entretanto, há ocorrências danosas que não ensejam responsabilidade, como, por exemplo, o caso fortuito e a força maior (AZEVEDO, 2018, p. 227).

Também se faz necessário a existência de um dano, ou seja, o prejuízo, o estrago causado a um bem juridicamente protegido. Sem a violação de um dever jurídico preexistente, portanto, não há que se falar em responsabilidade em qualquer

modalidade, porque este é um dever sucessivo decorrente daquele (MENEZES, 2011, p. 46).

O dano incide os efeitos da responsabilidade civil, do qual ninguém pode ser responsabilizado civilmente sem que haja prova desse dano, ou seja, sem que haja uma lesão patrimonial, moral ou estética sofrida por uma pessoa em bem jurídico de seu interesse, sendo que todos os danos podem ser cumulados (PIVA, 2012, p. 182).

O dano material, também chamado de lesão patrimonial, está relacionado ao prejuízo causado ao patrimônio do sujeito ou prejuízo econômico. Conforme Nader (2016, p. 30): "Os danos materiais implicam não apenas a deterioração ou perda de coisas, mas ainda os prejuízos decorrentes de lucros cessantes, isto é, o que se deixou de adquirir".

Já o dano moral se refere a bens de ordem puramente moral, como a honra, a liberdade, a profissão e o respeito aos mortos. Neste caso, não há finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas de compensação pelos males e lesões suportados (TARTUCE, 2020). Ainda, percebe-se que a proteção da moral é um anteparo do princípio da dignidade humana, um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

O dano estético durante décadas esteve ligado às deformidades que provocam repugnância e só eram indenizados quando repercutia na vida profissional da vítima, de uma forma negativa. Entretanto, a estética do corpo passou a ser uma das principais preocupações da sociedade moderna, que busca o belo e o saudável, dando ao dano estético uma grande relevância, abrangendo as cicatrizes, marcas e defeitos que impliquem afeamento da vítima, causando-lhe desgosto ou complexo de inferioridade (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 9).

No que lhe concerne, o nexa causal é a ligação entre a ação de um sujeito e o dano causado ao terceiro, ou seja, o prejuízo causado deve ter derivado da conduta do agente. É o liame que se estabelece entre o fato danoso e o dano. Sem essa relação causal não há responsabilidade civil (AZEVEDO, 2018, p. 232).

No mesmo sentido, Piva (2012, p. 181) diz que a causalidade é a ligação entre o comportamento humano, comissivo ou omissivo, e o prejuízo provocado, que deverá ser provado pelo prejudicado, se necessário.

Segundo Miragem (2021, p. 12):

A determinação do nexa de causalidade na responsabilidade civil tem duas funções: identificar quem é o autor material do dano, aí compreendidos não apenas quem desenvolveu atuação direcionada à realização do dano, como também o conteúdo da responsabilidade, delimitando até onde este autor, ou a quem a lei expressa atribua o dever de indenizar, irá responder.

Neste sentido, resta claro que o dever da responsabilidade civil está ligado com a ação comissiva ou omissiva de um agente, de forma voluntária ou por negligência ou imprudência, e que esta conduta ocasionou um dano material, moral ou estético a um terceiro, cometendo assim um ato ilícito, o qual deverá ser reparado em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

Como visto, a culpa poderá ou não ser considerada como requisito do dever de indenização. A presença ou não da conduta culpa *lato sensu* é o que diferencia a responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Acontece que, antigamente, a responsabilidade civil era voltada somente para indagação de como o comportamento humano contribuiu para o dano sofrido pela vítima, ou seja, o âmago da responsabilidade estava na pessoa do agente e de seu comportamento, a norma só aludia a danos que se ligavam com a conduta do ofensor, conforme explica Pereira (2018).

Assim, a responsabilidade era somente subjetiva, ou seja, a ideia de culpa do agente era necessária para indenização do dano. Dentro desta concepção, só há o direito de compensar o prejuízo aquele que agiu com dolo ou culpa. A lei atual, entretanto, determina a certas situações a reparação sem que o dano tenha sido cometido com culpa, satisfazendo a responsabilidade apenas com o dano e o nexo de causalidade, sendo esta teoria dita como objetiva, segundo esclarece Gonçalves (2020, p. 56-57).

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) manteve a responsabilidade subjetiva como requisito para a responsabilidade civil, mas passou a prever a responsabilidade objetiva em casos especificados em lei.

Deste modo, para melhor entendimento, Miragem (2021, p. 26) explica:

Diz-se responsabilidade subjetiva as hipóteses em que a imputação da sanção ao agente depende da identificação em sua conduta concreta que dá causa ao resultado antijurídico (no caso da responsabilidade civil, ao dano), de culpa ou dolo. [...] haverá responsabilidade subjetiva quando a lei, ao definir a obrigação de indenizar, exigir que ela seja imputável a determinada pessoa para a qual o dano tenha resultado de um motor subjetivo da sua conduta, culpa ou dolo.

Assim sendo, só é responsável civilmente aquele que praticou um fato culposos que era possível de ser evitado, caso o agente agisse com cautela. Para os casos de responsabilidade civil subjetiva, não será responsabilizado aquele que não pretendeu ou não podia prever o dano, não indo além do ato ilícito (RIZZARDO, 2019, p. 26).

Já a responsabilidade objetiva gera a obrigação de indenizar independentemente da demonstração de culpa do agente, e tem como principal justificativa a impossibilidade prática ou difícil investigação acerca da presença de culpa (MIRAGEM, 2021, p. 66).

Assim, o Código Civil atual passou a prever possibilidades da responsabilidade objetiva, sendo que a principal delas está presente no art. 927, parágrafo único (BRASIL, 2002), *in verbis*: "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."

Para Rizzardo (2019, p. 26), a obrigação de reparar o dano, na responsabilidade objetiva, surge da prática ou da ocorrência do fato, visto que a culpa se tornou insuficiente para justificar o dever de arcar com o prejuízo da vítima, pois nem todos os danos que acontecem se desencadeiam por motivo de atitudes inconvenientes ou culposas.

A responsabilidade civil objetiva também é baseada na teoria do risco, e em outras palavras Miragem (2021, p. 66) diz que será suficiente para

imputação de responsabilidade civil a alguém apenas pelo risco que sua atividade expõe às demais pessoas.

Ainda, nas palavras de Azevedo (2018, p. 229):

Pode-se dizer que, existem duas categorias de responsabilidade com fundamento na teoria do risco: pura e impura. A impura tem, sempre, como substrato, a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador. A pura implica ressarcimento, ainda que inexistir culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Nesse caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina.

Esta nova possibilidade de responsabilidade trazida pelo Código Civil é um avanço, pois amplia a possibilidade dos casos de danos indenizáveis, postulando assim que todo dano é indenizável. Além disso, representa, ao mesmo tempo, o desenvolvimento gradual de um novo parâmetro ético da vida das relações sociais (GONÇALVES, 2021b, p. 59; MIRAGEM, 2021, p. 66).

Neste ínterim, a responsabilidade subjetiva ainda é a regra do Código Civil, mas não prejudica a adoção da responsabilidade objetiva. Isto significa que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites (GONÇALVES, 2020, p. 58).

Dito isso, percebe-se que o Código Civil de 2002 ampliou o real objetivo da responsabilidade civil, proporcionando à vítima vasta oportunidade de ver reparado ou compensado os danos decorrentes de um ato ilícito.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DE TERCEIRO

Em regra, a responsabilidade civil é inerente a uma conduta própria. Em outros termos, o dever de reparar é do próprio agente causador do dano, visto que *lhe deu causa*. Esta modalidade de responsabilidade é chamada de direta ou por fato próprio.

Entretanto, o Código Civil (BRASIL, 2002) prevê exceções a esse princípio, trazendo a possibilidade de uma responsabilidade civil por atos de outrem, ou seja, praticados por terceiros, devido a uma relação de vigilância ou contratual, segundo resta claro no artigo 932 do referido dispositivo legal, sendo este *numerus clausus*.

Portanto, são responsáveis civilmente os pais, por seus filhos menores; o tutor e o curador, pelos seus pupilos e curatelados; o empregador, por seus empregados; os hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, pelos danos causados pelos seus hóspedes, moradores e educandos; os que gratuitamente participaram no produto do crime (BRASIL, 2002).

Para as pessoas elencadas no mencionado artigo, a responsabilidade civil independe de culpa, tornando-se assim uma responsabilidade objetiva, conforme o enunciado do artigo 933 do Código Civil (BRASIL, 2002). Contudo, é necessário provar a culpa do autor da conduta humana, isto é, aquele que praticou determinada ação ou omissão, provocando a responsabilidade civil.

Deste modo, este tipo de responsabilidade é denominada indireta ou impura, pois independe da culpa do responsável civil, porém se mostra necessária a demonstração de culpa da outra parte, aquela por quem se é responsável (TARTUCE, 2020, p. 260).

Assim, a responsabilidade indireta deduz três pessoas, como explica Nader (2016, p. 169): a primeira delas é o autor do ato ilícito, aquele que é responsável direto pelo dano; em seguida, há o responsável indireto, a ele incumbe o ressarcimento do dano; e, por último, a vítima, que deve ser indenizada.

Além disso, a norma prevê uma responsabilidade solidária entre as pessoas qualificadas no artigo 932, podendo a vítima mover ação contra um ou todos os corresponsáveis, elegendo aquele com maior poder aquisitivo para que reste frutífero o ressarcimento do prejuízo (GONÇALVES, 2020, p. 152).

Para Miragem (2021, p. 176), este tipo de responsabilidade possui caráter excepcional e serve de proteção para a vítima do dano, visto ser imputado a outra pessoa a responsabilidade que deveria ser do autor. Isso porque, em certos casos, não há possibilidade de indicar todos os pressupostos da responsabilidade civil contra o causador do dano. Sendo assim, a vítima, pela forma indireta, tem maiores chances de ter seu prejuízo ressarcido, uma vez que poderá imputar o dever de indenizar aquele com melhores condições.

Acontece que, devido a alteração do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, a responsabilidade por fato praticado por terceiro passou a ser um assunto complexo debatido na doutrina e jurisprudência brasileira, como discorre Gonçalves (2020, p. 148), principalmente no que diz respeito ao pressuposto “culpa”.

Nesse passo, a lei antiga (BRASIL, 1916) já indicava pessoas responsáveis pelos atos danosos praticados por outras pessoas, com previsão no artigo 1.521, do referido Código, tal como o artigo 932, da atual legislação (BRASIL, 2002). Contudo, como bem salienta Rizzardo (2019, p. 247), a norma exigia prova da concorrência da culpa do responsável no resultado do dano, sendo necessária a demonstração da falha, descuido e negligência na guarda ou vigilância do autor da conduta.

Para tanto, a responsabilidade indireta era constituída de dois elementos: a prática do ato pelo causador do dano e a culpa *in vigilando* do responsável. Ambos os requisitos deveriam ser provados pela vítima, uma vez que o Código era fiel a responsabilidade subjetiva, tornando-se notória a dificuldade de comprovação por parte do prejudicado e impedindo a efetiva reparação dos danos (GUEDES; TERRA; TEPEDINO, 2020, p. 132).

Por este motivo, Cavalieri Filho (2020, p. 243-244) discorre que, durante a vigência do Código Civil de 1916, houve diversas controvérsias na doutrina sobre a aplicação da responsabilidade pelo fato de outrem, visto que parte dos doutrinadores acreditava rigorosamente na eficácia do artigo

1.523, dispositivo legal que previa a responsabilidade subjetiva das pessoas elencadas no artigo 1.521, ora artigo 932; e a outra parte considerava a culpa presumida suficiente para fundamentar a responsabilidade.

Diante disso, Pereira (2018, p. 133) percebeu que coube aos doutrinadores da teoria da culpa presumida, além da jurisprudência, interpretar a norma e encarar o problema de outro ângulo, sem causar maiores prejuízos à vítima, além de atender às circunstâncias reais da convivência social, encerrando o ônus da prova da culpa, por parte do lesionado.

Este posicionamento ganhou força com a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1963), aprovada em 13 de dezembro de 1963, que pacificou a presunção de culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo cometido por seu empregado ou preposto. Todavia, como explicam Guedes, Terra e Tepedino (2020,

p. 133), essa presunção de culpa não foi absoluta para todos as modalidades de responsabilidade indireta, sendo necessária a adoção da teoria objetiva trazida pelo Código de 2002.

Conforme expõe Nader (2016, p. 172), a responsabilidade indireta foi considerada injusta por certos pensadores, pois acreditavam que cada um deveria responder por suas próprias falhas. Contudo, é evidente que nem sempre as pessoas conseguem impedir as outras de cometerem ato ilícito, causando o dever de indenizar, não podendo a vítima sofrer com mais este encargo, justificando a responsabilidade por ações danosas de outrem, devido ao vínculo que as une.

Desta forma, percebe-se que a presunção de culpa adotada pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) transferia ao responsável civil a inversão do ônus da prova, qual seja, o dever de provar que não agiu culposamente, podendo, novamente, esquivar-se do dever de indenizar, consequentemente prejudicando a vítima. A teoria objetiva, adotada pelo atual ordenamento

jurídico, por outro lado, se mostra mais eficaz na obrigação de indenizar, nos casos de responsabilidade indireta.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

Dentro do rol de agentes que devem suportar as consequências de um fato de terceiro estão os pais, que são responsáveis pela reparação civil dos atos praticados pelos filhos menores, conforme o artigo 932, inciso I, do Código Civil, já mencionado.

Para tanto, é válido salientar que esta responsabilidade precisa vir acompanhada de uma conduta danosa cometida pelo menor, juntamente com o nexo de causalidade, ou seja, a conduta do menor, necessariamente, precisa ter causado o dano para que haja o dever dos genitores de indenizar.

A legislação brasileira indica certos indivíduos incapazes para os atos da vida civil, dentre eles estão os menores de dezoito anos. Desta maneira, a responsabilidade indireta pelos atos de um incapaz detém duas finalidades: proteger o menor, devido seu anteparo legal, pois a eles não é atribuído o discernimento para a prática da vida civil; e o amparo dos interesses da vítima (MIRAGEM, 2021, p. 179).

Para Cavalieri Filho (2020, p. 247), a responsabilidade objetiva dos pais decorrente dos atos praticados por sua prole tem como principal finalidade possibilitar que a vítima receba, efetivamente, a indenização, pois o menor comumente não possui condições financeiras próprias para custear eminente prejuízo.

Contudo, alguns doutrinadores acreditam que, devido ao fato de o menor não ter perspicácia suficiente para discernir seus atos, não cabe a responsabilidade paterna, visto que há falta de ato ilícito, conforme ressalta Gomes ([20--], p. 348 apud GONÇALVES, 2020, p. 154):

[...] se a responsabilidade do pai pressupõe a prática de ato ilícito pelo filho, isto é, ação ou omissão voluntária,

negligência ou imprudência, é lógico que não há responsabilidade paterna enquanto o filho não tiver capacidade de discernimento. Um menor de quatro anos não sabe o que faz. Se a outrem causa dano, não se pode dizer que agiu culposamente; se não há culpa, ato ilícito não praticou; se não cometeu ato ilícito, o pai não responde pela reparação do dano, porque a responsabilidade indireta supõe a ilicitude no ato de quem causa o prejuízo.

Porém, o fato do menor ser inimputável não afasta o caráter de ilicitude de suas ações. Como bem exemplifica Rizzardo (2019, p. 251), uma criança de apenas cinco anos não possui senso suficiente para medir as consequências de suas atitudes, nem mesmo saber que a conduta praticada por ela é ilícita, no entanto o

resultado dano não deixa de ocorrer devido à falta de noção da criança, ocasionando o prejuízo.

Ainda, menciona o referido doutrinador, que o resultado dano, geralmente, ocorre pela violação de um dispositivo legal, gerando assim o ato ilícito e conseqüentemente a responsabilidade de indenizar. Deste modo, o inimputável não está isento de ter condutas aptas a causar algum tipo de dano, mal ou prejuízo a terceiro. Porém, nestes casos, não se imputa a responsabilidade ao agente inimputável, mas sim sobre os pais, que tem autoridade e guarda sobre o menor que praticou o ato ilícito (RIZZARDO, 2019, p. 251).

Sabe-se, então, que na responsabilidade indireta existem dois elementos: a do causador do dano, que deve agir com culpa em sua conduta ilícita, e a do responsável civil, que possui o encargo de indenizar. Todavia, como visto, quando se trata de incapazes a conduta precisa ser contrária ao direito, não sendo necessário questionar a culpa destes (VENOSA, 2020, p. 527).

Acontece que, no artigo 928 do Código Civil, a norma concedeu à vítima a possibilidade de ingressar com uma ação indenizatória diretamente contra

o incapaz, nos casos em que os responsáveis não possuem obrigação de fazê-la ou não tenham condições suficientes, desde que não prive o inábil de condições necessárias para sua subsistência e nem daqueles que dele dependem (BRASIL, 2002).

Esta previsão teve elucidação com o Enunciado 39 da I Jornada de Direito Civil, proporcionada pelo Conselho da Justiça Federal, que atribuiu para o incapaz uma indenização equitativa, devido a proteção da dignidade da pessoa humana, sendo os pais beneficiados por este limite humanitário, ou seja, pode ser utilizado do patrimônio dos incapazes no momento em que o dos responsáveis se reduzir ao montante necessário para uma manutenção digna (NADER, 2016, p. 10).

Percebe-se, assim, de forma interpretativa, que pelo dispositivo 928 e pelo Enunciado do Conselho Nacional de Justiça, ambos supracitados, a responsabilidade dos pais é subsidiária e mitigada, não exigindo da vítima que exerça a pretensão de reparação contra o menor e seus pais, não sendo, portanto, litisconsórcio necessário, visto que o incapaz só responde nos casos em que seus responsáveis civis não dispuserem de meios suficientes ou não tiverem obrigação de reparar o dano (GONÇALVES, 2020, p. 155; MIRAGEM, 2021, p. 179).

Entretanto, este assunto causa divergência doutrinária, já que o artigo 942 do Código Civil apresenta claramente que os coautores são responsáveis solidariamente com os autores e com as pessoas mencionadas pelo artigo 932 do mesmo dispositivo legal, havendo discordância entre os artigos (BRASIL, 2002).

Tartuce (2021, p. 637), no entanto, diz que a solução para a aparente contradição nos comandos legais pode ser retirada do Enunciado 40 da I Jornada de Direito Civil, que expressa que o incapaz responde de maneira subsidiária pelos prejuízos causados. Além disso, excepcionalmente, o menor será o devedor principal como medida socioeducativa, por ter praticado ato infracional, conforme o artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Do mesmo modo, Tartuce (2021, p. 638) ainda cita o Enunciado 41, da tão mencionada Jornada, que preceitua a única hipótese de responsabilidade solidária entre pais e filhos menores, a qual acontece quando o menor é emancipado pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, se o menor tiver dezesseis anos completos, conhecida como emancipação voluntária.

Então, como entendimento majoritário, nos casos de emancipação legal, como por exemplo o casamento, devido a extinção do poder familiar, cessa a responsabilidade civil dos pais. Entretanto, a emancipação voluntária não exclui a responsabilidade civil do responsável, posto que a vontade dos agentes não deve abalar o dever previsto em lei. Além disso, este entendimento também visa amparar a vítima, para que a emancipação não seja uma fraude utilizada pelos pais de modo a frustrar o interesse do prejudicado (MIRAGEM, 2021, p. 181).

Este último enunciado, por sua vez, abriga diversas críticas, pois muitas vezes não condiz com a realidade dos fatos. Algumas correntes doutrinárias expõem que a má-fé presumida em toda e qualquer emancipação voluntária vai contra um dos ditados mais utilizados pelo Direito - "a boa-fé se presume e a má-fé se prova" -, ocorrendo uma inversão de valores. Por este motivo, tais doutrinadores acreditam que o menor emancipado, voluntário ou legalmente, se torna capaz para os atos da vida civil, devendo responder sozinho pelos danos causados (SIMÃO, 2015, p. 264).

Apesar disso, entende-se que o enunciado tenta buscar a melhor solução para este conflito, tornando a vida em sociedade mais suportável, protegendo o menor e atribuindo a responsabilidade devida a seus pais, além de conceder relevância ao sofrimento da vítima, que necessita ver seu dano custeado.

Cuida-se analisar, também, que na vigência do Código Civil de 1916 os pais poderiam eximir-se do dever de reparar o dano, mediante uma

comprovação de que não faltaram com o encargo da vigilância, como já mencionado.

Isto porque a responsabilidade decorria do pátrio poder, considerava imprescindível que o menor estivesse sob poder e companhia dos pais. Sendo assim, se a criança ou o adolescente praticasse ato ilícito na presença de alguém que não gozasse do pátrio poder, o pai não era obrigado a responder pelos danos causados, gerando diversos embates doutrinários e jurisprudenciais (PEREIRA, 2018, p. 121).

Acontece que o dispositivo atual substituiu a expressão “poder” para o termo “autoridade”, mas manteve a “companhia” como pressuposto. Sendo assim, são responsáveis civilmente os pais pelos filhos que estiverem sob sua autoridade e companhia, buscando melhor compreensão do que o sentido legal anterior (VENOSA, 2020, p. 532).

Porém, as alterações de palavras feitas pelo Código em vigência não cessaram as divergências dos juristas e doutrinadores, principalmente no caso de menores com pais divorciados, onde a companhia física do menor, em regra, é exercida com frequência por apenas um de seus pais, gerando uma questão não pacificada de sobre qual dos genitores recai o dever de indenizar.

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS DIVORCIADOS

Como visto, no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil dos genitores em relação a sua prole está prevista no artigo 932, inciso I do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual dispõe que pais são responsáveis pelos atos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Ao interpretar de forma literal o inciso supracitado, conclui-se que se o menor não estiver sob a companhia e autoridade dos pais no momento do ato danoso não há responsabilidade civil. Contudo, essa situação

não é pacificada, principalmente nos casos em que os pais do menor são divorciados, afastando um dos genitores da frequente autoridade e companhia.

Neste contexto, os pais exercem sobre os filhos uma autoridade parental, chamada de poder familiar, ou seja, uma série de obrigações e deveres que os pais têm sobre seus filhos menores. O poder familiar, conforme Rodrigues (2004, p. 356 apud GONÇALVES, 2021a, p. 163), "é o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes."

Esse poder que os pais exercem sobre seus filhos passou por algumas alterações ao longo dos anos, como bem explica Azevedo (2019, p. 277-278), posto que o Código Civil de 1916, em seu artigo 380, atribuía o chamado pátrio poder, determinando ao marido a competência para gerenciar a vida de seus filhos. Gonçalves (2021a, p. 163) ainda cita que a mulher, somente na falta ou impedimento do homem, considerado como chefe conjugal, passava a exercer algum poder, porém de forma sucessiva e não simultânea.

Com o advento da Lei n. 4.121/62, Estatuto da Mulher Casada, foi reconhecido às mulheres o direito de colaborar nas decisões familiares, todavia prevalecendo a decisão do pai em caso de divergência no exercício do pátrio poder, cabendo a mãe buscar vias judiciais para solucionar os conflitos (GONÇALVES, 2021a, p. 164).

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) veio equiparar homens e mulheres perante a lei, tornando-os iguais em direitos e obrigações nas relações conjugais, desconsiderando em seu artigo 226, parágrafo 5º, a chefia antes exercida pelo marido. Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990 (BRASIL, 1990), atribuiu que o pai e mãe, em igualdade de condições, deveriam exercer o pátrio poder, expressão substituída posteriormente por poder familiar por meio da Lei n. 12.010/2009 (BRASIL, 2009a).

Apesar disso, foi só no ano de 2002, por meio do Código Civil em seu artigo 1.631, que a expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar”, uma competência de ambos os pais, durante o casamento e a união estável, sendo que na falta ou impedimento de um dos genitores o outro exercerá exclusivamente. Entretanto, este dispositivo legal vem sofrendo diversas críticas, visto que o poder familiar independe do vínculo entre os pais, mas do reconhecimento dos filhos por seus genitores (GONÇALVES, 2021a, p. 164).

Assim sendo, como bem acrescenta Madaleno (2021, p. 746), percebe-se que essa autoridade parental é um dever e interesse natural dos pais em proporcionarem as melhores condições a seus filhos, cuidando dos seus interesses físicos, morais, sociais, intelectuais, afetivos e educacionais, ou seja, todos os elementos que contribuem para um crescimento intelectual e psíquico digno.

A perda do poder familiar pode ocorrer quando pais cometem infringências graves de deveres importantes que possuem com seus filhos, contudo, nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar pelo divórcio, pois é um direito que decorre da filiação e não do casamento ou união estável. Todavia, nos casos de divórcio, a guarda do menor permanece com um dos genitores, de forma compartilhada ou unilateral, podendo enfraquecer a prática do poder familiar, porém nunca a suprimindo ou suspendendo (VENOSA, 2021a, p. 298).

Deste modo, ao falarmos de pais divorciados, percebe-se que a guarda é um atributo importantíssimo. Segundo Teixeira e Tepedino (2020, p. 307), a guarda é a possibilidade de ter em sua companhia o filho menor, cabendo a esse guardião a manutenção, proteção e educação da prole, restando ao outro genitor o direito de visita, companhia e fiscalização. A guarda pode ser requerida isoladamente ou em conjunto pelos pais, devendo o juiz conceder o tipo de guarda que melhor atender às necessidades específicas do menor, posto suas duas modalidades: guarda compartilhada e guarda unilateral.

O Código Civil em vigência trata da guarda e suas modalidades em seu Capítulo XI, que se dedica à proteção da pessoa dos filhos, logo, guarda também diz respeito à proteção. Segundo os artigos do referido capítulo, a guarda unilateral é aquela atribuída a um dos genitores ou a alguém que o substitua; por outro lado, a guarda compartilhada é exercida por ambos, sendo uma responsabilidade conjunta dos direitos e deveres concernentes ao poder familiar (BRASIL, 2002).

A guarda unilateral é atribuída exclusivamente a um dos genitores quando o outro não desejar a guarda do filho. Também, pode ser aplicada em atenção às necessidades específicas da criança ou do adolescente, sendo que a guarda será determinada ao genitor que apresente melhores condições para exercê-la, ou seja, aquele que proporcione à prole o melhor desenvolvimento. Ainda, poderá ser fixada quando o juiz acreditar que nenhum dos genitores oferecem condições morais ou psíquicas para terem o filho consigo, hipótese em que deferirá a guarda unilateral a um tutor, buscando sempre o menor impacto emocional ou afetivo na vida da criança (LOBÔ, 2021, p. 92).

Cabe ressaltar que a aplicação da guarda unilateral a um dos genitores não rompe o poder familiar do outro, somente faz com que não tenha a guarda de fato do menor, não alterando em nada a relação entre pais e filhos e suas obrigações.

Essa colocação é concludente com o previsto no artigo 1.589 do Código Civil atual, o qual prevê que o pai ou a mãe que não detém a guarda do filho, além de ter o direito de visitá-lo e de tê-lo em sua companhia, também deve fiscalizar sua subsistência e educação. Ainda, o artigo 1.583, parágrafo 5º, elucida que a guarda unilateral obriga o genitor não guardião a supervisionar os interesses da prole, tornando-o parte legítima para solicitar informações e prestações de contas em situações que afetem a saúde e educação de seus filhos (BRASIL, 2002).

Como dito, ao genitor não guardião é assegurado o direito de visita. Na realidade, este direito é recíproco entre pais e filhos, pois a convivência é atributo valioso no desenvolvimento do menor. A visita não se restringe a somente ver o filho, mas tê-lo em sua companhia e poder fiscalizar sua manutenção e educação, e não se esgota na pessoa do pai não guardião, podendo os parentes deste ter contato com a criança e o adolescente, fortalecendo laços familiares (LOBÔ, 2021, p. 93).

A guarda e o sistema de visitação dos filhos nunca são definitivos, ou seja, não há coisa julgada material, podendo ser revistos a qualquer tempo. A concordância dos pais em relação a guarda dos filhos é a primeira opção, porém o juiz deve preservar os interesses do menor. Aquele que detém a guarda deve preservar a sua dignidade e proporcionar um ambiente familiar sadio (AZEVEDO, 2019, p. 230-231).

Por outro lado, a guarda compartilhada tem por finalidade a igualdade dos pais nas decisões em relação ao filho, em todas as situações. É uma manutenção solidária dos direitos e deveres do poder familiar e incita o diálogo entre os genitores, uma vez que, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas, acompanhando conjuntamente a formação e desenvolvimento dos filhos, minimizando os efeitos do divórcio (LOBÔ, 2021, p. 89).

A ideia central da guarda compartilhada é de que os pais divorciados tenham responsabilidade conjunta de educação, sendo uma divisão de decisões visando o melhor desenvolvimento social e bem-estar dos filhos. Este tipo de guarda torna mais frutífera a partição de ambos os pais na vida de seus filhos, e não somente de exercer o direito de estarem com eles, pois o tempo de convívio deve ser dividido de forma equilibrada (AZEVEDO, 2019, p. 233-234).

Neste íterim, resta claro que a guarda faz parte dos diversos atributos do poder familiar, porém não é um requisito obrigatório para que essa

autoridade seja exercida, ou seja, a falta da guarda física do menor pode diminuir a intensidade, mas não limitar esse encargo.

Todavia, a maioria dos doutrinadores acredita que a guarda e consigo a presença do menor sejam indispensáveis para que os genitores possam exercer sobre os filhos uma plena vigilância, tornando a responsabilidade civil dos pais divorciados um assunto extremamente controverso.

Para Tartuce (2021, p. 593), por exemplo, para que o pai ou a mãe respondam pelos danos causados pelo filho, deve o último estar nos exatos termos do artigo 932, inciso I do Código Civil de 2002, ou seja, sob a autoridade e companhia dos pais, sendo que o pai que não possui a guarda efetiva do filho não deverá responder.

Em seu entendimento, Nader (2016, p. 179-180) afirma que nos casos de pais divorciados a responsabilidade deverá seguir a condição da autoridade e companhia. Se um dos genitores perder o poder familiar, não ficará isento da responsabilidade civil caso o filho venha a cometer algum dano em sua companhia. Sendo assim, se a vigilância estiver entregue a somente um dos pais, este responderá exclusivamente, pois a presença é um fato imprescindível.

Assim, Miragem (2021, p. 182) compartilha de uma ideia semelhante, considerando como condição para a responsabilidade civil dos pais a existência da autoridade parental mais a convivência, representada pela coabitação, isto é, aquele que detém a guarda. Apesar disso, explana que a companhia pode ser demonstrada com o exercício da autoridade parental, por meio da prestação do dever de cuidado, por exemplo.

Por outro lado, Cavalieri Filho (2020, p. 247) expõe que o artigo, ao mencionar autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar, ou seja, a autoridade parental que não se esgota na guarda, mas que compreende um plexo de deveres que devem ser prestados independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a

causar danos, pois são estes os motivos que justificam a responsabilidade dos pais. Porém, na falta de um dos genitores, deverá ser responsabilizado aquele que exerce sobre ele o poder de direção.

Na mesma proposta, Rizzardo (2019, p. 252) cita que, se o filho estiver na guarda de apenas um dos progenitores, não são chamados os dois para responder pelos seus atos ilícitos, pois a responsabilidade recai na pessoa daquele que exerce

a guarda e vigilância. No mesmo sentido, se os menores estão sob a autoridade dos avós, de outros parentes, de um educador ou de um estabelecimento de ensino, igual tratamento deve aplicado.

Quando a guarda for exclusiva de um dos cônjuges por força do divórcio, Venosa (2020, p. 537) acredita que responderá apenas o pai ou a mãe que tem o filho em sua companhia, porém não de forma inexorável, pois dependerá do caso concreto.

A jurisprudência, por tempos, também entendeu que a guarda era indispensável para que os genitores pudessem exercer sobre os filhos a vigilância, afirmando que a responsabilidade resultava antes da guarda que do poder familiar, pois esse último era exercido por ambos os pais. Deste modo, se o menor cometesse um ato ilícito sob a guarda de um dos genitores, por força do divórcio, somente este responderia pelos atos praticados. No entanto, se o fato ocorresse no período de visitas, na presença do outro genitor, este responderia civilmente de forma individual, devido a obrigação de vigilância (GONÇALVES, 2021a, p. 165).

Contudo, no ano de 2009, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que ambos os pais são responsáveis civis de forma solidária, mesmo que apenas um deles detenha a guarda, desde que um dos genitores não tenha concorrido exclusivamente para que o dano acontecesse, como segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS
ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE CULPA
- LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO

GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. I - **Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores**, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano. II - A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção juris tantum de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n.6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. III - No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626). IV - Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima. V - Recurso especial desprovido. (BRASIL, 2009b, grifo nosso).

Nesse sentido, foi aprovado, no ano de 2011, na V Jornada de Direito Civil, o Enunciado n. 450 (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2011), o qual deixou claro que a responsabilidade dos pais é solidária, independentemente do divórcio:

Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados; ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores.

Porém, no final do ano de 2015, o Superior Tribunal de Justiça adotou em seu julgado entendimento diverso ao Enunciado n. 450, antes aprovado, determinando que o pai que não exerce autoridade de fato sobre o filho não responde civilmente por ele, mesmo que detenha o poder familiar:

Direito Civil. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito envolvendo menor. Indenização aos pais do menor falecido. Entendimento jurisprudencial. Revisão. Art. 932, I, do Código Civil. 1. A responsabilidade dos pais por filho menor – responsabilidade por ato ou fato de terceiro –, a partir do advento do Código Civil de 2002, passou a embasar-se na teoria do risco para efeitos de indenização, de forma que as pessoas elencadas no art. 932 do Código Civil respondem objetivamente, devendo-se comprovar apenas a culpa na prática do ato ilícito daquele pelo qual são os pais responsáveis legalmente. **Contudo, há uma exceção: a de que os pais respondem pelo filho incapaz que esteja sob sua autoridade e em sua companhia; assim, os pais, ou responsável, que não exercem autoridade de fato sobre o filho, embora ainda detenham o poder familiar, não respondem por ele, nos termos do inciso I do art. 932 do Código Civil.** 2. Na hipótese de atropelamento seguido de morte por culpa do condutor do veículo, sendo a vítima menor e de família de baixa renda, é devida indenização por danos materiais consistente em pensionamento mensal aos genitores do menor falecido, ainda que este não exercesse atividade remunerada, visto que se presume haver ajuda mútua entre os integrantes dessas

famílias. 3. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido também parcialmente. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

No entanto, em 2017, a Quarta Turma posicionou-se no sentido de que a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos tem como irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos. Sendo assim, ambos os pais são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelo filho, estando a demanda na relação de processos mais relevantes julgados no ano de 2017:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM - PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES. ATO ILÍCITO COMETIDO POR MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL MITIGADA E SUBSIDIÁRIA DO INCAPAZ PELOS SEUS ATOS (CC, ART. 928). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação - nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) - da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É **possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC, 73, art. 46, II) intente ação contra ambos - pai e filho -, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples.** 4. O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia

dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos. 5. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Logo, em 2018, o Tribunal da Cidadania julgou outra demanda, responsabilizando ambos os genitores pelos atos ilícitos dos filhos menores, inclusive aquele que não detinha a guarda, por ser atributo do poder familiar, utilizando o raciocínio da lide julgada em 2009, supramencionada:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENITOR, PELOS ATOS DE SEU FILHO MENOR, DO QUAL NÃO DETÉM A GUARDA. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. **Conforme entendimento desta Corte, ambos os genitores, em decorrência do princípio do poder familiar, "inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano"** (REsp 777.327/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/11/2009, DJe 1/12/2009). Súmula 83 do STJ. 2. O Tribunal de origem, diante da análise do contexto fático-probatório dos autos, consignou pela responsabilidade do genitor, em razão da influência e da efetiva participação na criação e educação do seu filho, menor de idade. Infirmar tais conclusões demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Súmula 7 do STJ. 3. Agravo interno improvido. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Ainda, o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem utilizado o mesmo critério de julgamento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATO INFRACIONAL ATRIBUÍDO A ADOLESCENTE, CONSISTENTE NAS CONDUTAS DESCRITAS COMO ESTUPRO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DOS REQUERIDOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. MÃE QUE NÃO ESTAVA PRESENTE NO MOMENTO DO ATO INFRACIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS GENITORES QUE DECORRE DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR. CULPA DO ADOLESCENTE COMPROVADA EM SENTENÇA PENAL TRANSITADA EM JULGADO. APELO NÃO PROVIDO NO TÓPICO. “[...] **O fato do pai**

não estar na companhia do filho menor, no momento da prática de ato infracional por parte deste, não exime o primeiro de responsabilidade, diante de seu dever de velar pelos atos do segundo. A guarda, a criação e a educação do filho, permanece como dever do poder familiar seu, sob pena de se relegar a responsabilidade inerente à paternidade, o que o torna parte legítima para figurar no polo passivo da demanda reparatória dos danos [...]” (TJSC, Agravo de Instrumento

n. 2012.028480-9, da Capital, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 06-02-2014).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 928 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. “DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM - PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES. ATO ILÍCITO COMETIDO POR MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL MITIGADA E SUBSIDIÁRIA DO INCAPAZ PELOS SEUS ATOS (CC, ART. 928). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a

vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação - nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) - da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC, 73, art. 46, II) intente ação contra ambos - pai e filho -, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples. 4. **O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos. 5. Recurso especial não provido.**" (STJ - REsp: 1436401 MG 2013/0351714-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2017). [...] RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (SANTA CATARINA, 2019, grifo nosso).

Estes entendimentos jurisprudenciais refletem que, no momento da ruptura do relacionamento entre os genitores, aquele que detém a guarda, principalmente na modalidade unilateral, assume uma responsabilidade que deveria ser de ambos os pais, isto é, educar e criar o filho. Assim, não se entende justo que o pai que se viu obrigado a assumir sozinho a guarda e com ela os deveres morais e legais, muitas

vezes em razão da negligência do outro genitor, tenha que ser obrigado a indenizar sozinho eventuais danos que o filho vier a causar.

Em suma, percebe-se a existência de basicamente duas linhas de interpretação acerca da responsabilidade civil dos pais divorciados. Uma entende que a responsabilidade civil será somente daquele que tem o dever de vigilância do menor, e já a outra fundamenta que a responsabilidade civil se estende a ambos os genitores, uma vez que o poder familiar não se extingue com o divórcio e que o conceito de companhia pode ser amplamente interpretado.

Em que pese a grande maioria dos doutrinadores discorde do Enunciado n. 450 da V Jornada de Direito Civil, trata-se de uma matéria bem controvertida que deve ser pacificada pela jurisprudência superior, para que não haja maiores dúvidas sobre a abrangência da norma e para que a responsabilidade civil seja integralmente prestada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que a vivência em sociedade aconteça é necessário o mínimo de ordem. Para tanto, toda pessoa que causar um ato ilícito e, conseqüentemente, gerar algum dano, será responsabilizado civilmente. Deste modo, a responsabilidade civil é a obrigação de reparar eventuais prejuízos que foram causados a terceiros.

Nesse sentido, a legislação brasileira vigente prevê situações em que a reparação será feita por pessoa diversa daquela que cometeu o ilícito, posto que o principal objetivo da responsabilidade civil é ver os danos causados à vítima reparados. Assim, serão responsáveis civilmente os pais pelos atos praticados pelos seus filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Consubstanciado no artigo 932, inciso I do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil dos pais gera divergência jurisprudencial e doutrinária

devido a sua redação, porquanto exige que o menor esteja sob autoridade e companhia dos pais no momento da prática do ato danoso.

Essa discordância de opiniões ocorre devido ao elevado e frequente número de divórcio no país, visto que essa situação impossibilita, na maioria dos casos, que ambos os pais estejam sob a autoridade e em companhia da criança ou do adolescente, sendo estes atributos frequentes do guardião que possui o lar de referência do menor.

Nesse contexto, é possível perceber dois principais posicionamentos: um que interpreta a norma de uma forma literal, atribuindo a responsabilidade somente ao genitor que possuía o dever de vigilância do menor no momento da ocorrência do fato danoso, e outro que afirma que a responsabilidade civil deve ser atribuída a ambos os pais, uma vez que esta responsabilidade deriva dos deveres e direitos do poder familiar, condão que não cessa com o divórcio ou com a distância.

Ao interpretar a norma de uma forma teleológica, isto é, buscando a sua finalidade e a função que exerce, é possível encontrar uma solução diferente da interpretação literal. Assim, infere-se que a frase "sob sua autoridade", trazida pelo artigo supracitado, traz a ideia do poder familiar, e a expressão "em sua companhia" não se restringe a ideia de presença física, mas sim de um acompanhamento do desenvolvimento da vida da criança ou do adolescente, mesmo que a distância.

Essa interpretação faz com que ambos os pais participem ativamente da educação e desenvolvimento do menor, mesmo que de longe, preservando o princípio do melhor interesse da criança. Isso porque, responsabilizando civilmente os dois pais, independentemente da aproximação física, fará com que o pai guardião melhore sua guarda e o pai não guardião seja mais rígido na questão da supervisão, papel que lhe cabe, ativando o poder familiar, posto que o patrimônio de um e do outro será afetado.

Além disso, a reparação total dos danos causados à vítima possui mais eficácia quando cobrado de ambos os pais, sendo que deste modo a

vítima terá mais chance de ser ressarcida. Muito embora haja dúvidas sobre a quem recairá o encargo de reparar o dano, é necessário deixar claro que a vítima será certamente indenizada, uma vez que a responsabilidade civil dos pais é objetiva, fazendo com que a vítima só precise provar o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do menor, sendo indiferente a culpa dos pais na situação.

Entretanto, se faz necessário prestar atenção em cada caso concreto de forma específica, visto que poderá acontecer casos de falta de cuidado necessário exclusivamente de apenas um dos genitores, porquanto o genitor não responsável poderá entrar com uma ação de regresso contra o genitor com culpa exclusiva. Do mesmo modo, poderá entrar com uma ação de regresso o genitor que reparou integralmente o dano em casos nos quais ambos os pais deveriam ter sido responsabilizados.

Para que não houvesse mais divergências quanto a responsabilidade civil dos pais, assunto de extrema importância, posto o crescimento de danos causados por menores, uma alteração da redação do artigo 932, inciso I do Código Civil, deveria ser realizada, atribuindo, talvez, uma responsabilidade subjetiva entre os genitores, ou seja, uma averiguação de culpa para determinar se a responsabilidade será entre ambos os genitores ou somente contra um deles.

Até o momento não há qualquer projeto de lei para modificação da matéria, portanto, enquanto não ocorrer alguma alteração no dispositivo legal, conclui-se que a jurisprudência deverá pacificar um entendimento quanto a esse assunto, de preferência no sentido de que a responsabilidade civil deriva do poder familiar e da companhia de fato, independente da presença física, sendo que quando o dever de educar os filhos é de ambos os pais a responsabilidade civil por algum fato cometido por eles também recairá sobre os dois genitores, sendo eles casados ou não.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553609697/pageid/0>. Acesso em: 10 ago. 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553609727>. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1 de maio de 1943; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 ago. 2009a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1253724/PR. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 5 jun. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 5 jun. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1253724&b=ACOR&p=false &l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial 777.327/RJ. Relator Ministro Massami Uyeda. Julgado em 17 nov. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 nov. 2009b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=777327&b=ACOR&p=false &l=10&i=4&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial 1.232.011/SC. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 17 dez. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 dez. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1232011&b=ACOR&p=false &l=10&i=6&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1436401. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 2 fev. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2 fev. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1436401&b=ACOR&p=false &l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 341. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 13 dez. 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula341/false> Acesso em: 10 set. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597025422>. Acesso em: 15 abr. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 450**. Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados, ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/381> Acesso em: 29 ago. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553617173>. Acesso em: 28 mai. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021a. 6 v. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590210/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa2-0.xhtml\]!/4/2/2\[f889f676-fc9d-4ca6-e4e3-3d9b79a35a83\]%4034:1](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590210/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa2-0.xhtml]!/4/2/2[f889f676-fc9d-4ca6-e4e3-3d9b79a35a83]%4034:1). Acesso em: 10 ago. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021b. 4 v. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590500/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa2-0.xhtml\]!/4/2/2\[70264372-bf81-4b0f-d9a6-3bc6744f-fb5d\]%4014:1](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590500/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa2-0.xhtml]!/4/2/2[70264372-bf81-4b0f-d9a6-3bc6744f-fb5d]%4014:1). Acesso em: 21 mar. 2021.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 4 v. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530989941>. Acesso em: 12 jun. 2021.

LOBÔ, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555593655>. Acesso em: 21 ago. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559640515>. Acesso em: 08 ago. 2021.

MENEZES, Carlos Alberto. **Comentários ao novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-3878-9/pageid/17>. Acesso em: 03 abr. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530994228>. Acesso em: 16 abr. 2021.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530968724>. Acesso em: 04 abr. 2021.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530968724>. Acesso em: 03 abr. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530980320>. Acesso em: 28 mai. 2021.

PIVA, Rui Carvalho. **Direito Civil**: parte geral, obrigações, contratos, atos unilaterais, responsabilidade civil, direito das coisas. São Paulo: Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520444504/pageid/0>. Acesso em: 14 abr. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530986087>. Acesso em: 05 jun. 2021.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sétima Câmara de Direito Civil. Apelação Cível 0005712-38.2009.8.24.0025. Relator Álvaro Luiz Pereira de Andrade. Julgado em 6 jun. 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Florianópolis, 6 jun. 2019. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=APELA%C7%C3%20CDVEL.%20A%C7%C3%20DE%20INDENIZA%C7%C3%20POR%20DANOS%20MORAIS%20E%20MATERIAIS.%20ATO%20INFRACIONAL%20ATRIBU%CDDO%20A%20ADOLESCENTE,%20CONSISTENTE%20NAS%20CONDUTAS%20DESCRITAS%20COMO%20ESTUPRO%20E%20&only_ementa=&frase=&id=AABA-g7AAGAAGSIbAAF&categoria=acordao_5. Acesso em: 26 set. 2021.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil do incapaz. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (org.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas S.A, 2015. p. 248-268. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/activate/9788597000689>. Acesso em: 10 ago. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530990404>. Acesso em: 14 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559640959>. Acesso em: 15 ago. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530989965>. Acesso em: 20 ago. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: família e sucessões. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021a. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027150/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0\]/4/2/2\[bb17e741-07bd-4224-b0e9-a34599a827d0\]%4051:3](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027150/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0]/4/2/2[bb17e741-07bd-4224-b0e9-a34599a827d0]%4051:3). Acesso em: 20 ago. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597024678>. Acesso em: 08 ago. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021b. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027181/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1\]/4/2/2\[4d-c5dfaf-bfa6-46b6-ffb3-04b6d4aa66d7\]%4051:3](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027181/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1]/4/2/2[4d-c5dfaf-bfa6-46b6-ffb3-04b6d4aa66d7]%4051:3). Acesso em: 14 abr. 2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO PERANTE SEUS PACIENTES

Ana Clara Chinato Weissheimer¹
Valéria Jorge Santana Machado²

RESUMO

O Brasil já ocupou a primeira posição no ranking mundial de procedimentos estéticos em cirurgias plásticas realizadas no mundo, sendo uma referência quando o assunto é procedimento estético. Com o aumento expressivo desses procedimentos, aumentou também o número de ações indenizatórias por erro médico no judiciário brasileiro. Diante disso, busca-se com a presente pesquisa responder, qual é o tipo de responsabilidade civil do médico cirurgião plástico e quais suas obrigações para com o paciente. O objetivo principal foi verificar se, quando há o erro médico do cirurgião plástico é cabível, judicialmente, a obrigação de meio ou resultado e, se o profissional terá o dever de indenizar o paciente. Para tanto, analisou-se na legislação e em doutrinas, a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade do médico, focando no cirurgião plástico, e distinguiu-se a obrigação de meio e de resultado e a aplicação destas na cirurgia reparadoras ou estéticas, a relação de consumo, bem como decisões dos tribunais superiores acerca do erro médico cometido pelo cirurgião plástico estético, ao final concluiu-se que na cirurgia plástica estética, cuja finalidade não é curativa ou terapêutica, emprega-se a obrigação de resultado e, embora seja responsabilidade subjetiva, cabe a inversão do ônus da prova, entretanto, ainda assim, subsiste alta grau de dificuldade em se reconhecer o erro médico para fins de indenização.

Palavras-chave: Cirurgia plástica. Erro médico. Obrigação. Responsabilidade.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; anaclarachinato@hotmail.com

² Mestre em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; Docente do Curso de Direito da Unoesc, Campus de Joaçaba; valeria.machado@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil sempre despertou interesse para investigação, dada a complexidade do tema e sua incidência nos muitos ramos do direito não há consenso na doutrina ou jurisprudência acerca de determinadas situações, como é o caso da responsabilidade civil na área da saúde, que por si só se desdobra em diversas possibilidades, disso decorre a escolha do tema, com um recorte para a responsabilidade civil do cirurgião plástico nos procedimentos estéticos.

O objetivo principal deste artigo foi aferir em quais situações o cirurgião plástico terá o dever de indenizar, posto que embora seja possível diferenciar o tipo de obrigação assumida pelo médico, se de meio ou de resultado e apesar de se ter consenso que nos procedimentos estéticos/embelezadores que a obrigação é de resultado, existe grande dificuldade em se conseguir a comprovação do erro médico, excetuando-se o erro grosseiro, nas demais hipóteses tem-se um grau elevado de subjetividade, eis que muitas vezes o paciente se mostra frustrado com o resultado, enquanto o médico entende ter cumprido satisfatoriamente com a obrigação assumida, isso acontece porque o conceito de beleza é único para cada pessoa, esse impasse tem gerado o ajuizamento de ações indenizatórias, havendo divergência na jurisprudência sobre o tema.

Em 2018 o Brasil foi considerado o país que mais realizou procedimentos estéticos de cirurgia plástica no mundo, de acordo com uma pesquisa realizada e divulgada em dezembro de 2019 pela Sociedade Internacional de Cirurgias Plásticas (ISAPS), quase um milhão e meio de procedimentos estéticos invasivos (PEREIRA, 2021), evidenciando a busca incansável pela "perfeição" e aceitação aos padrões estéticos que norteiam a sociedade. O uso exacerbado e a perfeição vendida em redes sociais podem ter contribuído para estes índices.

Essa realidade impactou no ajuizamento de ações em busca de indenizações por erro médico, que envolvem pacientes, médicos, hospitais e o próprio Estado.

Para melhor visualização do tema, no primeiro capítulo será feita uma breve análise sobre a responsabilidade civil à luz da legislação brasileira, analisando os conceitos e requisitos que a norteiam, bem como suas cláusulas excludentes.

No segundo capítulo estudar-se-á propriamente a responsabilidade civil médica, a origem contratual da relação médico/paciente nos procedimentos estéticos vista pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código de Ética Médica e, também, a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde nesses casos.

No terceiro capítulo será tratado sobre a responsabilidade civil do cirurgião plástico, abordando o conceito de cirurgia plástica e a diferença entre cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética, visto que há entre o cirurgião plástico reparador e o cirurgião plástico estético um tratamento diferenciado, o que se traduz em posicionamentos divergentes, ou seja, se é o caso de obrigação de meio ou de resultado.

Por derradeiro, no último capítulo se abordará o entendimento dos Tribunais sobre a responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos com vistas a aferir se há responsabilização por erro médico e dever de indenizar o paciente quando este fica frustrado com o resultado.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A responsabilidade civil do cirurgião plástico é um tema de grande importância, uma vez que envolve questões que atingem dois dos maiores patrimônios do ser humano: sua vida e sua integridade física.

A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é tratada no artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002) que dispõe: "aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo" e segue em seu parágrafo único "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

Segundo Gonçalves (2012, p. 20-21); "A palavra responsabilidade origina-se do latim *re-spondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou composição do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir."

Quando é cometido um ato ilícito surge para quem o cometeu a obrigação de repará-lo. Sobre o tema Diniz (2012, p. 37) define a responsabilidade civil:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Na responsabilidade civil, considera-se que há diversas "divisões internas". Em relação ao seu fundamento, poderá ser subjetiva, que ocorre quando se configura culpa ou dolo, sendo necessária a prova de culpa do agente para surgir o dever de indenizar, conforme aduz Diniz (2003).

Na responsabilidade civil objetiva, não se faz necessário culpa ou dolo, parte-se do pressuposto do risco, somente sendo exigido o dano à vítima ou aos seus bens para surgir o dever de reparar.

Entende-se pelo exposto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que a responsabilidade civil objetiva é baseada na teoria do risco ao

afirmar que existe 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". Portanto, o elemento importante para o surgimento do dever de indenizar é a ocorrência do dano e não a culpa.

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o evento danoso poderá dar ensejo a reparação moral ou material ou a imagem. O objetivo da responsabilidade civil então é reparar o dano causado à vítima, restaurando o *status quo ante*, ou, quando isso não for possível, realizar "A palavra responsabilidade origina-se do latim re-spondere, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou composição do bem sacrificado." (GONÇALVES, 2012).

Com relação à responsabilidade civil subjetiva, Coelho (2014) mostra a necessidade da existência de três pressupostos: conduta culposa, dano patrimonial ou extrapatrimonial e a relação de causalidade entre a conduta e o dano.

Assim, tem-se na responsabilidade subjetiva um fato gerador do dano que é ilícito, de modo que o causador do dano deverá reparar o prejuízo causado a vítima, se ficar provado pela vítima que ele agiu com dolo ou culpa.

Ao contrário da responsabilidade objetiva, onde a atividade pode até ser lícita, mas que por causar perigo ou risco a outrem, deverá ser o dano, que porventura venha a causar, ser reparado pelo simples implemento do nexos causal, sem averiguação de culpa, fundado na teoria do risco. Validando este entendimento, Gonçalves (2012) menciona que a responsabilidade objetiva independe da culpa, bastando tão somente a relação de causalidade entre a ação e o dano.

O ordenamento brasileiro adotou como regra a responsabilidade civil subjetiva, que tem como pressupostos o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexos causal, que serão abordados no próximo capítulo e uma vez presentes haverá o dever de indenizar.

2.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A doutrina diverge quanto aos requisitos (pressupostos) que caracterizam a responsabilidade civil do profissional na área médica, antes, porém de adentrar a essa temática, vamos analisar os requisitos da responsabilidade subjetiva. Diniz (2008, p. 37-38) ao comentar o assunto afirma que os pressupostos da responsabilidade civil são: ação, dano e nexo de causalidade. Venosa (2008, p. 23) nos remete a ideia de quatro elementos da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal.

Gonçalves (2009, p. 39) compartilha do entendimento de Sílvio Venosa ao enumerar quatro elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão do agente, culpa, dano e relação de causalidade. Já o Código Civil preceitua no caput do artigo 927 a responsabilidade civil subjetiva como regra, com a ideia de culpa, mas no parágrafo único do referido artigo, abre-se a possibilidade da responsabilidade civil objetiva, independente de culpa.

2.1.1 Ação ou Omissão

É o ato da pessoa que causa dano ou prejuízo a outrem, este ato gera a obrigação de reparação, pode ocorrer por um ato que o agente deveria praticar e não praticou (omissivo) ou por um ato que não deveria fazer e fez (comissivo).

Diniz (2003, p. 37) define a ação ou omissão sendo “o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, [...] que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.” Afirma ainda que a ação ou omissão que gera a responsabilidade civil pode ser ilícita ou lícita e que a “responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a

responsabilidade sem culpa funda-se no risco, [...] principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos". E ainda afirma que o comportamento pode ser comissivo ou omissivo, sendo que a "comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se." (DINIZ, 2003, p. 37).

Além da conduta humana, é imprescindível o dano para que haja o dever de indenizar.

2.1.2 Dano

O dano se classifica em patrimonial/material ou extrapatrimonial/moral estes se dividem em direto ou indireto. Dano material está relacionado a diminuição de um bem de valor econômico. O dano moral, por sua vez, relaciona-se aos direitos da personalidade (vida, integridade física ou psicológica), sendo capaz apenas de compensar a vítima, posto que não há como voltar ao estado anterior.

Venosa (2008, p. 30) define dano patrimonial como "aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização." O dano patrimonial direto se configura por ser provocado diretamente pela ação ou omissão do agente, e o indireto é causado por ato não dirigido ao bem que sofreu a lesão.

Diniz (2003, p. 68-69) define o dano patrimonial direto como o "dano que causa imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima [...] o prejuízo que for consequência imediata da lesão [...]" e o dano patrimonial indireto como "uma consequência possível, porém não necessária, do evento prejudicial a um interesse extrapatrimonial [...] o que resultar da conexão do fato lesivo com um acontecimento distinto."

O dano moral abrange a lesão a interesses não patrimoniais, por esse motivo é de difícil mensuração uma vez que a indenização não será capaz

de prover o retorno ao estado anterior, sendo apenas capaz de compensar a vítima.

Diniz (2003, p. 86) define o dano moral direto a uma “lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade [...] ou nos atributos da pessoa.” E conceitua dano moral indireto como “é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial”

O dano moral afeta o psíquico, a moral e o intelectual da vítima e pode ensejar reparação ainda que ocorra exclusivamente ou concomitantemente com o dano extrapatrimonial, de qualquer modo há que haver o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

2.1.3 Nexo de Causalidade

Para que haja a obrigação de indenizar, é necessário que exista uma ligação entre a conduta do agente e o resultado. Chama-se nexo de causalidade. É a relação entre a ação ou omissão e o dano verificado. Está expressa no verbo “causar”, no artigo 186 do código civil. Sem ela não existe obrigação de indenização. (GONÇALVES, 2003, p. 55).

Se o dano sofrido não for causado pelo agente do ato, não há relação de causalidade. Venosa (2003, p. 39) discorre que:

O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

É necessária a relação entre o ato omissivo ou comissivo do agente e o dano, para que de tal forma o ato do agente seja considerado como causa do dano, ensejador da reparação.

2.1.4 Excludentes da Responsabilidade Civil

As excludentes da responsabilidade civil são situações que dispensam o dever de reparação do dano por não haver o nexo de causalidade, que é pressuposto da responsabilidade civil.

Segundo Gonçalves (2012, p. 55) as causas excludentes de responsabilidade civil são tidas como a defesa do agente causador do dano em uma ação de responsabilidade. Para Venosa (2008, p. 49), "a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar" são excludentes da responsabilidade.

A culpa da vítima ocorre quando o dano emerge de ato da mesma, eliminando assim qualquer responsabilidade do agente, uma vez que o dano se deu por absoluta culpa da vítima, esta deve arcar com os prejuízos que ocasionou.

No fato de terceiro ou culpa de terceiro, o causador do dano se exonera do dever de reparação, pois o fato foi causado por ação ou omissão de terceiro (DINIZ, 2003, p. 123).

O caso fortuito e a força maior para Venosa (2008, p. 51), distinguem-se, sendo que "o caso fortuito decorreria de forças da natureza, tais como terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto que a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinações de autoridades." São eventos tidos como imprevisíveis e inevitáveis, então exclui-se a causalidade entre o dano da vítima e a conduta do agente.

No campo contratual tem-se a cláusula de não indenizar. É firmada entre as partes contratantes, de forma que uma das partes declara que não será responsável por eventuais danos provenientes do contrato. Essa cláusula é ilícita quando se fala na atividade médica. Miranda (2006, p. 907) esclarece que; “são cláusulas ilícitas: a de transferência de obrigações essenciais do contratante, as que exonerem de responsabilidade pelo dolo ou culpa grave e, em geral, todas as que interessem à proteção da vida, da integridade física e da saúde do contratante.”

Analisada os pressupostos da responsabilidade civil de acordo com a legislação e doutrina, no próximo capítulo será abordada a responsabilidade civil médica, sua natureza jurídica, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e o Código de Ética Médica, bem como a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade médica teve seu marco nos nossos antepassados e foi evoluindo com o tempo, haja vista que as doenças e os males surgiram juntamente com o homem, que tentou combatê-los desde os primórdios, época em que se preconizava unicamente a cura – e não o estudo – das patologias, recaindo à culpa sobre o feiticeiro caso não ocorresse a cura, que por sua vez era acusado de incapaz e imperito (KFOURI NETO, 1998).

Analisando esse contexto e com as inovações trazidas pelo art. 951,³ do Código Civil Brasileiro, o médico passou a ser responsabilizado ao agir com imprudência, imperícia ou negligência e causar dano a outrem, sendo obrigado a reparar o dano, devendo o profissional reparar o dano se assim agiu (QUEIROGA, 2007).

³ Art. 951, CC. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (BRASIL, 1990).

Giostrì (2004, p. 34) considera que a responsabilidade médica é regida pelos pressupostos da responsabilidade civil. Sendo assim, o médico que pratica um ato em sã consciência e com capacidade de discernimento, tem o dever de reparar as consequências danosas do seu ato.

Como observado, para que haja a responsabilização do médico por dano causado ao paciente, deve-se ter conduta imprudente, negligente ou imperita, que através disso venha a causar um prejuízo ao paciente. Ou seja, a responsabilidade do médico, pelo Código Civil vigente e pelo Código de Defesa do Consumidor,⁴ é a subjetiva – dependente de culpa.

Sobre a natureza da responsabilidade civil médica tem-se que o entendimento majoritário é de que seja contratual, pois há entre o médico e seu paciente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, por exemplo, nas cirurgias plásticas. Conforme será explicado adiante. Excepcionalmente, a responsabilidade do médico terá natureza delituosa, se cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão.

Falar-se-á nos seguintes capítulos sobre as obrigações de meio e resultado que estabelecem a relação entre médico e paciente nas relações contratuais.

3.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO

Para Monteiro (1988, p. 8) conceitua-se obrigação como: "A relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal e econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio."

⁴ Art. 14, CDC. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 1990)

Considera-se que a responsabilidade ou obrigação é de meio quando o profissional promete utilizar de seus conhecimentos e técnicas para obter o melhor resultado, no entanto não se responsabiliza por ele.

Para a ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a obrigação de meio limita-se a um dever de desempenho, ou seja, há o compromisso de agir com desvelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar um determinado fim, mas sem se obrigar à efetivação do resultado.

Correia-Lima (2012) conceitua, se o compromisso for apenas o de envidar esforços para determinado resultado, porém sem a obrigação de consegui-lo, teremos a obrigação de meio.

Por exemplo, um determinado médico que indica tratamento para o paciente não pode garantir a cura do mesmo.

Para Matiello (2006, p. 56) "obrigações de meio é a que vincula o profissional à aplicação diligente de todos os recursos disponíveis para a melhor condução possível do caso clínico que será alvo de seus préstimos".

No entanto para Bittar (1991) "Obrigação de meio é aquela cujo objeto se restringe ao emprego de todos os meios necessários ou possíveis, sem que atinja um resultado final (no caso, a cura do paciente)." E Giotri (2011, p.75) o apoia dizendo que "na obrigação de meio, ele [o médico] se compromete apenas a empregar os meios apropriados à obtenção do resultado buscado pelo credor, sem, contudo, se vincular àquele resultado."

Quando se falar sobre uma obrigação de meio, deve o paciente comprovar que o médico agiu de forma culposa, sendo negligente, imprudente ou imperito, independente da responsabilidade ser contratual ou extracontratual.

O médico possui obrigação de meio, deve atuar conforme a sua "lex artis", com zelo e responsabilidade em busca de um resultado favorável, mas o não alcance do resultado não caracteriza inadimplemento.

A obrigação é de meio, pois o alcance do resultado não depende apenas do médico, neste tipo de obrigação o credor não se obriga ao resultado pois o êxito de sua conduta depende de muitos fatores aleatórios, por exemplo, enfermidades, organismo humano, o paciente precisa tomar certos cuidados que terão consequências no tratamento.

3.2 OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Quando a obrigação assumida é a de resultado, fica atrelado ao profissional de que o resultado que se espera seja, efetivamente, entregue.

De acordo com Kfoury Neto (2010), "a regra geral dita que o médico não pode obrigar-se, no desempenho de sua atividade profissional, a obter resultado determinado acerca da cura do doente e assumir o compromisso de reabilitar sua saúde."

Para Giostri (2002, p. 144), "de um modo geral as obrigações de resultado têm como meta a obtenção de um resultado predeterminado e pactuado adremente, o que – se não efetivado – põe o devedor em responsabilidade, salvo que se prove a interferência de caso fortuito ou força maior" e prossegue dizendo, "em uma obrigação de resultado não são levadas em conta a conduta e a diligência do devedor, sendo está uma das características marcantes que a diferencia da obrigação de resultado.

Na obrigação de resultado, o objetivo é o próprio resultado. Sobre essa promessa de um resultado concreto, e alcançar um modelo previamente definido entre as partes, discorre Matiello (2006):

Assumindo o médico a obrigação de dar realidade ao que abstratamente esboçou a máquina, a superveniência de resultado nitidamente diverso do pretendido assegura ao cliente o direito de procurar reparação, ainda que ausente o prejuízo orgânico ou funcional, porque então não mais se estará cuidando de possibilidades genéricas

esboçadas ao paciente, mas de dever antecipada e definitivamente fixado pelas partes.

Caso o resultado buscado e acordado entre as partes não seja alcançado, o profissional não cumpriu com a sua obrigação, havendo presunção de culpa e inversão do ônus da prova, cabe ao paciente comprovar que não foi obtido o resultado acordado, portanto, não foi adimplida a obrigação. Em conformidade com essa ideia Stoco (2007, p. 556) afirma que:

(...) na obrigação de resultado o devedor, ao contrário, obriga-se a chegar a um determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou deverá arcar com as consequências. É o que se dá, pôr exemplo, no contrato de empreitada, transporte e no de cirurgia estritamente estética ou cosmetologia (...) o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade-fim), prevendo, inclusive, com detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns utilizam-se mesmo de programas de computador que projetam a nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas, etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida. Estabelece-se, sem dúvida, entre médico e paciente a relação contratual de resultado que deve ser honrada.

Embora a responsabilidade do cirurgião estético, que atua como profissional liberal seja subjetiva, devendo ser provada sua culpa para que haja o dever de indenizar, por tratar-se de obrigação de resultado, inverte-se o ônus da prova, com isso, competirá ao devedor provar que o resultado pretendido e firmado no contrato celebrado entre ele e o autor não foi obtido por urna situação excludente de responsabilidade, como, por exemplo, a ocorrência de um caso fortuito, o surgimento de urna força maior que

impediu o devedor de alcançar o resultado tratado no contrato firmado entre ele e o credor da obrigação.

Diante disso, conclui-se que a obrigação do médico em regra geral é de meio, havendo apenas alguns casos específicos, como a embelezadora (estética) em que é obrigação de resultado (KFOURI NETO, 2010, p. 109).

3.3 RESPONSABILIDADE MÉDICA EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Segundo Silvio de Salvo Venosa, o tratamento médico é, atualmente, alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor” (VENOSA, 2008, p. 147). Sendo assim, o paciente é considerado o consumidor, e o médico, o fornecedor de serviços. Porém, o médico continua a ter a responsabilidade medida pelo critério subjetivo, nos termos do art. 14, §4^o5 do Código de Defesa do Consumidor.

Os médicos, assim como os advogados, são profissionais liberais, ou seja, ao categorizar a responsabilidade do médico (se esse estiver agindo de forma pessoal) será apurada a verificação de culpa em suas três modalidades, imprudência, negligência e imperícia.

Faz-se necessário conceituar as três modalidades de culpa, negligência se caracteriza como o descaso do profissional quanto aos deveres da profissão, é deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha; imprudência se define como o médico que age sem usar as cautelas necessárias, tomando medidas precipitadas está agindo imprudentemente,

⁵ Art 14 “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL, 1990).

imperícia seria uma falta de maestria na profissão, qualifica a inaptidão técnica, teórica ou prática no desenvolver de uma atividade profissional.

Conforme aduz Kfoury Neto (2010, p. 11),

No §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, mesmo mantendo a verificação de culpa em relação aos profissionais liberais, trata de responsabilidade subjetiva, como os médicos e advogados, por exemplo, que são contratados com base na confiança dos pacientes/clientes, sendo assim, somente serão responsabilizados pelos danos quando comprovada a culpa subjetiva, por negligência, imperícia ou imprudência.

Observa-se que o Código de Defesa do Consumidor é absoluto ao identificar que a responsabilidade pessoal do médico será apurada com a verificação de culpa, enquanto a responsabilidade médica existente a partir da prestação de serviços médicos de forma empresarial será objetiva.

Na atividade do médico, fatores externos afetam a finalidade contratada, uma vez que o resultado não depende somente da competência, estudo ou esforço do profissional, visto que cada organismo pode reagir a um mesmo tratamento de formas diferentes, entre outras intercorrências que podem acontecer.

Sobre o Código de Ética Médica em relação ao erro médico, Santos (2009, p. 56) discorre que "o erro médico ocorre quando o profissional se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou demonstra falta de diligência ou prudência em relação ao que se esperava de um bom profissional. Pressupondo assim uma inobservância técnica."

A responsabilidade civil do médico está prevista no Capítulo III, art. 1, do Código de Ética Médica,⁶ no qual trata da responsabilidade profissional. Com a alteração do Código de Ética Médica, em 2009, ocorreram algumas

⁶ "É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida." (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2001).

mudanças que beneficiam a defesa dos médicos, como o fato da personalidade do médico na atuação profissional, sendo necessária à verificação de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), não podendo ser presumida, portanto não se aplica a responsabilidade civil objetiva.

Sendo então, a responsabilidade civil do médico, profissional liberal, segundo o Código de Defesa do Consumidor, subjetiva, ou seja, em caso de algum dano proveniente de sua atuação, é necessário comprovar que esse médico atuou com negligência, imperícia ou imprudência, conceitos vistos anteriormente.

No entanto, em casos de cirurgias plásticas estéticas a responsabilidade do médico continua sendo subjetiva, porém com culpa presumida, ou seja, presume-se que o médico atuou com negligência, imperícia ou imprudência, e inverte-se o ônus

da prova, o médico terá que provar que agiu corretamente na cirurgia, e que nada do que ele fizesse mudaria o resultado final, visto que, cada corpo é um corpo, podendo ter diversas reações ao procedimento estético, por exemplo, no caso de queloides ou cicatrizes, cada pessoa possui um tipo de cicatrização e algumas podem ficar propensas a resultado indesejado.

Nos casos de cirurgia plástica reparadora, a obrigação é considerada de meio, visto que a intervenção cirúrgica seria indispensável para a qualidade ou manutenção de vida do paciente, a responsabilidade continua sendo subjetiva, porém sem culpa presumida, deve o paciente comprovar a culpa do profissional, sendo ela causada por meio de negligência, imprudência ou imperícia.

Há também as cirurgias de natureza mista (reparadora e estética), em que uma parcela do procedimento é estética e a outra reparadora, o Superior Tribunal de Justiça entendeu no Resp. 1097955/MG, que a atribuição do vínculo obrigacional deve ser analisada de forma fracionada.⁷

⁷ PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA - ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES.

Cumpra-se a responsabilidade quando o procedimento médico é realizado através de estabelecimentos de saúde, sobre isso trataremos no próximo capítulo.

3.4 RESPONSABILIDADE DOS ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE

A responsabilidade subjetiva do profissional não atinge a pessoa jurídica prestadora do serviço, ou seja, a responsabilidade do hospital, clínica médica, etc., é normalmente feita de forma objetiva.

Em conformidade com o assunto Cavalieri Filho (2012) aduz que:

A responsabilidade médica empresarial, tanto dos hospitais, como clínicas e casas de saúde eram enquadradas pela doutrina e a jurisprudência, na forma do artigo 932, IV, do atual Código Civil Brasileiro, que disciplina a responsabilidade dos hotéis e das hospedarias. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, essa fundamentação perdeu o sentido, uma vez que os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e segundo o disposto no art. 14 do CDC, respondem a esses de forma objetiva pelos danos que causarem aos seus pacientes.

Kfoury Neto (2010, p. 199) afirma que

[...] existindo vínculo empregatício entre o médico e a casa hospitalar, a vítima demandaria a reparação em face do estabelecimento, apenas provada a efetiva

1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes.
2. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora. [] (REsp 1097955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 03/10/2011). (BRASIL, 2011a).

ocorrência do dano – incumbindo ao hospital provar as excludentes do art. 14, §3º, como único modo de se exonerar do encargo.

Tratando-se de um hospital público, por exemplo, preceitua a Constituição Federal que a responsabilidade do Estado será objetiva, sendo este obrigado a reparar o dano caso a vítima demonstre o nexo de causalidade entre a lesão e a conduta do ente público. Este poderá usar as excludentes de responsabilidade para se eximir total ou parcialmente da obrigação de indenizar, conforme o parágrafo 6º, art. 37 da Constituição Federal.⁸

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

A origem da expressão “cirurgia plástica” veio da palavra grega *plastikós*, que significa moldar, plasmar, reparar.

O Conselho Federal de Medicina (2001) estabeleceu como objetivo da Cirurgia Plástica, sua importância para a melhora do bem estar do paciente, desencadeando uma conseqüente melhoria na qualidade de vida do mesmo, como analisado no preâmbulo da Resolução n. 1.621/2001:

Tratar doenças e deformidades anatômicas, congênitas, adquiridas, traumáticas, degenerativas e oncológicas, bem como de suas conseqüências, objetivando beneficiar os pacientes visando seu equilíbrio biopsicossocial e conseqüente melhoria sobre a sua qualidade de vida.

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Não se sabe com exatidão quando ocorreu o início dos padrões de beleza, visto que com o passar do tempo diversos padrões se consolidam na sociedade. Discorre

Martire (2005) que apesar de sua existência milenar, apenas no século XX com a Primeira Guerra Mundial é que a cirurgia plástica foi reconhecida como um ramo médico independente em face dos demais ramos da medicina, frente a necessidade de reparação ocasionadas por lesões ocorridas em virtude da guerra naquele tempo.

Com o passar do tempo e o desenvolvimento da sociedade e tecnologias, o número das cirurgias plásticas estéticas ao redor do mundo aumentou, o Brasil sempre esteve no pódio quando se fala sobre cirurgias estéticas. De acordo com dados da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP), dos quase 1,5 milhão de procedimentos estéticos feitos em 2016, 97 mil (6,6%) foram realizados em pessoas com até 18 anos de idade. Segundo a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP), o país possui atualmente o número aproximado de 5.500 cirurgiões plásticos associados, ou seja, há um médico cirurgião plástico para cada 44.000 habitantes.

Feita essa breve introdução à cirurgia plástica no país, falar-se-á sobre a diferença entre as cirurgias plásticas reparadoras e as cirurgias plásticas estéticas, bem como os Tribunais estão entendendo, se a obrigação assumida por estes profissionais de saúde é de meio ou de resultado.

4.1 DIFERENÇA ENTRE CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA E A CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Com o passar dos anos, o ser humano evoluiu em questão de conhecimento e qualidade de vida, sendo a boa alimentação e a prática de atividades um dos fatores fundamentais e determinantes, até pela questão de saúde. Porém, os indivíduos iniciaram uma busca pelo corpo perfeito. Fato que não é novo em nossa sociedade, se voltarmos um pouco no tempo,

iremos nos remeter a Grécia antiga com a exposição de corpos perfeitos e bem estruturados que eram apresentados como verdadeiras obras de artes.

A nossa realidade não é diferente, sentimos a mesma adoração ao corpo. Contudo, ultimamente as pessoas não buscam estar bem com seu corpo, mas sim expor o quão perfeito pode ser sem pensar nas consequências que isso pode lhe causar. As pessoas vêm ficando cada vez mais insatisfeitas com seu corpo natural, procurando defeitos e fazendo comparações com corpos esplendidamente modificados por procedimentos cirúrgicos ou filtros de redes sociais. Sim, esse é um dos verdadeiros motivos para esse evento estar acontecendo essa “venda de perfeição” que as redes sociais transmitem diariamente, situações que fazem as pessoas buscarem mais e mais esse padrão de beleza sem pensar nos danos. E é aqui que entram os riscos, como, ser submetido a diversos tipos de procedimentos, invasivos ou não invasivos, sendo a cirurgia plástica uma das possibilidades mais rápidas e eficazes com relação aos resultados.

Oras, “com a cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. Ele não é um doente, que procura tratamento, e o médico não se engaja na sua cura [...]” (PEREIRA, 1995, p. 157), mas sim em lhe entregar o serviço contrato, qual seja, um resultado, o qual o cliente espera ser satisfatório.

A cirurgia plástica é um procedimento invasivo utilizado para aperfeiçoar traços, melhorando a imagem e a autoestima do paciente. Além disso Queiroz e Otta (2000, p. 45), explicam que embora esse procedimento tenha um “benefício” psicológico, ele pode causar “disfunção mental ligada ao corpo”, uma certa obsessão pela perfeição, que será muito subjetivo para cada paciente.

Atualmente percebe-se que a cirurgia plástica é utilizada para minimizar frustrações pessoais do indivíduo que busca a qualquer custo se agradar mediante comparações com padrões que acredita ser o adequado. Em pesquisa realizada com mulheres que se submeteram a procedimento

plástico cirúrgico, Sacchet e Thomé (2014, p. 71) perceberam que “a noção de que a cirurgia é “para a cabeça” ou “para estar bem consigo mesma” utilizada por várias pacientes, ajuda a dissociar a plástica da vaidade [...]”

Veja, situações como essas só reforçam ainda mais posicionamentos como os feitos por Edmonds, o qual afirma que pacientes de cirurgias plásticas buscam associar a imagem física e mental que idealizam. Acentua que tal procedimento “[...] pode ser visto como um tipo de prática do consumidor, motivado por fantasias de uma vida melhor e pelo desejo de elevar o *status social* [...]” (EDMONDS, 2002, p. 217).

Depreende-se que a cirurgia plástica é uma tentativa de conciliar o corpo e a mente.

A busca da cirurgia plástica emana de uma finalidade transcendente. É a tentativa de harmonização do corpo com o espírito, da emoção com o racional, visando estabelecer um equilíbrio que permita ao indivíduo sentir-se em harmonia com sua própria imagem e com o universo que o cerca. (PITANGUY apud ACADEMIA BRASILEIRA MÉDICA, 2018).

A cirurgia plástica é subdividida em duas espécies, reparadora e estética. A reparadora, consiste em corrigir danos, sejam, congênitos ou acidentais. “As cirurgias plásticas reparadoras são aquelas que são realizadas visando corrigir deformidades congênitas ou adquiridas ao longo dos anos, procurando, ainda, aprimorar ou recuperar as funções, deixando-as o mais próximo do normal possível.” (PARENTE, 2018). O procedimento reparador não visa, especificamente, enquadrar o paciente a um padrão de beleza estabelecido pela sociedade, mas sim minimizar os traumas e restabelecer o bem estar e a autoestima do paciente.

Embora há quem compreenda que a cirurgia reparadora não possui somente cunho terapêutico, mas também seu enquadramento a determinado padrão de beleza, como Granato e Costa (2015, p. 411), que afirmam que “[...]”

não se pode olvidar que mesmo a cirurgia reparadora ao ser realizada para correção de defeito congênito irá adequar o paciente aos ditos padrões de beleza aceitos pela sociedade [...].”

Bem, mudar algo que foi desenvolvido de modo “anormal” realmente não é uma busca pela perfeição, por padrões pré-estabelecidos pela sociedade. Sabemos que, há deformidades que causam dores e desconfortos, e ter a possibilidade de repará-los pode melhorar a qualidade de vida dessas pessoas.

De outra banda, a cirurgia estética, é aquela que visa melhorar a aparência corrigindo imperfeições. Menezes explica que o fato de o procedimento ser cirúrgico estético, a causa que a determinou pode não ser meramente originada de enquadramento social, mas sim de corrigir algo em seu corpo que possa ter decorrido de uma doença ou anomalia:

Por um lado, mesmo a cirurgia meramente estética não significa, necessariamente, a ausência de uma patologia. Pode ocorrer, por exemplo, que uma paciente procure um cirurgião plástico para corrigir uma deformidade no apêndice nasal que, enfeiando-lhe o rosto, cause-lhe um transtorno da personalidade, assim uma depressão; ou um outro que apresente uma ginecomastia acentuada a causar-lhe comportamento neurótico; ou, ainda, outra, que busca uma correção de mama diante de sobrecarga postural que lhe impeça o exercício de certa atividade profissional . . . (MENEZES, 1999, p. 11-12).

Conforme pode se perceber, mesmo que a cirurgia tenha sido classificada como estética e a sua finalidade aparente ser, a causa que a originou não é considerada uma deformidade genética.

Pois bem, isso nos remete às críticas voltadas à distinção de obrigação decorrente de ambos os tipos de cirurgias, já que tanto a reparatória, quanto a estética geram resultados positivos no psicológico e físico do paciente.

Ora, a crítica não está voltada às deformidades e reparos que os procedimentos são capazes de proporcionar, mas sim na responsabilização que pode ser exorbitante ante o tipo do procedimento realizado. Sob essa perspectiva, Giostri (2011), infere que:

Essa somatória de fatos têm levado cada vez mais a diminuir a linha divisória que separa a cirurgia dita "estética", da outra, cognominada "reparadora". Bem assim, torna incoerente a divisão ainda aceita no Brasil em relação a "obrigação de resultado" (ou de "fim"), ligada a plástica estética, e a de "meio", associada a plástica reparadora.

Feitas essas considerações, nota-se que a busca pela perfeição, enquadramento social ou pela correção de um "defeito" é um dos motivos que fazem um paciente procurar pelos cuidados de um cirurgião plástico, e como tal esse profissional deve proporcionar os cuidados necessários e orientá-lo da melhor forma possível indicando qual procedimento é o mais adequado. Diante disso, quando não alcançado o objetivo embelezador do paciente, causando-lhe danos, surge o motivo para responsabilização.

4.2 O QUE ENTENDE O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Considerando que a obrigação do médico cirurgião plástico ocorrerá mediante a espécie de obrigação pactuada, podendo ser de meio ou de resultado. Cada hipótese terá consequências jurídicas, mas o tipo de enquadramento de responsabilização civil será o mesmo para ambas.

Recapitulando, se o cirurgião é contratado para realizar uma cirurgia de reparação, sua obrigação será de meio e a responsabilidade civil será a

subjetiva, ficando a ônus do paciente provar se o médico agiu com dolo ou culpa.

Entretanto, quando se tratar de cirurgia estética, o médico deve, obrigatoriamente, apresentar resultados, sua responsabilidade na esfera civil continuará sendo a subjetiva, ficará a cargo do cirurgião provar que agiu dentro das normalidades.

Ocorrerá erro médico quando o profissional possuir uma conduta diversa da esperada, com inobservância às técnicas causando danos, como a vida e a saúde do paciente, seja decorrente de culpa por negligência, imprudência ou imperícia ou por dolo (GOMES; FRANÇA, 2001, p. 27).

Os médicos, assim como os advogados, são profissionais liberais, ou seja, ao categorizar a responsabilidade do médico (se esse estiver agindo de forma pessoal) será apurada a verificação de culpa em suas três modalidades, imprudência, negligência e imperícia.

Nesse íterim, a culpa é analisada mediante negligência, imprudência e imperícia, onde a negligência se caracteriza como o descaso do profissional quanto aos deveres da profissão, é deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha. A imprudência, se caracteriza quando o agente age sem usar as cautelas necessárias, tomando medidas precipitadas, já a imperícia seria uma falta de maestria na profissão, qualificada pela inaptidão técnica, teórica ou prática no desenvolver de uma atividade profissional.

Há profissões que possuem risco na atividade exercida, pelo fato de estarem relacionadas a determinados direitos, como à vida, por exemplo. E por isso, quando há responsabilização, as indenizações perfazem-se de caráter pedagógico, no sentido de desestimular certas condutas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, p. 21).

Com base nessas informações e conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ante o julgado do Recurso Especial n. 1.097.955 de

Minas Gerais,⁹ o magistrado entendeu como obrigação de meio e não de resultado, sendo fixado somente danos morais à paciente, mesmo sendo uma cirurgia de natureza mista (caráter estético e reparador).

Temos do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o seguinte julgado¹⁰ onde o magistrado ad quem entende ser obrigação de resultado o

⁹ PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO.CIRURGIA DE NATUREZA MISTA – ESTÉTICA E REPARADORA.

LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES.

A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes.

Nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora –, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.

O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes.

A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.

O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes.

Recurso especial não provido. (BRASIL, 2011a).

¹⁰ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRÚRGIA PLÁSTICA. PRÓTESE MAMÁRIA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. 1. CIRURGIA ESTÉTICA MAMÁRIA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. Sendo o

procedimento uma cirurgia plástica estética, a natureza da responsabilidade do profissional de saúde é de resultado. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. 2. ÔNUS DA PROVA.

INVERSÃO. Possível a determinação judicial em inverter o ônus da prova, a partir da constatação de hipossuficiência técnica da paciente, mesmo diante da responsabilidade subjetiva da profissional liberal. Inteligência dos artigos 6º, VIII, e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável na espécie. Ademais, o recorrente não interpôs o recurso cabível contra a decisão interlocutória que determinou a inversão do ônus probatório, caracterizando-se a preclusão do direito de insurgir-se contra a referida decisão. 3.

RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL DO MÉDICO. RESULTADO INSATISFATÓRIO. Na hipótese a paciente objetiva a reparação dos danos morais e materiais que teria suportado, em razão de erro médico decorrente de cirurgia plástica de mamas. Tratando-se de cirurgia estéticas,

de forma geral, se presume a culpa do cirurgião pelo não obtenção do resultado esperado, pois esta intervenção objetiva a mudança de padrão estético da paciente. A imperícia no procedimento cirúrgico revela-se evidenciada, pois que é a única justificativa para a

imperfeição estética produzida e para os percalços suportados pela paciente. A análise do conjunto probatório permite concluir ter sido insatisfatório o resultado obtido pela paciente através da cirurgia plástica de mamas realizada, o que acarretou assimetria dos seios,

sangramento e vazamento de líquidos corporais. Defeito na prestação do serviço. Dever de indenizar caracterizado em razão do insucesso do ato cirúrgico. 4. DANOS MORAIS. Valor da condenação fixado na origem que se mostra acertada, pois que adequado aos princípios da

proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação. Juros de mora fixados a partir da publicação da sentença, já que o valor principal da condenação foi arbitrado naquela oportunidade. 5. DANOS MATERIAIS. Manutenção da sentença no que

tange a condenação ao ressarcimento dos danos materiais comprovados pela paciente. APELO DESPROVIDO.

(Apelação Cível, Nº 70022772537, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em: 10-09-2008). (BRASI, 2008).

procedimento de cirurgia plástica estética. Utiliza do CDC para aplicação da inversão do ônus da prova, visto o “defeito” na prestação de serviço.

Em razão da insatisfação da cirurgia ficou demonstrado o dever do médico de indenizar. O valor ficou adequado aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade. Tem-se também, o julgado REsp. 236.708/MG¹¹ onde o ponto destaque deste julgado é a afirmação de que no caso de insucesso na cirurgia plástica estética a culpa é presumida, desse modo somente será possível afastá-la com a comprovação por parte do médico de caso fortuito, força maior ou mesmo culpa exclusiva da vítima, tornando difícil provar a inocência do médico.

Há quem defenda que a responsabilidade civil do cirurgião plástico que possui obrigação de resultado seja a objetiva mesmo ele atuando como profissional liberal, pelo fato da relação médico-paciente ser uma relação de consumo. Consoante já foi abordado, quando se tratar de questões relativas a direito do consumidor caberá a responsabilização civil subjetiva com culpa presumida.

¹¹ CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da “vítima” (paciente). (STJ - REsp. 236.708 - (1999/0099099-4) – MG 4ª T. REL. Min. CARLOS FERNANDO MATHIAS). (BRASIL, 2009).

No entanto, esse assunto já foi pacificado, ante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual entendeu no Recurso Especial n. 1.180.815¹², que embora seja uma relação de consumo, a responsabilidade do médico cirurgião plástico com obrigação de resultado continua sendo a subjetiva, porém lhe cabendo o ônus de provar que agiu dentro das diligências devidas, ou seja, ocorre a inversão do ônus da prova.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca desenfreada pela perfeição, por se enquadrar em um padrão de beleza estabelecido, levam indivíduos a se submeterem a diversos procedimentos estéticos, os quais podem ser fatais, se administrados de modo incorreto. No caso das cirurgias plásticas, que são invasivas e de risco à saúde física e mental, pois podem deixar sequelas irreparáveis, há a obrigação de reparar o dano causado. Este foi o objeto de estudo do presente trabalho, analisar a possibilidade jurídica da penalização civil do cirurgião plástico.

Com base no exposto, verifica-se que a responsabilidade civil do cirurgião plástico é um tema divergente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na hipótese de ocorrer erro médico haverá responsabilização, porém dependerá do tipo de serviço contratado para que seja imputada a obrigação, a qual há duas possibilidades a de meio e de resultado

¹² RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 do CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em termo de consentimento informado, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (REsp 1180815/MG Rel. Min Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado 19/08/2010). (BRASIL, 2011b).

Como visto há tipos de cirurgias plásticas, a de reparação e a estética; nas cirurgias plásticas com finalidade reparadora, de correção de uma deformidade evidente, a responsabilidade será de meio; o que significa que se a deformidade não for reparada de forma adequada ou de forma satisfatória, o médico somente será responsabilizado caso ficar demonstrado que ele não atuou de forma diligente, ou não se utilizou das técnicas e conhecimentos médicos adequados. O médico não terá responsabilidade caso o resultado não seja tão agradável ou satisfatório ao paciente. Na cirurgia plástica estética, cuja finalidade não é curativa ou terapêutica, emprega-se a obrigação de resultado. Neste caso, se o paciente não estiver satisfeito com o resultado o médico poderá responder por danos morais, materiais, etc. Na cirurgia plástica estética o paciente está em boa saúde, objetiva um resultado e investe m valor, o paciente espera um resultado na prestação do serviço do médico.

Nesses casos, mesmo sendo relação de consumo a responsabilidade continua sendo subjetiva quando o procedimento for contratado com profissional liberal e será necessário a comprovação de culpa ou dolo, mas, com inversão do ônus da prova, ou seja, caberá ao médico provar que não agiu com dolo ou culpa, ou seja, que não foi negligente, imprudente ou imperito para desobrigar-se do dever de indenizar.

A inversão do ônus da prova, por si só não garante ao paciente o direito a indenização, pois o dano deve ser provado, mediante perícia, de modo que é difícil aferir no caso concreto tanto a culpa quanto o erro médico em procedimentos puramente embelezadores ou estéticos, eis que do ponto de vista médico o procedimento pode ter acontecido de forma adequada, mas ainda assim não satisfazer o paciente que esperava um outro resultado, até porque o conceito de beleza é subjetivo, situação que pode gerar muitas vezes dupla frustração, tanto pelo procedimento que não atingiu o resultado esperado, quanto pelo desfecho da ação indenizatória que não reconheceu o erro médico passível de reparação.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA MÉDICA. **Brasileiros MD Ivo Pitanguy**. 2018. Disponível em: <https://academiamedica.com.br/blog/brasileiros-m-d-ivo-pitanguy>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil Médica, Odontológica, Hospitalar**. Vários autores. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 7 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 5 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.097.955. Recorrente: Rafael Rezende de Gouveia. Recorrido: Maria de Fátima Vanderley. Relatora: MIN. Nancy Andrighi. Consulta processual STJ. Brasília. 27 de setembro de 2011a. . **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 27 set. 2011a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1092790&num_registro=200802398694&data=20111003&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 5 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.180.815. Recorrente: Fernanda de Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Relatora: MIN. Nancy Andrichi. Jusbrasil. Brasília. 27 de setembro de 2011. **Diário de Justiça Eletônico**, Brasília, DF, 27 set. 2011b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15932146/recurso-especial-resp-1180815-mg-2010-0025531-0/inteiro-teor-16827834>. Acesso em: 5 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70022772537. Nona Câmara Cível. São Borja, RS, 10 de setembro de 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 set. 2008. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/> Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 236.708. Minas Gerais, MG, 18 de maio de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 set. 2009. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>. Acesso em: 22 out. 2021.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Civil, volume 2: obrigações, reponsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.621/2001, de 16 de maio de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 jun. 2001. Disponível em: <http://old.cremerj.org.br/legislacao/detalhes.php?id=420&item=1>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CORREIA-LIMA, F. G. **Erro médico e responsabilidade civil**. 5. ed. Brasília: Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. 96 p.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

EDMONDS, A. No universo da beleza: notas de campo sobre cirurgia plástica no Rio de Janeiro. In: GOLDENBERG, Mirian. **Nu e vestido**. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 216-261.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. 2004. p. 21.

GIOSTRI, H. T. Cirurgia Plástica e Excludentes de Culpa Médica. **Revista Sociedade Brasileira Cirurgia Plástica**, Curitiba, v. 26, n. 1. 2011.

GIOSTRI, H. T. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2. . ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GIOSTRI, H. T. **Responsabilidade Médica** – As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2002.

GOMES, J. C. M.; FRANÇA, G. V. **Erro médico**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2001. p. 244.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, C. R. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRANATO, V.; COSTA, A. de A. Cirurgias plásticas reparadoras e estéticas: a responsabilidade e a obrigação cível do cirurgião. **Brazilian Journal of Forensic Sciences**, medical law and bioethics, Riberirão Preto, v. 4, n. 4, p. 405-418, mai./ago. 2015. Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/forensicjournal/edicoes?volume=4&numero=4&artigo=182>. Acesso em: 7 ago. 2021.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTIRE, L. J. **História da medicina** - curiosidades & fatos. São Paulo: Astúrias, 2005.

MATIELLO, F. Z. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2006.

MENEZES, C. A. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 7, p. 11-19, 1999. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8244>. Acesso em: 10 ago. 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Da responsabilidade civil**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p, 907.

PARENTE, E. L. M. **O que são cirurgias plásticas reparadoras?** 2018. Disponível em: <https://sbcp-sc.org.br/artigos/cirurgias-plasticas-reparadoras/>. Acesso em: 5 ago. 2021.

PEREIRA C. M. S. **Responsabilidade civil de acordo com a constituição de 1988**. 6a ed. Rio de Janeiro: Forense; 1995, p. 157.

PEREIRA, Juliano. **Procura por cirurgias plásticas tem aumento de 50% no início de 2021**. 2021. Disponível em: <https://julianopereira.com.br/procura-por-cirurgias-plasticas-tem-aumento-de-50-no-inicio-de-2021/#:~:text=Em%202019%2C%20foram%20feitos%2011.363,de%20acordo%20com%20o%20levantamento>. Acesso em: 20 ago. 2021

QUEIROGA, Antônio Elias. **Responsabilidade Civil e o novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

QUEIROZ R. S.; OTTA, E. **A beleza em foco**: condicionantes culturais e psicobiológicos na definição da estética corporal. *In*: QUEIROZ, R. S. organizador. **O corpo do Brasileiro**: estudos de estética e beleza. São Paulo: Senac; 2000. p. 45.

SACCHET, R. O. F.; THOME, B. Vaidade feminina e a relação de Consumo com cirurgia plástica. **Conteúdo**, Capivari, v. 6, p. 65-81, 2014.

SANTOS, Lindojon Gerônimo Bezerra dos. **Responsabilidade do médico provém de suas atividades**. Consultório Jurídico, 10 maio 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-10/responsabilidade-civil-medico-provem-execucao-atividades>. Acesso em: 22 out. 2021.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RESSOCIALIZAÇÃO DE MENORES INFRATORES APÓS CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Jérssica Massolini¹
Willian Batista Casal²

RESUMO

A presente pesquisa busca tratar da ressocialização de menores infratores após o cumprimento de medida socioeducativa. Inicialmente é abordada a ideia de adolescente enquanto um ser singular, o qual possui características inerentes a este período de vida, observando-se o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações além de doutrinadores que postulam sobre o assunto. Posteriormente destacam-se aspectos importantes referente ao adolescente em desacordo com a lei, o que impulsiona o adolescente a inclinar-se a prática de atos infracionais. Na sequência trata-se das características e finalidades das Unidades Socioeducativas, as quais são muito mais que apenas uma estrutura física. A unidade socioeducativa em si, é o conjunto de pessoas e estratégias voltadas a reeducação/ressocialização do adolescente que se encontra privado de sua liberdade. Dando continuidade refere-se a reeducação/ressocialização, o que é o objetivo proposto com a aplicação da medida socioeducativa, sequencialmente é abordada a tipificação da medida socioeducativa de internação, a qual é tratada como a principal medida socioeducativa na pesquisa. Com a propositura de fechamento, aborda-se na pesquisa medidas socioeducativas com parceria do Estado, sociedade e família. O quanto estas três esferas desempenham um papel essencial para concretude da reeducação/ressocialização do adolescente que comete um ato infracional.

Palavras-chave: Medida socioeducativa. Internação. Atos infracionais. Ressocialização/reeducação.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina C a m p u s de Xaxim; Pós-Graduada em Orientação Educacional pela Faculdade IBRA Educacional; Licenciatura em Filosofia pela Universidade Federal da Fronteira Sul; Licenciatura em Pedagogia pela Faculdade IBRA Educacional; jerssicamassolini@gmail.com

² Professor Orientador; Procurador-geral do município de Xaxim-SC; Advogado; Professor de Direito na Unoesc; Especialista em direito penal e processual penal; Pós-graduado em direito penal militar; Pós-graduado em direito administrativo; williancasal.adv@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa surgiu da curiosidade despertada na autora, durante o andamento do Curso de Direito e durante a atuação em uma Unidade Socioeducativa de Internação, em contato direto com adolescentes internados em cumprimento de medida socioeducativa.

Com o intento de entender a singularidade vivida por estes adolescentes, que se encontram privados de sua liberdade e vivendo um momento de transitoriedade em suas vidas, desenvolveu-se a pesquisa buscando o aporte legal e doutrinário sobre o tema.

Durante a pesquisa foi possível observar a vasta quantidade de Leis, Tratados e documentos orientadores a respeito da condução e efetivação das medidas socioeducativas e dos direitos vinculados aos menores em desacordo com a lei. Ficando evidente o quanto ainda é necessário evoluir para efetivar a aplicação do arcabouço legal nas instituições destinadas a menores infratores.

Além disso foi possível observar durante a pesquisa, quanto os fatores sociais e econômicos são significativos para impulsionar um adolescente a cometer atos infracionais, o convívio familiar e o local onde o mesmo vive, a falta de políticas públicas e o descomprometimento social são fatores determinantes para a vida de um adolescente que se encontra em desacordo com a lei.

A pesquisa destacou o quanto é necessário a atenção do Estado com determinada parcela da sociedade, para que se tenha uma diminuição na quantidade de adolescentes que cometem atos infracionais, ou seja, possibilitar oportunidades para que esses adolescentes não cometam atos infracionais e tenham uma perspectiva de vida diferente.

Em se tratando de reeducação/ressocialização a pesquisa possibilitou o vislumbre da necessidade de um maior acompanhamento e aporte ao

adolescente e sua família durante e após o cumprimento de uma medida socioeducativa. O quanto pode ser significativo e eficaz o período vivido dentro de uma unidade socioeducativa, além do acesso a direitos mínimos que muitas vezes são negligenciados.

2 ADOLESCENTE E LEGISLAÇÃO

2.1 CARACTERIZAÇÃO DA FIGURA DO ADOLESCENTE E ADOLESCENTE INFRATOR

Ao tratar do tema menor infrator, é necessário a análise do indivíduo destacando o período de desenvolvimento que ocorre durante a fase da adolescência. Assim o adolescente possui características específicas, como; físicas, intelectuais e morais. Tais características serão destacadas para demonstrar a figura singular do adolescente. Este indivíduo que deixou a fase infantil, porém ainda não entrou na fase adulta.

Conforme preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 3º; será ofertada todas as possibilidades e facilidades, para oportunizar o desenvolvimento físico, mental, moral espiritual e social (BRASIL, 1990), compreendendo-se assim o caráter de transitoriedade vivenciada neste período pelo adolescente.

A figura do adolescente como um indivíduo singular é abordada por vários Pensadores importantes, entre eles Jean-Jacques Rousseau. O qual já no século XVIII tratava este período (sem a utilização do termo adolescência, que surgiu posteriormente) como um momento único. Em sua obra denominada Emílio, ou da Educação, no livro III Rousseau (1999, p. 201) faz a seguinte afirmação em relação ao adolescente: "Como homem, ele seria fraquíssimo; como criança, é muito forte". Sendo perceptível a diferenciação feita pelo autor nesta etapa de desenvolvimento do ser humano.

Ao nos depararmos com o conceito de adolescente, este foi estipulado em um passado não tão distante, de acordo com Saraiva (2006, p. 30-31); o conceito de adolescente liga-se a pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, tendo em vista a ideia do adolecer como um tema de extrema complexidade. Conforme o autor, esse tema desenvolveu-se durante o final do século XIX e início do século XX, sendo muito importante um olhar diferenciado para este período da vida do indivíduo, o qual por muito tempo foi desconsiderado.

Tratando do período da adolescência como tal, utilizando-se de uma visão clínica da professora Doutora da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Evelyn Eisenstein, a qual define este período como:

Adolescência é o período de transição entre a infância e a vida adulta, caracterizado pelos impulsos do desenvolvimento físico, mental, emocional, sexual e social e pelos esforços do indivíduo em alcançar os objetivos relacionados às expectativas culturais da sociedade em que vive. A adolescência se inicia com as mudanças corporais da puberdade e termina quando o indivíduo consolida seu crescimento e sua personalidade, obtendo progressivamente sua independência econômica, além da integração em seu grupo social. (EISENSTEIN, 2005, p. 6).

De forma a concordar com a autora supracitada, ao se tratar do período que compreende o desenvolvimento da adolescência, o qual já é definido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), várias são as descrições feitas pelos mais diversos ramos da ciência, em referência aos acontecimentos deste período de transições. A quantidade de mudanças que envolvem o adolescente são dos mais variados tipos e vão muito além de serem consideradas apenas como mudanças, de acordo com Frota (2006, p. 7):

Para a maior parte dos estudiosos do desenvolvimento humano, ser adolescente é viver um período de mudanças físicas, cognitivas e sociais que, juntas, ajudam a traçar o perfil desta população. Atualmente, fala-se da adolescência como uma fase do desenvolvimento humano que faz uma ponte entre a infância e a idade adulta. Nessa perspectiva de ligação, a adolescência é compreendida como um período atravessado por crises, que encaminham o jovem na construção de sua subjetividade. Porém, a adolescência não pode ser compreendida somente como uma fase de transição. Na verdade, ela é bem mais do que isso.

Sob a visão da autora Ana Maria Monte Coelho Frota, a adolescência vai muito além que uma mera fase de transição. Esse período é o momento em que o indivíduo se encaminha para a fase adulta, nele formam-se perspectivas individuais de comportamento, conhecimento, moralidade, espiritualidade dentre outras. Essa ideia de desenvolvimento e de construção fica exposta na própria legislação, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 3º (BRASIL, 1990) prevê em seu texto a busca por garantir as possibilidades e facilidades para o desenvolvimento do adolescente.

Levando em consideração a principal legislação brasileira que trata de tal sujeito de direitos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), este descreve o adolescente como a pessoa entre doze e dezoito anos de idade, segundo expresso no artigo 2º de tal legislação (BRASIL, 1990). Ainda podendo ser aplicada esta mesma legislação a indivíduos com idade entre dezoito e vinte e um anos, conforme especificações vigentes na norma. Sobre o tema, a autora Eisenstein (2005, p. 7) em sua obra afirma:

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 1990, considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e define a adolescência como a faixa etária de 12 a 18 anos de idade (artigo 2o), e, em casos excepcionais e quando disposto na lei, o estatuto

é aplicável até os 21 anos de idade (artigos 121 e 142). O adolescente pode ter o voto opcional como eleitor e cidadão a partir dos 16 anos. O conceito de menor fica subentendido para os menores de 18 anos.

A autora Evelyn Eisenstein, compactua com a base legal para definição da fase referente a adolescência. O período tratado pela autora é marcado por mudanças, que ocasionarão reflexos permanentes na vida deste sujeito. Essa fase é marcada por transformações diversas, nos níveis físico, neuroquímico, cognitivo, emocional e comportamental. Em consonância, o autor Macedo (2017, p. 16) entende que a adolescência é o período onde este indivíduo busca a construção da sua identidade e de valores de vida. A adolescência como fase de desenvolvimento, traz consigo riscos e potencialidades a serem desenvolvidos.

O período da adolescência, o *adolescer*, de acordo com o mencionado anteriormente, é um período que envolve mudanças individuais, partindo da singularidade de cada adolescente. O desenvolvimento deste processo de construção e evolução leva em conta o ambiente onde este adolescente está inserido. Em concordância com a autora Koshino (2011, p. 49):

O adolescente surge, portanto, como um ser histórico, dotado de singularidades. Ele se constitui e é constituído em movimento pelas relações sociais e culturais vividas ao longo do tempo. O seu movimento e suas características são compreendidos no processo sócio-histórico cultural de sua constituição.

De acordo com a autora Ila Leão Ayres Koshino, o adolescente é parte de um conjunto de relações sociais e culturais, mas ao mesmo tempo esse conjunto social e cultural influencia no seu próprio desenvolvimento. O adolescente busca sentidos e significados no seu novo olhar sobre o seu

contexto de vida, sua realidade de vivência é a partir do mundo que o cerca e suas experiências e observações partem deste contexto.

O período da transição da fase infantil para fase da adolescência, é marcado por mudanças dos mais variados tipos, de acordo com o já mencionado acima. Para o adolescente não é claro esse momento de transição, ele acaba sentindo-se angustiado pelas mudanças drásticas que ocorrem consigo mesmo. Em consonância, a autora Amaral (2007, p. 5) trata o seguinte:

Essa pode ser, então, uma fase marcada por perdas: ele perde seu corpo infantil e tem que passar a conviver com um "corpo novo" que ele ainda não sabe manejar muito bem; perde dos pais a proteção e o amparo dispensados na infância; perde a identidade e o papel dentro da família na qual mantinha uma relação de dependência natural. Essas perdas, dependendo do suporte dado pela estrutura social e familiar, podem ser vivenciadas como uma grande crise, que os autores costumam chamar de "crise da adolescência".

De acordo com a autora Amaral essas mudanças, que para o adolescente podem ser interpretadas como perdas, acarretam em conflitos consigo mesmo. O adolescente está buscando construir sua nova realidade, deixou a fase infantil e precisa adaptar-se as mudanças inerentes a sua singularidade e ao modo como todos o compreendem, tendo em vista a ideia de desenvolvimento/crescimento, as pessoas ao seu redor também o perceberão de forma diferente.

Em concordância a Cartilha dos Direitos da População Jovem, ao tratar da fase que ocorre após a infância e antes da idade adulta, utiliza-se do termo juventude, em consonância com esta:

O conceito de juventude refere-se à fase de vida situada entre a infância e a idade adulta. Trata-se, portanto, de uma

etapa de aquisição das habilidades sociais, atribuições de deveres e responsabilidades e afirmação da identidade. As escolhas realizadas nessa fase de vida têm forte influência no futuro, como fator de ampliação ou limitação da vida adulta. Apesar de ter por base marcos etários e biológicos, a definição da população jovem é indissociável do contexto sociocultural, político e econômico. Pode-se falar na existência de adolescências e juventudes, para expressar a multiplicidade de comportamentos, hábitos e condutas característicos dessa etapa de vida. (NAÇÕES UNIDAS, 2010).

Em conformidade com a Cartilha, ocorre a utilização de termos diferentes para descrever tal momento, como adolescências e juventudes, ambos os termos são utilizados para poder expressar a multiplicidade de comportamentos, hábitos e condutas característicos dessa etapa de vida. Tratando da figura do adolescente por si só, observa-se a vasta implicação das transformações ocorridas neste momento de transição, a qual está entre o período da final fase infantil e antes do início da fase adulta.

Quando se trata da figura do adolescente em desacordo com a lei, está requer um olhar totalmente diferenciado e a necessidade da observação de vários quesitos peculiares que fazem parte da vida deste adolescente, que encontra-se em desacordo com a Lei. Além do momento de transitoriedade vivido na fase da adolescência, o menor em desacordo com a lei é o reflexo das experiências vivenciadas pelo mesmo.

Quando se trata de adolescentes em desacordo com a lei, dificilmente o termo menor infrator não é mencionado. O termo menor, de acordo com o Doutrinador Nucci (2014, p. 31), foi objeto de estigmatização, de rotulagem, significando o garoto pobre que necessita da tutela do Estado. Os próprios adolescentes em desacordo com a lei, se reconhecem na figura do menor infrator. Por deveras, que como legislação já tivemos o Código de Menores (1979), o qual trazia em seu bojo um caráter sancionatório em se tratando de

crianças e adolescentes em situação irregular, o qual acarretou a utilização do termo de forma massificada.

A terminologia utilizada não pode ser encerrada como o maior dos problemas, tendo em vista a realidade vivenciada por estes adolescentes (NUCCI, 2014, p. 31). A caracterização do adolescente em desacordo com a lei, obedece na sua maioria alguns padrões sociais vinculados a população que vive à margem da sociedade. Tais como: a carência de escola, moradia, alimentos, amparo familiar e demais necessidades básicas. O distanciamento da tutela do Estado no provimento dos direitos mínimos, acarreta em uma maior vulnerabilidade destes juvenis.

Para melhor compreensão da ideia do menor em desacordo com a lei, é necessário destacar a inimputabilidade destes indivíduos. Conforme o artigo 228 da Constituição Federal: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial." (BRASIL, 1988). A legislação especial, mencionado no texto da Magna Carta, refere-se ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e demais tratados internacionais, neste sentido leciona o doutrinador Saraiva (2006, p. 33):

O direito brasileiro estabelece a imputabilidade penal a partir da idade de 18 anos completos, dando ao agente com menos de dezoito anos um tratamento especial através do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa decisão legal não é fruto aleatório do legislador brasileiro, que seguindo tendência mundial sobre o novo direito da criança e do adolescente preconizado pela Organização das Nações Unidas, reconhece tal grupo como sujeito de direitos, destinatário da doutrinada proteção integral e prioridade absoluta das políticas públicas.

Desta forma, o adolescente ao praticar um ato análogo a crime ou contravenção penal é denominado como ato infracional. A ideia do cometimento de um ato infracional e não um crime ou contravenção penal, é atribuído ao período da adolescência, a qual ocorre dos 12 aos 18 anos.

Assim o adolescente é um indivíduo considerado inimputável, por conta da sua idade. De acordo com o doutrinador Riezo (2000, p. 9):

O adolescente, por inimputável, não comete crime ou contravenção penal, mas ato infracional, definido pelo legislador como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (art. 103).

Logo, a conduta é a mesma. O que muda, apenas, é o posicionamento da sociedade frente à essa conduta, posto que considera o adolescente imaturo para compreender toda a dimensão do ato praticado e, por isso, o repreende com menor rigor.

Para o doutrinador Nucci (2014, p. 327), em comentário ao artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a respeito do ato infracional, trata o seguinte:

Ato infracional: infringir significa violar, desobedecer, transgredir, desrespeitar. No campo do Direito, infringe-se uma norma. O ato é uma parcela da conduta, mas também pode ser assimilado como sinônimo. A conduta, por seu turno, é uma ação ou omissão voluntária e consciente, que movimenta o corpo humano, regida por uma finalidade. Diante disso, o ato infracional, no cenário do Direito da Infância e Juventude, é a conduta humana violadora da norma. Por isso, em alguns textos atuais de lei, tem-se referido ao adolescente em conflito com a lei, em lugar de jovem infrator. Uma alteração puramente terminológica, com forte carga ideológica, mas que não provoca nenhum efeito científico. Em suma, infringir uma norma representa um ilícito, fato contrário ao ordenamento jurídico.

O adolescente em conflito com a lei, ou o menor infrator, é aquele que comete ato infracional análogo a crime ou contravenção penal. Tutelado pela Magna Carta e demais Leis específicas, este indivíduo com menos de

dezoito anos de idade, em desenvolvimento e com todas as particularidades tratadas anteriormente é considerado inimputável. O cometimento de ato infracional, muitas vezes é motivado por situações alheias, pessoais e em alguns casos para contemplar suas necessidades básicas.

A atual quantidade de adolescentes que praticam atos infracionais, segundo o autor Barroso Filho (2001), demonstra o aumento da crise econômica e social, além da inércia do Estado em propiciar o reequilíbrio social. A violência praticada por estes adolescentes em desacordo com a lei, nada mais é que o reflexo da violência vivida por eles, o uso de drogas e a prática de outros delitos, torna-se uma das maneiras de se manterem por conta própria, pois o Estado não chega até eles e a sociedade não faz questão de enxergá-los.

Em conformidade com apontamentos do CONANDA (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 2006, p. 17-19) realizados em uma pesquisa recente, a distribuição de renda per capita por família implica em um ponto chave na compreensão da caracterização da figura do menor em desacordo com a lei. A realidade desses jovens e de suas famílias acaba sendo muito difícil, com a falta de recursos e a dificuldade de acesso aos direitos fundamentais, esses adolescentes buscam formas alternativas de sobreviverem e serem percebidos pela sociedade.

A disparidade social, que é gritante por sua vez, torna-se referência na composição do menor em desacordo com a lei. A falta de estrutura básica, o abandono da escola, problemas familiares, o contato direto com os mais variados tipos de entorpecentes, dentre outros aspectos direcionam o menor a uma realidade desprovida de garantias. Este adolescente busca opções alternativas para suprir os mais diversos tipos de carências, que muitas vezes implicam no cometimento de atos infracionais, conforme levantamentos do Conselho Nacional De Justiça (2012, p. 10).

A estrutura familiar dos jovens em desacordo com a lei, também merece destaque. Muitas vezes o adolescente não possui uma estrutura familiar

adequada, o reflexo da violência, da prática de delitos, de abusos e ameaças além de outros precedentes podem desempenhar neste período de vida do adolescente problemas graves. Segundo o autor Pereira (2020, p. 81):

É fato que a família tem sido apontada por muitos juristas como sendo o primeiro dos fatores que influencia negativamente no ingresso do menor no mundo do crime, já que este é figura frágil e vulnerável. A importância da família pode ser atribuída ao fato de ser ela a estrutura fundamental capaz de moldar o desenvolvimento psíquico do adolescente, uma vez que é o local onde acontecem as trocas emocionais e as experiências de vida, que muito influenciam na formação de sua personalidade.

A família, de acordo com o autor Alcio Pereira, é uma estrutura fundamental na vida do adolescente possibilitando o desenvolvimento psíquico do mesmo. As experiências de vida propiciadas no seio familiar, são peças fundamentais na construção da personalidade do adolescente, assim o adolescente acaba repetindo muitas coisas que vivenciou em seu próprio meio familiar, ou acaba buscando formas de suprir algumas carências vivenciadas neste meio.

Ao tratar das implicações referentes ao seio familiar, o doutrinador Nucci (2014, p. 335) comentando a respeito do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), postulando o seguinte:

Desestrutura familiar: o principal elemento para lançar a criança ou adolescente no ambiente infracional é a desestruturação da família natural, como primeiro passo. Essa falta ou carência de estrutura tem base, dentre outras, na extremada miséria na qual são lançados vários núcleos familiares. O Estado promete, em leis, inclusive neste Estatuto, vários programas de assistência social, que visam a proporcionar estabilidade financeira, gerando o necessário equilíbrio emocional para que

pais cuidem de seus filhos. Seja qual for a promessa, na maioria das vezes, não é cumprida. Diante disso, associando-se a desorganização familiar à pobreza, tem-se o lançamento precoce de crianças e jovens no universo criminoso, pois encontram ali a família que não possuem em casa, além de ganhos elevados – muito maiores do que seus pais percebem ou seus parentes –, como ocorre no cenário do tráfico ilícito de drogas.

Além de tratar da desestrutura familiar, o doutrinador Nucci menciona outros pontos importantes interligados ao adolescente em desacordo com a lei. A pobreza, o tráfico de drogas, a falta efetiva de políticas públicas dentre outras, aproximam o adolescente do mundo delituoso. O adolescente nestas condições, busca desenvolver uma identidade, conquistar o respeito ou apoio o que por vezes leva-o ao mundo da criminalidade, encontrando nele refúgio.

O período da adolescência é dotado de peculiaridades, de mudanças e transformações. Em concordância com o mencionado no início do capítulo (EISENSTEIN, 2005, p. 6-7), quando tais mudanças e transformações desenvolvem-se em meios desestruturados, carentes de quase tudo, materialmente e sentimentalmente, provavelmente este adolescente buscará em ambientes diversos suprir tais necessidades. Desestruturado, o adolescente encontra amparo, sente-se seguro e reconhecido nas ruas e em companhias pouco adequadas, assim inicia a prática de atos infracionais.

Inicialmente são pequenos delitos, mas com o passar do tempo tornam-se condutas graves. Quando tais condutas geram repercussão social, o Estado entra em ação. A depender do ato infracional praticado pelo adolescente, conforme mencionados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) em seu artigo 122, a autoridade competente poderá aplicar as medidas socioeducativas cabíveis, dentre elas a medida de internação em estabelecimento educacional. Esta medida é a mais grave que pode ser aplicada. Pela sua configuração, a mesma possui um caráter

de brevidade, excepcionalidade e respeito a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, conforme ensinamentos do doutrinador Nucci (2014, p. 365-367).

O cumprimento da medida socioeducativa de internação, busca possibilitar a reeducação do adolescente em desacordo com a lei. Desta forma, as Unidades Socioeducativas de Internação, por meio de seus programas e atividades, buscam alcançar sua finalidade, possibilitando a reinserção social e o não cometimento de outros atos infracionais pelo adolescente atendido.

2.2 CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE DAS UNIDADES SOCIOEDUCATIVAS

A medida socioeducativa de internação (cumprida na unidade socioeducativa) deverá ser de curta duração, de no máximo três anos, pois a mesma não pode implicar em instrumento deformador da personalidade desenvolvida na estruturação bio-física-psicológica que permeia o futuro caminho da maturidade (TAVARES, 1995, p. 104). A medida de internação deverá ser cumprida em entidades exclusivas para adolescentes, e serão obrigatórias as atividades pedagógicas para a reeducação e reinserção social, segundo preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Consoante o doutrinador Nucci (2014, p. 396), traz o seguinte entendimento:

[...] uma das mais relevantes preocupações de todos os operadores do Direito, na área infantojuvenil, é o local adequado para abrigar crianças e adolescentes. Desde o simples acolhimento institucional, envolvendo os menores em situação de vulnerabilidade, até atingir as unidades de internação, similares ao regime fechado dos adultos.

As unidades socioeducativas, onde cumprem-se as medidas de internação, são regidas pelos dispositivos presentes no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (BRASIL, 2012). A implementação desta normatização na organização e estruturação das Unidades Socioeducativas ocorreu recentemente, tanto que a Lei que instituiu o mesmo data de 18 de Janeiro 2012. Conforme a introdução desta Lei:

A implementação do SINASE objetiva primordialmente o desenvolvimento de uma ação socioeducativa sustentada nos princípios dos direitos humanos. Defende, ainda, a ideia dos alinhamentos conceitual, estratégico e operacional, estruturada, principalmente, em bases éticas e pedagógicas. (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 15).

A implementação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) propiciou um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que tem como finalidade a aplicação adequada dos pressupostos presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Possibilitando assim, uma aplicação coerente das medidas socioeducativas com uma finalidade restauradora (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 22), principalmente nas unidades de internação. De acordo com o doutrinador Nucci (2014, p. 705):

[...] em primeira leitura, quando se detecta o termo SINASE, logo se pensa na criação de mais um órgão estatal, com o objetivo de tutelar e proteger crianças e adolescentes – ou algo similar. Entretanto, é somente uma sigla, representativa de um sistema, voltado à execução das medidas socioeducativas. Noutros termos, esta lei propõe regras gerais para esse cenário, que devem ser adotadas por todas as Varas da Infância e Juventude, em busca da padronização de métodos

para executar as medidas aplicadas aos adolescentes infratores. Tem o seu aspecto positivo, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente falhou nesse importante ponto, deixando uma lacuna, suprida pela doutrina e pela aplicação prática de juizes. Considerando-se que executar a medida socioeducativa é tão ou mais relevante, na prática, para o menor do que aplicá-la, a regulamentação constitui caminho seguro.

Em consonância com o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), o Projeto Político Pedagógico do estado de Brasília, traz em seu bojo considerações que caminham ao encontro com o proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tendo em vista a ideia de indivíduo em desenvolvimento e a aplicação da medida socioeducativa com um viés pedagógico, conforme consta no Projeto Político Pedagógico das Medidas Socioeducativas no Distrito Federal (2013), em se tratando de adolescente autor de ato infracional, a legislação, ao considerar sua condição peculiar de desenvolvimento, aplica-lhe medidas socioeducativas que não objetivam somente a punição, mas principalmente a mudança de comportamento através de uma perspectiva pedagógica.

O Projeto Político Pedagógico supracitado, é um exemplo dos diversos projetos semelhantes nos demais estados da federação. Cada unidade socioeducativa busca desenvolver o seu, por meio de estratégias e mecanismos que possibilitem ao público atendido alcançar as finalidades das unidades socioeducativas, buscando a reeducação do adolescente e a sua futura reinserção. Para isso vários aspectos são abordados, como a estrutura física e demais mecanismos.

O artigo 16 da Lei n. 12.594 de 2012, trata da estrutura física das unidades socioeducativas, de acordo com o artigo 16: "A estrutura física da unidade deverá ser compatível com as normas de referência do SINASE." (BRASIL, 2012). Desta forma o SINASE, como órgão organizador e orientador preceitua que:

A arquitetura socioeducativa deve ser concebida como espaço que permita a visão de um processo indicativo de liberdade, não de castigos e nem da sua naturalização. [...]

Um importante passo nesse sentido consiste na mudança, radical, da estrutura dos grandes complexos e centros de internação, para locais adequados a um número reduzido de adolescentes onde recebem assistência individualizada, possibilitando o melhor acompanhamento e sua inserção social e amenizando os efeitos danosos da privação de liberdade [...]

No SINASE considera-se que Unidade é o espaço arquitetônico que unifica, concentra, integra o atendimento ao adolescente com autonomia técnica e administrativa, com quadro próprio de pessoal, para o desenvolvimento de um programa de atendimento e um projeto pedagógico específico. (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 51).

Neste sentido as unidades de internação, em todas as suas características: físicas, estruturais, funcionais e etc., tem por objetivo diminuir os efeitos do momento de privação de liberdade, possibilitando um processo de inserção social gradativo. As unidades de internação, tem como finalidade o atendimento ao adolescente e não um caráter unicamente punitivo com a restrição da sua liberdade, propiciando a ele garantias fundamentais e o acesso a direitos básicos.

A restrição de liberdade vivenciada nas unidades socioeducativas, busca propiciar ao adolescente outros atendimentos necessários, durante este momento. O acesso à educação básica, atendimento médico, odontológico, o acompanhamento por psicólogos e assistentes sociais, a efetivação de direitos como; documentação pessoal entre outros, pois em grande parcela dos casos os adolescentes não possuem documentação pessoal mínima. O convívio com a família é algo que se mantem, mesmo

durante o período de internação. A manutenção deste vínculo também está presente nos pressupostos estabelecidos na legislação.

A unidade de internação, torna-se um mecanismo que possibilita ao adolescente adquirir e efetivar direitos que antes estavam negligenciados, assim a unidade de internação apresenta-se com diversos espaços e funções necessárias ao desenvolvimento do adolescente. Em consonância o autor Pizatto (2016, p. 45) trata o seguinte:

[...] a medida socioeducativa de internação implica restrição de liberdade, mas cumpre papéis de reinserção do adolescente na sociedade. Em maior ou menor grau, para cada caso, isso implica ações de educação, acompanhamento de saúde clínica e de dependência química, profissionalização e fortalecimento de vínculos familiares. Percebe-se que a realidade desses adolescentes é determinada por situações de vulnerabilidade social. Para tanto, é necessário um equipamento urbano de alta complexidade: parte moradia, parte escola, parte oficinas profissionalizantes, parte saúde e parte convívio social. A parte de logística, apoio, setor técnico e administração também compõe o conjunto de funções.

Desse modo a unidade socioeducativa, consoante com o autor Pizatto, deve ser pensada para atender todas as necessidades do adolescente que encontra-se privado de sua liberdade, mas que ao mesmo tempo usufrui de direitos e garantias legais que propiciarão a reeducação do interno com a reinserção social, tendo isto como uma das finalidades da unidade socioeducativa.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 705), em se tratando das Unidades socioeducativas de internação, deve-se manter: "Instalações físicas adequadas: o mínimo que se espera de uma unidade de internação é a garantia de instalações adequadas, especialmente porque se recebe adolescentes, em plena fase de formação de sua personalidade."

O doutrinador expõe a necessidade de ambientes adequados para receber os adolescentes em desacordo com a Lei, visando propiciar um ambiente adequado a finalidade reeducativa proposta pela Unidade Socioeducativa, durante este período de desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, traz em seu bojo as obrigações referentes as Unidades de Internação, ou Unidades Socioeducativas. Tais obrigações repetem-se no decorrer de vários outros artigos e em outras normativas, além de Tratados Internacionais e é abordado pela Organização das Nações Unidas (ONU). Assim o artigo 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispõem o seguinte texto:

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;

II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;

[...]XVII - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes; XVIII - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos; XIX - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem; XX - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento. (BRASIL, 1990).

Em contraposição, mesmo com todos esses direitos garantidos de forma taxativa, a atual realidade de algumas Unidades de Internação é totalmente diferente, o SINASE identificou cenários totalmente contrários dos estipulados nas garantias mencionadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Tal realidade ainda presente, destaca a precariedade

das políticas públicas e a falta de envolvimento da sociedade com os adolescentes em desacordo com a lei. O SINASE, a partir do levantamento de informações com base em pesquisas realizadas nos Estados Brasileiros, expõem o seguinte:

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade estabelece o princípio - ratificado pelo ECA (artigos 94 e 124) - que o espaço físico das Unidades de privação de liberdade deve assegurar os requisitos de saúde e dignidade humana. Entretanto, 71% (setenta e um por cento) das direções das entidades e/ou programas de atendimento socioeducativo de internação pesquisadas em 2002 (Rocha, 2002) afirmaram que o ambiente físico dessas Unidades não é adequado às necessidades da proposta pedagógica estabelecida pelo ECA.

As inadequações variavam desde a inexistência de espaços para atividades esportivas e de convivência, até as péssimas condições de manutenção e limpeza. Outras Unidades, porém, mesmo dispondo de equipamentos para atividades coletivas, não eram utilizadas. Muitas Unidades funcionavam em prédios adaptados e algumas eram antigas prisões. Várias dessas se encontravam com problemas de superlotação com registro de até cinco adolescentes em quartos que possuíam capacidade individual e os quartos coletivos abrigavam até o dobro de sua capacidade. (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 20).

É evidente a dicotomia entre a Lei e a realidade, os pressupostos e garantias enfatizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e determinados em Tratados Internacionais caminham a pequenos passos para sua concretude. A necessidade da adequação das estruturas físicas e das atividades desenvolvidas, em algumas Unidades, ainda necessitam evoluir para a real finalidade proposta a estes locais. Conforme citado

anteriormente por Nucci (2014, p. 705); o ambiente adequado, é o mínimo a se esperar das Unidades Socioeducativas.

A realidade de algumas unidades socioeducativas, em consonância com o supracitado anteriormente, é decorrente da ineficácia das políticas públicas. O pouco interesse em propiciar ao adolescente mecanismos de reeducação e facilitar a reinserção social, está diretamente ligado a falta de interesse dos governantes e de grande parcela da população. A urgência e a necessidade de efetivar tais políticas públicas e sociais é evidente, para atender adolescentes em potencial transgressor e adolescentes que encontram-se em desacordo com a lei (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 19).

Tratando do cotidiano durante o período de permanência na unidade socioeducativa, busca-se pela não ociosidade dos adolescentes em cumprimento da medida de internação, sendo uma das finalidades objetivadas pelo legislador. No parágrafo único do artigo 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), ocorre a determinação obrigatória de atividades pedagógicas na rotina da Unidade de Internação. A definição pedagógica de metas e tarefas a cumprir, implica na ideia de continuidade do que possivelmente o adolescente já teria desenvolvido como construção empírica absorvida durante sua vivência.

A indispensabilidade das atividades pedagógicas nas unidades socioeducativas pressupõem a continuidade da formação moral e intelectual do adolescente (NUCCI, 2014, p. 399), com a finalidade de propiciar a este vivências adequadas com um caráter construtivo. O que possibilita o vislumbre de um futuro com maiores condições de inserção social, após o cumprimento da medida de internação. De acordo com o texto do Parecer CNE/CEB n. 8/2015, tratado pela Relatora Rita Gomes do Nascimento:

No que diz respeito aos adolescentes que praticam ato infracional, o ECA estabelece que estes devam cumprir medidas socioeducativas que lhes oportunizem

condições para ressignificar o ato infracional cometido e as suas trajetórias de vida. Nesse sentido, a dimensão pedagógica da socioeducação, traduzida em ação formadora e transformadora dos sujeitos, será um mecanismo de qualificação dos processos de escolarização e profissionalização de adolescentes e jovens. Buscando romper os ciclos de violência e exclusão vivenciados por esses sujeitos, o processo socioeducativo se fundamenta em uma concepção de educação voltada para a autonomia e a vida em liberdade.

Ao considerar o adolescente e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a educação deve ser enfatizada como meio de construção de um novo projeto de vida para os adolescentes que praticaram ato infracional, almejando a liberdade e a plena expansão da sua condição de sujeito de direitos e de responsabilidades.

A socioeducação deve, portanto, ser desenvolvida pelos agentes públicos que atuam com esses adolescentes, com ações orientadas para a transformação de sua realidade, numa perspectiva emancipatória, como processo capaz de promover o pleno desenvolvimento de todas as dimensões do sujeito, bem como das competências que lhes possibilitem a plena atuação no contexto em que vive, por meio de ações educativas integradas e que compreendam esses sujeitos em suas múltiplas dimensões. (BRASIL, 2015).

Utilizando-se da ideia proposta no texto legal do Parecer supracitado, as unidades socioeducativas por meio das atividades desenvolvidas no dia a dia, devem propiciar à adolescente autonomia para vida em liberdade, a finalidade proposta é romper com a violência e exclusão vivida pelo adolescentes antes da medida de internação. O objetivo em proporcionar ao adolescente a transformação da sua realidade, busca desenvolver a emancipação do mesmo, tornando-se uma das finalidades dentro das unidades de internação.

As unidades socioeducativas de internação, contam com uma estrutura planejada para o atendimento dos menores em desacordo com a lei. Em busca de alcançar a finalidade proposta pelo cumprimento da medida de internação, as unidades atuam com equipes técnicas multidisciplinares (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 42), que contam com a equipe pedagógica da unidade, agentes socioeducativos, psicólogos, assistentes sociais, professores, instrutores, profissionais da saúde entre outras parcerias que buscam complementar o caráter reeducador do período de internação. Em conformidade com o preconizado pelo SINASE:

É imprescindível a composição de um corpo técnico que tenha conhecimento específico na área de atuação profissional e, sobretudo, conhecimento teórico-prático em relação à especificidade do trabalho a ser desenvolvido. Sendo assim, os programas socioeducativos devem contar com uma equipe multiprofissional com perfil capaz de acolher e acompanhar os adolescentes e suas famílias em suas demandas bem como atender os funcionários; com habilidade de acessar a rede de atendimento pública e comunitária para atender casos de violação, promoção e garantia de direitos.

As diferentes áreas do conhecimento são importantes e complementares no atendimento integral dos adolescentes. A psicologia, a terapia ocupacional, o serviço social, a pedagogia, a antropologia, a sociologia, a filosofia e outras áreas afins que possam agregar conhecimento no campo do atendimento das medidas socioeducativas. (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 53).

Partindo desta estruturação, da unidade socioeducativa, cada setor deve oferecer as condições necessárias ao cumprimento da medida de internação, buscando ir além do que é preconizado pela lei, baseando-se principalmente nas diretrizes humanitárias que tratam do adolescente. O SINASE não é apenas uma norma orientadora e norteadora, ele possibilita

o desenvolvimento de novas ações, planos e políticas que buscam garantir direitos, reduzir a vulnerabilidade e a exclusão social dos adolescentes (ANDRADE, 2017). Para alcançar tais objetivos, utiliza-se a gestão pedagógica proposta pelo SINASE. Segundo este documento:

Os parâmetros norteadores da ação e gestão pedagógicas para as entidades e/ou programas de atendimento que executam a internação provisória e as medidas socioeducativas devem propiciar ao adolescente o acesso a direitos e às oportunidades de superação de sua situação de exclusão, de ressignificação de valores, bem como o acesso à formação de valores para a participação na vida social, vez que as medidas socioeducativas possuem uma dimensão jurídico-sanccionatória e uma dimensão substancial ético-pedagógica. Seu atendimento deve estar organizado observando o princípio da incompletude institucional. Assim, a inclusão dos adolescentes pressupõe sua participação em diferentes programas e serviços sociais e públicos. (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2016, p. 46).

A finalidade do cumprimento da medida de internação na unidade socioeducativa, almeja um conjunto de ações que contribuam na formação do adolescente em desacordo com a lei. Essas ações, que envolvem toda a estrutura da Unidade Socioeducativa, vislumbrando a formação de um cidadão autônomo e solidário, que tenha a capacidade de se relacionar melhor consigo e com os outros e tudo que integra a sua situação. Com o cumprimento da medida de internação, o adolescente deve evoluir no sentido da tomada de decisões fundamentadas, visando seu interesse próprio e o bem-comum. Aprendendo com as experiências acumuladas, potencializando sua competência pessoal, relacional, cognitiva e produtiva (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2016, p. 46).

A finalidade da unidade socioeducativa, que é composta por muito mais que apenas sua estrutura física, busca possibilitar o acesso do adolescente a direitos básicos que por vezes não são acessados, o cuidado e a atenção que não recebeu antes do cometimento do ato infracional. A unidade almeja despertar no reeducando uma vivência emancipatória, que possibilite ao adolescente a reeducação e a reinserção na sociedade, respeitando a si mesmo e aos demais. Esse período de internação tem como finalidade, não unicamente a restrição do convívio social, mas o auxílio demandado por este adolescente que se encontra em um período de desenvolvimento, buscando caminhos e alternativas para compreender-se e compreender o meio que o cerca de forma adequada.

3 RESSOCIALIZAÇÃO

Quando se trata da ressocialização/reeducação de menores em desacordo com a lei, é mister salientar a preocupação doutrinária a respeito de tal momento. Para que os objetivos propostos em relação ao menor em desacordo com a lei sejam alcançados, é preciso que ocorra o cumprimento pleno do estipulado na legislação. De tal forma a ressocialização/reeducação do menor em desacordo com a lei obterá êxito quando compreende-se o ato infracional de maneira adequada e proporcional, aplicando-se a medida socioeducativa pertinente a tal ato.

Conforme palavras do jurista Barroso Filho (2001), em observação ao Enunciado 17 das Regras de Beijing (2021) (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores) "A resposta à infração será sempre em proporção, não somente às circunstâncias e gravidade da infração e às necessidades do menor, como também às necessidades da sociedade." Tal exposição demonstra a necessidade da observação de particularidades atinentes ao menor e ao meio social que este vive, pois com a aplicação de uma medida socioeducativa busca-se o resgate do

adolescente por meio da reeducação, para que o mesmo retorne ao convívio social, atendendo as necessidades da sociedade.

Em se tratando de Educação para ressocialização, Freire mesmo tratando da Educação no Sistema Penitenciário, postula sábias palavras ao tratar da educação como um processo humanizador. O que em se tratando de educação, pode-se aplicar ao sistema socioeducativo. Conforme Freire:

O espaço da Educação no Sistema Penitenciário tem então a necessidade de criar uma estratégia, didático, pedagógica diferenciada, onde a ressocialização esteja intrinsecamente relacionada ao processo de humanização, oportunizando ao reeducando seu retorno a sociedade em condições de convívio social. (FREIRE,1983, p. 14).

A ressocialização/reeducação e o convívio social, após o cumprimento de uma medida socioeducativa de internação, será a principal meta durante todo o período de internação. Reeducar no decorrer deste momento de internação é o principal objetivo a ser alcançado, observando todas as particularidades atinentes ao adolescente, todo seu contexto histórico e de vida, além da individualização do seu ato e o respeito a esse sujeito que está em um período de desenvolvimento, possibilitando a este uma nova perspectiva de vida.

4.1 TIPIFICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

As medidas socioeducativas são regidas e regulamentadas por Leis, Normas Orientadoras e Tratados Internacionais. Iniciando-se pela Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o SINASE, o CONANDA, além de todos os tratados internacionais que o Brasil é signatário, dentre eles estão: Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, Sistema

Global e Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil, Regras de Beijing, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 25).

Em se tratando da tipificação da medida socioeducativa de internação, é mister salientar que a execução das medidas socioeducativas foram regulamentadas pela Lei 12.594 de 2012, a qual instituiu o Sistema de Atendimento Socioeducativo. Conforme o artigo 1º, inciso I da norma:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

§ 1º Entende-se por Sinase o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei. (BRASIL, 2012).

O principal objetivo da criação dessa lei, foi suprir a lacuna que existia entre o judiciário e as ações atinentes as medidas socioeducativas. Outrossim, vale ressaltar que tal lei busca ratificar as garantias das crianças e adolescentes, presentes na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Assim a aplicabilidade das medidas socioeducativas tornou-se mais clara, além do melhor entendimento sobre todas as medidas socioeducativas (DANTAS, 2017, p. 51).

Conforme preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 122, a medida socioeducativa de internação apenas poderá ser aplicada em três hipóteses. O artigo ainda traz em seu texto dois parágrafos orientadores, o §1º que trata do prazo referente ao inciso III e o §2º o qual

demonstra que a medida de internação deve ser utilizada como último dos mecanismos. Assim, conforme o texto legal:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal. § 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada. (BRASIL, 1990).

Conforme disposto pelo texto normativo, a medida socioeducativa de internação deve ser aplicada em casos graves e casos reiterados, ou com prazo máximo de três meses quando do descumprimento de outra medida socioeducativa antes aplicada. Conforme Zapata (2016) "A institucionalização terá caráter excepcional, sendo certo que a internação de um jovem em uma instituição será sempre uma medida de último recurso e pelo mais breve período possível."

Para que ocorra a medida socioeducativa de internação, respeitando toda doutrina vigente, é necessário a compreensão de alguns pontos que resultarão na aplicação da mesma, como por exemplo as características da conduta infracional. A intenção legislativa conforme demonstrado acima, é a aplicação da medida de internação como última das opções atinentes e a mesma deve respeitar todos os princípios basilares.

A conduta infracional que poderá gerar uma medida de internação é tratada pelo artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme o texto legal: "Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal." (BRASIL, 1990). No entendimento de Ishida (2015, p. 254) a criança e ou adolescente podem vir a cometer um crime, mas tendo

em vista a característica biológica do indivíduo em desenvolvimento, este não preenche o requisito da culpabilidade (imputabilidade), necessidade mínima para a aplicabilidade de uma pena.

Do mesmo modo, conforme ensinamentos de Bandeira (2006, p. 24):

A responsabilidade juvenil, nos termos do ECA, começa aos doze anos e se estende aos dezoito anos incompletos, de sorte que somente o adolescente – entre 12 e 18 anos incompletos – a quem for imputada a prática de algum ato infracional estará sujeito à imposição de quaisquer medidas socioeducativas e/ou protetivas, descritas nos Arts. 112 e 101 do ECA, aplicadas pela autoridade judiciária competente.

A conduta delituosa praticada por adolescentes, incute na aplicação de medidas socioeducativas e não de sanções punitivas. Para que tal conduta de um adolescente caracterize-se como ato infracional são necessários alguns quesitos, como: fato típico, antijurídico e culpável. A interpretação da norma legal para o tratamento de um ato infracional assemelha-se ao procedimento penal. Conforme Ishida (2015, p. 255), tratando do doutrinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: “O art. 103, ao definir o ato infracional como a conduta descrita como crime ou contravenção, exigiu que o fato seja típico, antijurídico e culpável.”

Em relação ao ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta normas orientadoras para a apuração do mesmo. Como a conduta delituosa do adolescente não pode ser descrita como crime ou contravenção penal (por conta da imputabilidade), ela será tratada como ato infracional. Desta forma, alguns princípios devem ser respeitados. Volpi (2001, p. 35) acrescenta que:

O cometimento de delito pelo adolescente deve ser encarado como fato jurídico a ser analisado assegurando – se todas as garantias processuais e penais, como a

presunção da inocência, a ampla defesa, o contraditório, o direito de contraditar testemunhas e provas e todos os demais direitos de cidadania concebidos a quem se atribuem a prática de um ato infracional.

O atendimento inicial, após apuração de ato infracional, é previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e também contemplado pelo SINASE. Tal dispositivo por sua vez foi instituído pelo CONANDA no ano de 2006, com a Resolução n. 119. Em 2012 foi aprovada a Lei n. 12.594 (que instituiu o SINASE) a qual dá ênfase à aplicação e execução de medidas socioeducativas aos menores que cometeram atos infracionais (DANTAS, 2017). A necessidade da criação da Lei nº 12.594 de 2012, deu-se no sentido de preencher as lacunas deixadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, em se tratando da execução e cumprimentos das medidas socioeducativas, além de outras particularidades tratadas pela lei.

Quando do cometimento de um ato infracional, será realizado um conjunto de atos iniciais para a apuração do ato em questão. Vários órgãos acompanham o desenvolvimento destes atos, tais como: Segurança Pública, Ministério Público, Defensoria Pública, Juizado da Infância e Juventude e Assistência Social. Conforme o exposto por Bandeira (2006, p. 32):

O adolescente que for apreendido pela prática de ato infracional deverá ser apresentado, imediatamente, à autoridade policial com atribuições na Comarca para formalizar o procedimento investigatório. Em seguida, constatando que o ato infracional foi praticado com violência ou grave ameaça, lavrará "auto de apreensão", ouvindo-se testemunhas, e por último, o adolescente, apreendendo, ainda, os produtos do ato infracional e os instrumentos utilizados, requisitando-se a realização de exames e perícias indispensáveis para a comprovação da materialidade do ato infracional. A autoridade policial está obrigada a comunicar o fato imediatamente à autoridade judiciária competente – Juiz da Vara da

Infância e Juventude da Comarca – bem como aos familiares do adolescente, prioritariamente os pais ou responsáveis.

Esse atendimento inicial, em decorrência ao cometimento de um ato infracional gerará uma medida socioeducativa, a depender do ato infracional algumas opções podem ser aplicadas, em alguns casos será a medida de internação provisória, que posteriormente poderá se tornar uma medida socioeducativa de internação (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006). Conforme entendimento de Ishida (2015, p. 288): “Realizado o ato infracional, inicia-se a ação socioeducativa por meio da representação do membro do Ministério Público. Finalizado o procedimento, cabe ao Magistrado aplicar a medida socioeducativa adequada.”

A respeito da aplicação dos tipos de medidas socioeducativas, estas estão dispostas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). O qual possui um rol taxativo, propondo sete tipos de medidas socioeducativas, possibilitando a conjunção de algumas, além de três parágrafos orientadores. A medida socioeducativa mais rigorosa e a tratada em questão, é a disposta no inciso VI, com a seguinte redação: internação em estabelecimento educacional.

Quando trata-se da aplicação das medidas socioeducativas descritas nos incisos II a VI do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz-se necessária a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, conforme preconizado pelo artigo 114 da mesma Lei. Segundo ensinamentos de Bandeira (2006, p. 143): “A medida socioeducativa só deve ser aplicada quando houver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do ato infracional, nos termos estabelecidos pelo Parágrafo Único do Art. 114 do ECA.”

Quando se trata de condutas infracionais desempenhadas por adolescentes, é necessário a observação dos princípios legais e estruturantes

para obtenção de provas da materialidade do ato infracional. A prova no procedimento infracional, conforme Ishida (2015, p. 290):

Segue o mesmo raciocínio da prova no processo penal, visando ao convencimento do magistrado da infância e da juventude e portanto admitindo os mesmos princípios da prova no processo penal (TJRS, AC 70047285085, j. 12.4.2012). Ressalte-se que a prova menorista é mais perfunctória do que a processual penal, esta última cercada de um maior detalhamento.

Colaborando no mesmo sentido, o doutrinador Nucci (2014, p. 270) dispõem o seguinte entendimento a respeito das provas:

Acusados em geral, mesmo na esfera da infância e juventude, são presumidos inocentes até prova em contrário, reconhecida por decisão criminal ou infracional procedente, com trânsito em julgado. Assim sendo, é fundamental a prova inequívoca da materialidade do ato infracional (prova da sua existência) e de provas categóricas quanto à autoria, para que se possa aplicar qualquer medida socioeducativa.

Ao observar o parágrafo primeiro do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em se tratando da medida de internação, Tavares aponta a discussão doutrinária a respeito do mesmo. De um lado encontra-se adotado o princípio da proporcionalidade da pena em relação a gravidade do delito, conforme o sistema punitivo. De outro, a ideia da pessoa em desenvolvimento observando as medidas sem caráter punitivo, mas sim protegendo o adolescente e encaminhando-o ao atendimento da reeducação, possibilitando a reabilitação social (TAVARES, 1995, p. 99).

Para Oliveira (2014, p. 92), também observando a dualidade na execução da medida socioeducativa, esta:

[...] comporta uma dupla condição cuja articulação a torna diferente da simples execução penal: por um lado, (a) executar uma MSE [medida socioeducativa] é fazer cumprir uma determinação judicial que impõe a restrição de um direito individual (no caso, a liberdade de ir e vir) como resposta social legítima a um ato de grave violação do contrato social; por outro, (b) dada a condição peculiar do adolescente como sujeito em desenvolvimento, menos maduro que o adulto, a execução deve ter o compromisso de atender aos direitos fundamentais do adolescente, entre os quais está o de receber tratamento justo, não ofensivo ou humilhante, pautado em bases legais, minimamente interventivo sobre a subjetividade, não moralista, ou baseado em expectativas impossíveis de serem atendidas (em relação a tais aspectos, não há qualquer divergência entre a MSE e uma pena impingida a um adulto); ao mesmo tempo, a experiência no sistema socioeducativo deveria ser capaz de fazer diferença na vida do adolescente, provendo-lhe outras linguagens alternativas à infração para se posicionar diante das condições profundamente adversas nas quais se constrói sua identidade.

Tratando-se da medida de internação como a mais rigorosa, a qual pode durar por até três anos, sua aplicabilidade apenas se dará a partir da decretação pelo juiz competente e ocorrerá em casos extremos, conforme menciona o doutrinador Nucci (2014, p. 381), ela será aplicada aos atos infracionais de violência contra a pessoa ou grave ameaça. O doutrinador expõe a equivalência em comparação ao sistema penal, no tocante ao regime fechado. Pois tal medida socioeducativa não deixa de obstar a liberdade do adolescente.

Ao realizar-se o cumprimento da medida socioeducativa de internação, faz-se necessário a observação de três princípios basilares. Dentre eles estão: brevidade, excepcionalidade e respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento conforme preconizado pelo artigo 121 do Estatuto da

Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Tais princípios complementam-se e preconizam a medida de internação como a última das opções, tendo em vista que a mesma obsta o convívio social do adolescente (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2016).

Em se tratando da medida socioeducativa de internação, como intervenção do Estado, Bandeira (2006, p. 179) postula o seguinte:

É sem dúvida a forma mais drástica de intervenção estatal na esfera individual do cidadão, pois o poder sancionatório do Estado alcança o jus libertatis do adolescente, o maior bem que se possui, depois da vida. Evidentemente que essa intervenção deve ser excepcional e marcada pela brevidade – normas-garantias –, pois o direito de punir do Estado, no âmbito da corrente minimalista, deve ser a ultima ratio, devendo-se, pois, observar o devido processo legal, assegurando-se aos adolescentes todas as garantias constantes da Constituição e do ECA, principalmente o direito à ampla defesa e ao contraditório.

A medida socioeducativa de internação somente deverá ser aplicada quando for impossível aplicar outra medida postulada em Lei, conforme doutrinado por Barbosa; como última ratio, ou seja, última opção. A medida de internação, por intervir na liberdade do indivíduo, respeitará princípios basilares estipulados pelo Estatuto da Criança e do adolescente, como a brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (BRASIL, 1990). Mas para que ocorra a aplicação de tal medida todo processo legal deverá ser seguido, respeitando os mesmos princípios do devido processo legal seguidos no direito processual penal.

4.2 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EFETIVAS COM PARCERIA DO ESTADO, SOCIEDADE E FAMÍLIA

As medidas socioeducativas vigentes, como já tratado anteriormente, demonstram-se ineficientes, tendo em vista o grande contingente de adolescentes que cometem atos infracionais. Quando uma medida socioeducativa é aplicada, almeja-se que a mesma traga resultados positivos para o adolescente e lhe impulse a uma vida melhor, durante e depois do seu cumprimento. Para que isso aconteça é necessário a junção de vários entes, tais como: família, sociedade e Estado. Conforme Silveira (2020, p. 227):

[...] salienta-se a importância do convívio familiar e em sociedade para a ressocialização do menor infrator. Ademais, cabe à sociedade em geral acolher o adolescente infrator e reintegrá-lo ao meio social, ao invés de tratá-lo com indiferença e taxá-lo de criminoso. Além disso, nesse sentido, demonstra-se imprescindível a aplicação de políticas públicas relacionadas tanto à ressocialização do menor infrator, bem como àquelas que visam a prevenção da violência.

A eficácia das medidas socioeducativas, principalmente de internação, dependem de vários fatores relacionados ao meio onde a medida é cumprida e a forma como a mesma é cumprida. Este processo envolve o adolescente, o Estado, a Família e a Sociedade, além de tantos outros pontos determinantes. A aplicabilidade da medida socioeducativa, e a forma como a mesma deve desenvolver-se encontram-se descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no SINASE, além de outras orientações basilares abordadas em Tratados Internacionais sobre o tema.

Em se tratando de Leis, é importante salientar os preceitos descritos na Magna Carta em relação a proteção dos direitos ligados as crianças e

adolescentes. Mesmo estes cometendo atos infracionais, é necessário um tratamento digno e que possibilite ao adolescente uma visão diferente de sociedade e de vida. Conforme o artigo 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º, trata das mesmas garantias já mencionadas na Constituição Federal. Mesmo com ambas as legislações declarando a garantia de tais direitos, é mister salientar que muitas vezes a medida socioeducativa é cumprida sem observação destas garantias. O que por sua vez não gera os objetivos almejados com o adolescente em desacordo com a lei (FARIAS, 2015).

Ao se tratar da eficácia da medida socioeducativa de internação, é necessário mencionar também o artigo 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual trata dos direitos do adolescente privado de liberdade (BRASIL, 1990), em seus dezesseis incisos o artigo expressa de forma tácita direitos e garantias imprescindíveis para a efetividade do processo de reeducação do adolescente em desacordo com a lei, pautando-se no princípio do respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Conforme o Guia Teórico e Prático de Medidas Socioeducativas, desenvolvido pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – Brasil (2004, p. 60) e a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), em se tratando de direitos de adolescentes privados de liberdade:

Isso significa que a posição de sujeito de direitos destes adolescentes internados não sofre alteração alguma em razão de sua condição. Pelo contrário, poder-se-ia dizer que, por estarem sob a custódia do Estado, o desrespeito dos direitos destes jovens é revestido de uma gravidade ainda maior, já que em última instância, a responsabilidade por eventual violação de direitos recai sobre o Estado. O rol exemplificativo do artigo 124, combinado com o artigo 125 do Estatuto, considerando ainda o já citado artigo 94, incisos I e II, é uma comprovação clara disso.

O adolescente que se encontra em cumprimento de medida socioeducativa, tem sua liberdade privada por determinado tempo, mas em contrapartida tem acesso a direitos e garantias diversas. Os quais muitas vezes são negligenciados pelo meio social onde o adolescente vivia. O Estado é o responsável por estes jovens durante o período de cumprimento da medida socioeducativa, pautando-se no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações e documentos, para fazer-se cumprir com tais responsabilidades.

Desta forma, compreendendo o adolescente em sua individualidade e em seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, o qual é especificado pelo artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicam-se as garantias expressas no artigo 124 da mesma doutrina, como referenciado anteriormente. Desta forma os incisos do artigo 124 mais pontualmente, garantem ao adolescente internado o atendimento de várias instituições interligadas ao sistema socioeducativo.

Uma das garantias previstas é a de internação próxima ao seu domicílio e de visitas semanais de seus familiares. A manutenção dos laços afetivos e o contato com os pais/parentes é essencial para o adolescente (NUCCI, 2014, p. 401), esse contato tem por objetivo propiciar a reestruturação emocional do jovem. A proximidade local busca a manutenção de uma futura recomposição familiar, tendo em vista o caráter da medida socioeducativa

como meio de reeducação, além da ideia de brevidade que a mesma carrega intrinsecamente consigo.

Tais garantias, em se tratando de eficácia na ressocialização/reeducação, propiciam ao adolescente privado de liberdade a continuidade do vínculo familiar, objetivando seu retorno ao seio familiar e a sociedade. Mas ocorre um contraponto em relação a ideia de vínculo familiar, pois o mesmo pode ser um ponto significativo na conduta do adolescente infrator. Conforme especificações levantadas em um estudo desenvolvido pela Mestre Trentin (2012, p. 12), o qual trata de adolescente infrator e a sua família:

A criminologia propõe, por um lado, conhecimentos cada vez mais precisos e integrados em relação a família e, por outro, intervenções preventivas e curativas cada vez mais diversificadas e específicas. Contudo, esta disciplina esquece-se de operacionalizar esses conhecimentos na avaliação e negligencia o fato de a escolha e a eficácia da intervenção dependerem, sobretudo, de uma avaliação rigorosa da família do adolescente em conflito com a lei. Assim, necessária seria uma criminologia da família como sistema que produz formas de regulação e que dita estratégias e programas de intervenção preventiva, reparadora e curativa na seqüência de uma avaliação sistêmica rigorosa.

Em se tratando do vínculo familiar, em consonância com Trentin, é mister uma análise do meio onde o adolescente vive, ou mesmo teve como aporte de vida. A análise da dinâmica familiar do adolescente em desacordo com a Lei é imprescindível para sua individualização, enquanto sujeito detentor de direitos, assim é possível o desenvolvimento de estratégias e mecanismos de atendimento as necessidades do adolescente.

Um dos mecanismos utilizados para aproximação da família em relação a aplicação/desenvolvimento da medida socioeducativa é o

Plano Individual de Atendimento (PIA), que é elaborado para concretizar o cumprimento da medida socioeducativa e que vincula a família durante o cumprimento da medida socioeducativa. O PIA é uma ferramenta prevista no SINASE, elencado no seu artigo 52, o qual dispõem em seu parágrafo único o seguinte texto (vinculado a responsabilidade da família): “O PIA deverá contemplar a participação dos pais ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente, sendo esses passíveis de responsabilização administrativa, nos termos do civil e criminal.” (BRASIL, 2012).

O Plano Individual de Atendimento (PIA) é utilizado como uma das ferramentas durante o período de internação do menor em desacordo com a lei. Ele é um instrumento de planejamento, que orienta e sistematiza o trabalho a ser desenvolvido com o adolescente, articulado com os demais serviços, projetos e programas de rede local que são previstos e garantidos pela legislação (BANDEIRA, 2006, p. 156).

Após o levantamento das necessidades individuais de cada adolescente, levando em consideração as particularidades do menor, e todo o seu histórico de vida e familiar, o PIA possibilita o desenvolvimento de objetivos e ações que possam nortear a equipe que atenderá o menor em desacordo com a lei (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2018). Conforme disposto pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, em relação ao tema:

[...] a elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA) constitui-se numa importante ferramenta no acompanhamento da evolução pessoal e social do adolescente e na conquista de metas e compromissos pactuados com esse adolescente e sua família durante o cumprimento da medida socioeducativa. A elaboração do PIA se inicia na acolhida do adolescente no programa de atendimento e o requisito básico para sua elaboração é a realização do diagnóstico polidimensional por meio de intervenções técnicas junto ao adolescente e

sua família. (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 52).

A vinculação da família nesse momento de internação, a conquista de metas e os compromissos assumidos em conjunto, adolescente e família, possibilitam melhores resultados no processo de reeducação. Pois o objetivo a ser alcançado é o retorno do adolescente ao seio familiar e sua reeducação/ressocialização. Conforme o texto orientador, as “[...] ações socioeducativas devem exercer uma influência sobre a vida do adolescente, contribuindo para a construção de sua identidade, de modo a favorecer a elaboração de um projeto de vida, o seu pertencimento social e o respeito às diversidades [...]” (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 52).

Outras garantias importantes e que possibilitam perspectivas diferentes para o adolescente são: a higiene, o asseio pessoal, o alojamento limpo e salubre que assumem um caráter educativo, durante o período de convivência na Unidade Socioeducativa. Mesmo sendo garantias individuais, a manutenção desses pontos propiciam ao adolescente um auto cuidado (BANDEIRA, 2006). O asseio, a higiene pessoal e do ambiente são desenvolvidos como uma rotina dentro do atendimento da Unidade Socioeducativa, despertando no adolescente a importância e a necessidade de tais hábitos (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006).

Tais garantias observadas como educativas podem parecer desnecessárias, mas tendo em vista que muitos destes adolescentes vivem a maior parte do tempo fora de casa e não possuem o comprometimento com estas pequenas tarefas, tornam-se de grande importância. O cuidado com o asseio pessoal desperta a autoestima e autocuidado, pois muitas vezes o adolescente é desleixado com si mesmo. Conforme preconizado pelo SINASE, em se tratando de:

Rotina da Unidade e/ou programa de atendimento: é fundamental a elaboração de rotinas quanto aos horários

de despertar dos adolescentes, refeições, higiene pessoal, cuidados com vestuários e ambientes, escola, oficinas, lazer, esportes, cultura, atendimentos técnicos, visitas, atividades externas e outras. (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 42).

O cuidado com o sigilo e com o todo, uma rotina de horários e tarefas para a vida durante o período de cumprimento da medida socioeducativa, objetivam que o adolescente aprenda e perceba que tal organização e obrigações fazem parte da vida em sociedade, e que o maior beneficiado é ele mesmo, assim de maneira pedagógica ocorre a ressignificação de pequenas obrigações da vida em sociedade.

O estudo e a profissionalização também fazem parte das garantias atribuídas aos adolescentes, durante o cumprimento da medida de internação. A educação não poderia deixar de ser mencionada, tendo em vista ser um direito fundamental de crianças e adolescentes. Conforme entendimento do doutrinador Nucci (2006), tal garantia não seria mais do que uma continuidade do que já seria propiciado pelo Estado. Desta forma, a escolarização durante o cumprimento de medida socioeducativa de internação deveria ser apenas a continuidade do que o adolescente estava cursando antes dessa situação, mas muitas vezes é um momento único onde realmente o adolescente tem acesso à educação.

A garantia da educação e profissionalização são definidos como direitos imprescindíveis, tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao se tratar de tais direitos, em relação a menores em desacordo com a lei, a consolidação do SINASE em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente propiciam a garantia do acesso a todos os níveis de educação formal e profissionalização. Para tanto a unidade escolar pode estar localizada dentro da unidade de internação, desenvolvendo a escolarização em sintonia com o projeto pedagógico da

instituição, ou em alguns casos fora da unidade socioeducativa (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006).

Conforme as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, em se tratando de educação:

38. Todo jovem em idade de escolaridade obrigatória terá o direito de receber um ensino adaptado as suas idades e capacidades e destinado a prepará-lo para sua reintegração na sociedade. Sempre que possível, este ensino deverá ser feito fora do estabelecimento, em escolas da comunidade e, em qualquer caso, a cargo de professores competentes, através de programas integrados ao sistema de ensino público para que, quando sejam postos em liberdade, os jovens possam continuar seus estudos sem dificuldade. A administração dos estabelecimentos deverá prestar atenção especial ao ensino dos jovens de origem estrangeira ou com necessidades culturais ou étnicas particulares. Os jovens analfabetos ou que apresentem problemas cognitivos ou de aprendizagem terão direito a receber um ensino especial.

39. Os jovens que já tenham ultrapassado a idade de escolaridade obrigatória que desejem continuar seus estudos deverão ser autorizados e incentivados nesse sentido, e deverá ser feito todo o possível para que tenham acesso a programas de ensino adequados. (REGRAS DE BEIJING, 2021).

Conforme o tratado pactuado pelas Nações Unidas, o incentivo ao início ou continuidade da educação são essenciais para os jovens privados de liberdade. Para efetivar tal garantia o artigo 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu inciso X propõem que a entidade que atende a programas de internação tem a obrigação de: "propiciar escolarização e profissionalização" (BRASIL, 1990).

Em relação a educação durante o cumprimento de medida socioeducativa, é um direito presente nas leis superiores e que aos poucos

vem sendo efetivado com a implantação do SINASE. A educação torna-se um dos aportes mínimos para o desenvolvimento de uma medida socioeducativa de internação, tendo em vista a necessidade de preparar e adolescente para a ressocialização/reeducação. Conforme Farias (2015, p. 38):

Na Socioeducação a relação entre a Escolarização e a Profissionalização de adolescentes apresentada um caráter de complementariedade, como se fossem distintos segmentos das Políticas Sociais de inclusão. No entanto, ao analisarmos as normativas o Trabalho Socioeducativo no cumprimento da Medida Socioeducativa de Internação compreendemos que, essencialmente, a Profissionalização e a Escolarização implicam na fundamentação do Trabalho Socioeducativo e são, de forma específica, os pilares sobre os quais o Trabalho Socioeducativo se concentra.

Conforme o entendimento da autora, a educação e a profissionalização são os principais pilares desenvolvidos nas unidades socioeducativas, e são responsáveis pelo alcance da reeducação/ressocialização do adolescente que cumpre uma medida socioeducativa. Em se tratando de profissionalização, esta é mencionada na Lei 12.594 de 2012, em seu artigo 8º, tratando da garantia da capacitação para o trabalho do adolescente em desacordo com a lei.

A legislação propõe a parceria com instituições para o desenvolvimento da profissionalização, para possibilitar a reeducação e reinserção social do adolescente após o cumprimento da medida socioeducativa. Assim o artigo 76 e seguintes da Lei 12.594 de 2012, a qual trata da implementação do SINANSE, traz em seu bojo a possibilidade da oferta de vagas das escolas do Senai, do Senac, do Senar e do Senat aos adolescentes internados (BRASIL, 2012), pautadas na colaboração celebrada entre os estabelecimentos e os gestores dos Sistemas de Atendimento Socioeducativo.

Ainda o documento orientador da implementação do SINASE, referente a profissionalização e o mercado de trabalho traz os seguintes pressupostos:

- 1) consolidar parcerias com as Secretarias de Trabalho ou órgãos similares visando o cumprimento do artigo 69 do ECA;
- 2) possibilitar aos adolescentes o desenvolvimento de competências e habilidades básicas, específicas e de gestão e a compreensão sobre a forma de estruturação e funcionamento do mundo do trabalho. Juntamente com o desenvolvimento das competências pessoal (aprender a ser), relacional (aprender a conviver) e a cognitiva (aprender a conhecer), os adolescentes devem desenvolver a competência produtiva (aprender a fazer), o que além de sua inserção no mercado de trabalho contribuirá, também, para viver e conviver numa sociedade moderna;
- 3) oferecer ao adolescente formação profissional no âmbito da educação profissional, cursos e programas de formação inicial e continuada e, também, de educação profissional técnica de nível médio com certificação reconhecida que favoreçam sua inserção no mercado de trabalho mediante desenvolvimento de competências, habilidades e atitudes. A escolha do curso deverá respeitar os interesses e anseios dos adolescentes e ser pertinente às demandas do mercado de trabalho;
- 4) encaminhar os adolescentes ao mercado de trabalho desenvolvendo ações concretas e planejadas no sentido de inseri-los no mercado formal, em estágios remunerados, a partir de convênios com empresas privadas ou públicas, considerando, contudo, o aspecto formativo;
- 5) priorizar vagas ou postos de trabalho nos programas governamentais para adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas; [...]. (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006, p. 64).

Os pressupostos dispostos acima, buscam nortear as ações dentro da organização das Unidades Socioeducativas, para possibilitar aos adolescentes durante o cumprimento da medida socioeducativa uma formação voltada ao mercado de trabalho e para ele enquanto cidadão. Os pressupostos descritos nos itens 4 e 5, vislumbram a parceria entre entidades governamentais e empresas privadas para a prática deste aprendizado, possibilitando que o adolescente, mesmo cumprindo uma medida socioeducativa, possa vir a interagir e progredir com a sociedade como um todo.

Outra garantia tratada na legislação é de atividades culturais, esportivas e de lazer, além de serem pautadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 124 como direito do adolescente privado de liberdade, são determinadas como obrigações das entidades que desenvolvem programas de internação (TEJADAS, 2005). A prática de esportes, atividades culturais e de lazer propiciam ao adolescente que se encontra privado de sua liberdade, um incentivo para seu processo de readaptação social. Segundo Ribeiro (2006, p. 38):

Essas atividades devem ser oferecidas sempre com a participação do adolescente e respeitando o seu interesse e aptidão. Através dessas atividades promover ensinamento de liderança, tolerância, respeito, confiança, equidade étnico racial e de gênero. Além disso, deve consolidar parcerias com as secretarias estaduais e órgãos responsáveis pelas políticas públicas, além de ONGs e iniciativa privada no desenvolvimento e oferta de programas culturais, esportivos e de lazer dos adolescentes. É responsabilidade das Unidades de Internação garantir que as atividades esportivas, de lazer e culturais previstas no projeto pedagógico sejam efetivamente realizadas.

Aos poucos e sob orientação, esses adolescentes que se encontram internados desenvolvem atividades prazerosas e úteis ao seu processo de reeducação e reinserção social. O objetivo a ser alcançado com tais garantias, é propiciar momentos de construção interior para o adolescente, a partir de vivências saudáveis em relação a cultura, lazer e esportes. Tratando de esporte, cultura e lazer na socioeducação, o mestre Oliveira (2015, p. 93) expõem o seguinte entendimento enquanto investimento público nestas garantias:

Diferentemente do que possam pensar muitos gestores públicos, o acesso a atividades esportivas, culturais e de lazer não constituem um luxo ou bem-estar a serem eventualmente oferecidos para crianças, adolescentes e jovens. São direitos e, mais ainda, são direitos constitucionais.

Ao tratar-se destas garantias ao adolescente que está privado de sua liberdade, pelo fato do mesmo ter cometido um ato infracional, encontram-se muitos pontos contrários ou mesmo fictícios, pois na maioria das vezes as Unidades de Internação não possuem uma estrutura para o desenvolvimento de todas as garantias estipuladas pela legislação e encontram-se outros empecilhos no desenvolvimento das mesmas. Mas conforme ensinamentos de Tejedas:

A dimensão socioeducativa não se faz realidade pela intenção. Ela necessita de condições como: corpo profissional habilitado; políticas de educação, saúde, trabalho, profissionalização, esporte, cultura e lazer em consonância com os pressupostos do ECA; uma metodologia de trabalho que trate o adolescente com respeito e dignidade, oferecendo-lhe limites e responsabilidades através de um processo que possa favorecer, pela vivência, a internalização de valores e o exercício do pertencimento em estruturas dotadas

de sentido. Na medida em que tais ferramentas não se encontram disponíveis, a visão punitiva, como paradigma arraigado nas instituições e no conjunto da sociedade, revigorar-se-á e, com isso, o Sistema de Atendimento manter-se-á inerte frente à prevenção da reincidência; ao contrário, a alimentará. (TEJADAS, 2005, p. 64).

Esses direitos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e demais legislações são pontos importantes na eficácia do cumprimento da medida socioeducativa de internação, buscando a não reincidência dos adolescentes. Além destas garantias envolvendo a família e o Estado, é necessário ampliar o compromisso e a responsabilidade da Sociedade Civil e o aporte do Estado para soluções eficientes, eficazes e efetivas que assegurem a oportunidade de reeducação/ressocialização.

Toda a gama de direitos garantidos em lei, devem gerar a materialização de políticas públicas e sociais que incluam o adolescente em desacordo com a lei (SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO, 2006). Possibilitando a este um novo potencial de vida, e o aparato necessário para que o mesmo consiga, após o cumprimento da medida socioeducativa, a sua plena reeducação/ressocialização.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve como intuito buscar quais seriam as alternativas possíveis para uma reeducação eficiente, durante o período de cumprimento da medida socioeducativa. E quais são aptas para possibilitar a reinserção social do adolescente que cumpriu medida socioeducativa de internação.

O início da pesquisa buscou descrever o adolescente em sua singularidade, o qual é dotado de características físicas, morais e intelectuais em desenvolvimento. O adolescente, durante o período da adolescência, passa por conflitos internos e precisa remodelar-se enquanto ser social,

pois o mesmo deixa de ser criança e começa a assumir um papel de adulto na sociedade.

Com o decorrer da pesquisa, percebeu-se que essa construção de personalidade do adolescente, do seu ser interior, incute diretamente na figura do adolescente em desacordo com a lei, pois o mesmo pode tornar-se reflexo do meio e das pessoas que convive. É importante destacar a correspondência da família e do meio social de um adolescente em desacordo com a lei, a reeducação/ressocialização poderá alcançar o sucesso desejado se todos esses aspectos forem observados e trabalhados.

Com o levantamento de documentos e da legislação pertinente ao cumprimento de medidas socioeducativas de internação, no decorrer da pesquisa, fica evidente a necessidade de efetivação de todo o aparato legal. Pois conforme levantamentos, muitos Estados ainda se encontram em atraso total, tanto em relação a estrutura física quanto em relação a equipe e a dinâmica pedagógica, que deveria estar vigente nas instituições.

Observou-se ainda a falta de comprometimento do Estado e da Sociedade Civil em relação aos adolescentes em desacordo com a lei. Pois o objetivo principal evidente é a punição do adolescente, obstando sua liberdade e deixando-se de lado o caráter pedagógico reeducativo/ressocializador da medida socioeducativa. Assim a eficácia da medida socioeducativa é nula, pois a real necessidade é reinserir o adolescente na sociedade possibilitando a ele um novo ideal de vida e não apenas puni-lo.

Ao tratar da reeducação/ressocialização durante a pesquisa, se constatou que após o cumprimento da medida socioeducativa de internação o jovem é redirecionado a sociedade, mas não se realiza um acompanhamento mínimo por parte do Estado e poucas ou nenhuma é a parceria com a sociedade civil. A família torna-se a única esfera de apoio deste adolescente, o que por vezes não é suficiente.

Com o desenvolver da pesquisa, observou-se que mesmo garantindo toda a gama de direitos e atendendo o adolescente em sua individualidade, é

necessário a implementação de um atendimento pós medida socioeducativa. Mesmo que o adolescente receba educação, profissionalização e tenha seus direitos garantidos, é necessário que ele possa desenvolver suas potencialidades quando retorne a sociedade.

Com o avançar da pesquisa, demonstrou-se que ainda é necessário avançar muito na questão da efetivação das leis e orientações sobre o cumprimento de medidas socioeducativas, tanto no sentido de cumprir quanto no sentido de financiar as instituições socioeducativas.

A necessidade do acompanhamento da família e do adolescente, durante e após o cumprimento da medida socioeducativa. O auxílio e acompanhamento para efetivação da reeducação/ressocialização por parte do Estado durante e após o cumprimento da medida socioeducativa, além do comprometimento da sociedade civil em possibilitar oportunidades a estes indivíduos durante e após o cumprimento da medida socioeducativa. A aplicação da medida socioeducativa deveria ser o início de um processo que começa na Unidade socioeducativa e continua após a saída do adolescente. Que contribua para sua afirmação social, possibilitando que este encontre seu lugar no meio social.

O período de internação deveria ser o início de uma formação, educacional e pessoal. A vinculação da família e a responsabilização da mesma é fundamental, a aplicação por parte do Estado de recursos financeiros, físicos e humanos neste objetivo. E a sociedade civil, compreendendo que também é responsável por estes menores, afinal o objetivo é regressá-los ao convívio social.

Assim propiciar ao adolescente durante o cumprimento da medida socioeducativa, todos esses recursos. E após sua retomada a sociedade, é necessário o aporte e o acompanhamento por parte do Estado, com intuito de auxílio e fiscalização, tanto para o adolescente quanto para a sua família. Assim, com o acompanhamento estatal e oportunidades na sociedade, este adolescente que retorna a comunidade poderá contemplar

novas possibilidades e oportunidades diferentes de vida. Tendo desta forma a eficácia desejada com a aplicação da medida socioeducativa de internação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Vera Lúcia do. **Psicologia da educação**. Natal, RN: EDUFRRN, 2007.

ANDRADE, Marcia Maria Razera de. **Produção de sentido das práticas pedagógicas na socioeducação**. 2017. 300 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://tede.utp.br/jspui/handle/tede/1270>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. Ilhéus: Editus, 2006.

BARROSO FILHO, José. Do ato infracional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2470>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 12.594 de 18 de Janeiro de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jan. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. Código de Menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 out. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990.

BRASIL. Parecer CNE/CEB n. 8/2015. Relatora: Rita Gomes do Nascimento. Diretrizes Nacionais para o atendimento escolar de adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=25201-parecer-cne-ceb008-15-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 15 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Panorama nacional a execução das medidas socioeducativas de internação**. 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/panorama_nacional_doj_web.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

DANTAS, Hudson Rego. **A função das medidas socioeducativas na reinserção do adolescente infrator na sociedade**. Salvador, 2017. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Hudson%20Rego%20Dantas.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Direitos da população jovem**: um marco para o desenvolvimento. 2. ed. Brasília: UNVPA – Fundo de População das Nações Unidas, 2010. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_pop_jovem.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

EISENSTEIN, Evelyn. **Adolescência**: definições, conceitos e critérios. *Adolescência & Saúde*, jun. 2005. Disponível em: <https://cdn.publisher.gn1.link/adolescenciaesaude.com/pdf/v2n2a02.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

FARIAS, Lilian Cristina Penteadó de. **Escolarização e profissionalização na medida socioeducativa de internação no Paraná**: o discurso do protagonismo juvenil nos cadernos de socioeducação. 2015. Disponível em: <http://tede.unioeste.br/bitstream/tede/3642/5/Lilian%20Cristina%20Penteadó%20de%20Faria%20dos%20Santos.pdf>. Acesso em: 1 set. 2021.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1983.

FROTA, Ana Maria Monte Coelho. **Diferentes concepções da infância e adolescência**: a importância da historicidade para sua construção. 2006. Disponível em: www.revispsi.uerj.br/v7n1/artigos/html/v7n1a13.htm#mail-fim. Acesso em: 23 abr. 2021.

INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. **Guia teórico e prático de medidas socioeducativas**. UNICEF, Fundo das Nações Unidas para a Infância, 2004. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/politica_socioeducativa/doutrina/Guia_teorico_e_pratico_de_medidas_socioeducativas_ILANUD.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KOSHINO, Ila Leão Ayres. **Vigotski**: desenvolvimento do adolescente sob a perspectiva do materialismo histórico e dialético. Londrina, 2011.

MACEDO, Davi Manzini; PETERSEN, Circe Salcides; KOLLER, Sílvia H. **Tераpia cognitivo-comportamental para adolescentes**: uma perspectiva transdiagnóstica e desenvolvimental. Porto Alegre: Artmed, 2017.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. **Orientações técnicas para elaboração do plano individual de atendimento (PIA) de crianças e adolescentes em serviços de acolhimento**. Brasília 2018. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/OrientacoestecnicasparaelaboracaodoPIA.pdf.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Maria Cláudia Santos Lopes de . Da medida ao atendimento socioeducativo: implicações conceituais e éticas. *In*: PAIVA, I. L.; SOUZA, C.; RODRIGUES, D. B. (org.). **Justiça Juvenil**: teoria e prática no sistema socioeducativo. Natal, RN: EDUFRN, 2014.

OLIVEIRA, Márcio Rogério de. **Dimensões do esporte, da cultura e do lazer no atendimento socioeducativo**: direitos a serem assegurados e ferramentas de socioeducação. 2015. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/main.jsp?lumPagelId=8A91CFA941C3A0FE014213C7397F57A9&lumItemId=8A91CFAA5AD0FBB1015AD31011936BF7&previewItemId=8A91CFAA5AD0FBB1015AD31011926BF6>. Acesso em: 15 set. 2021.

PEREIRA, Alcio. **A redução da maioria penal, afronto a cláusulas pétreas e impacto orçamentário**. Curitiba: Appris, 2020.

PIZZATO, Charles. **Arquitetura socioeducativa**: o espaço ressocializando pessoas, curando a sociedade. Porto Alegre: Corag/CAU-RS, 2016.

PRADE, Péricles. **Direitos e garantias individuais da criança e do adolescente**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1995.

REGRAS DE BEIJING. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude**. 2021. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1074.html>. Acesso em: 15 set. 2021.

RIBEIRO, Gabriela Cordeiro. **Política de esporte, cultura e lazer na socioeducação**: a intersetorialidade em questão na unidade de internação de São Sebastião – DF. 2016. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/17442/1/2016_GabrielaCordeiroRibeiro_tcc.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

RIEZO, Barbosa. **Estatuto da criança e do adolescente interpretado**. 4. ed. São Paulo: Lawbook Edições, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio, ou, Da Educação**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1999.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio De Direito Penal Juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVEIRA, Priscila Franciele Knoop. Ressocialização de menores infratores: uma análise multidisciplinar da aplicação das medidas socioeducativas. **Perspectivas Sociais**, Pelotas, v. 6, n. 1, 2020, p. 227. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/percsoc/article/view/20199/12834>. Acesso em: 1 set. 2021.

SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO SINASE. **Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo SINASE**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 338. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 nov. 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula338.pdf.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TEJADAS, Silvia. **Juventude e ato infracional**: o sistema socioeducativo e a produção da reincidência. 2005. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_01/revista_digital_ed_01_3.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

TRENTIN, Angela Corrêa. **Adolescentes em conflito com a lei e a família**: um estudo interdisciplinar. 2012. 18 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012, Pg. 12. Disponível em: https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/edicao2/Angela_Trentin.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

TRINDADE, Jorge. **Delinquência Juvenil**: Compêncio Transdisciplinar. 3. ed. Porto Alegre, 2002.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VOLPI, Mário. **Sem liberdade, sem direitos:** a privação de liberdade na percepção do adolescente. São Paulo: Editora Cortez, 2001.

ZAPATA, Fabiana Botelho. **Direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2016.

TELEMEDICINA: TELECONSULTA E O INAFISTÁVEL SIGILO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Roseli de Barros Evangelho¹
Valeria Jorge Santana Machado²

RESUMO

Diante do atual cenário em que a tecnologia se tornou um meio necessário no compartilhamento de informações, o presente artigo analisa o uso da telemedicina na modalidade de teleconsulta, possuindo como objetivo geral analisar a vulnerabilidade da privacidade do paciente atendido pela modalidade de teleconsulta e a responsabilidade pelas informações sobre o sigilo profissional do médico que presta o serviço. O problema de pesquisa adveio da necessidade de providência de medidas de proteção aos indivíduos que necessitem da utilização deste método, visto que o profissional que proporciona esse serviço possui total responsabilidade por todos os atos ocorridos no atendimento, ainda, quais são as medidas/protocolos, bem como legislação e princípios éticos referentes ao tema, que o profissional, ao prestar esse serviço, deverá atentar-se, a fim de propiciar garantias no que se refere ao dever de sigilo profissional, bem como à segurança e à privacidade das informações. Verificou-se que faz necessária a utilização de recursos seguros, para proteção tanto do profissional quanto do assistido, no que diz respeito aos dados transmitidos por meio virtual. Portanto, o profissional, ao dispor deste serviço, deverá estar seguro e protegido, cumprindo todas as regulamentações impostas para a prestação do serviço, bem como a escolha de um *software* seguro, plataforma de qualidade, visto que o paciente estará transmitindo seus dados mais sensíveis, realizando compartilhamento eletrônico de seus exames médicos, prontuários clínicos, receitas, atestados e outros, os quais são protegidos pelo sigilo profissional

¹ Graduanda do Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) Campus de Joaçaba; barros1901@gmail.com

² Mestre em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) Campus de Joaçaba; valeria.machado@unoesc.edu.br

e devem ser guardados de forma segura, oferecendo a devida proteção dos dados dos pacientes, sob pena de sua responsabilização nos termos da lei.

Palavras-chave: Telemedicina. Teleconsulta. Sigilo médico. Privacidade. Confidencialidade.

1 INTRODUÇÃO

A revolução digital e a tecnologia podem auxiliar a sociedade ao acesso rápido à saúde, bem como a consultas, diagnósticos, tratamentos, exames, entre outros; com facilidade se contatar um profissional de determinada área da medicina, com orientações precisas por profissionais especializados, solucionando problemas recorrentes, em um espaço curto de tempo; ainda, sem a necessidade de deslocamento, dias ou até meses de espera por uma consulta. Diante dessa realidade foi escolhido o tema da presente pesquisa, qual seja, Telemedicina e sua efetividade diante das modernidades do século XXI. O presente estudo é limitado à análise sob a regulamentação da telemedicina na modalidade de teleconsulta, principalmente diante do colapso vivenciado pelo Brasil e pelo mundo em razão da pandemia do coronavírus.

Em complemento, é sabido pelos profissionais da área médica que uma boa anamnese³ é fundamental na obtenção de uma consulta médica com qualidade e eficiência, e a modalidade de teleconsulta, acompanhando a evolução tecnológica, possibilita, mesmo virtualmente, que o profissional preste uma consulta efetiva e com uma anamnese de qualidade, mesmo sem o exame físico; no entanto, a teleconsulta supre, muitas vezes, o objetivo do paciente e pode ser realizada pelo profissional, posto que o cidadão tem atendimento rápido com especialista, com diagnóstico, sem a necessidade de deslocamento do assistido. Dessa forma, na situação pandêmica, quando a orientação é o isolamento social, evitando a exposição desse paciente de

³ Entrevista realizada pelo profissional médico ao paciente.

forma desnecessária, ela se torna ainda mais importante, pois pode ser realizada dentro de sua própria casa.

A problemática do atendimento da modalidade ocorre em razão dos meios utilizados para a prestação deste serviço, posto que nem a Lei, que aprova em caráter excepcional, nem o Conselho Federal de Medicina redigiram normas ou orientações específicas a respeito da forma de prestar este serviço, deixando os profissionais carentes de informação, com medo de prestar o serviço, entre outros. Ademais, com a atual Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (BRASIL, 2018) em vigor no país, deve-se ter ainda mais observância nos protocolos utilizados nessa consulta *on-line*, uma vez que a intimidade, a privacidade desse paciente fica ainda mais vulnerável quando expostas em meios virtuais, em contrapartida, recai sobre o profissional todas as responsabilidades de uma consulta médica presencial, devendo este zelar e proteger as informações a ele transmitidas, posto que o paciente, ao expor seus dados, deposita extrema confiança no profissional.

Assim, visando à busca de meios que possam auxiliar o médico a prestar um atendimento de qualidade e eficiência, primando sobre o princípio do zelo e sigilo dos dados, e, em contrapartida, o paciente ter seus direitos fundamentais respeitados e garantidos, o presente estudo ocorreu por intermédio do método dedutivo, posto que a análise foi mediante pesquisa bibliográfica, artigos científicos, trabalhos de conclusão de curso, bem como legislação legal que dispõe sobre a matéria estudada, ainda, regulamentações para sua utilização, os princípios a serem respeitados pelo profissional, implicações legais por meio da violação dos princípios da Constituição Federal (CF/88) e Código de Ética Médica (CEM).

Desse modo, o trabalho estrutura-se em duas partes, abordando-se uma breve análise sobre os aspectos históricos da telemedicina, sua implementação na legislação brasileira; discorre-se sobre um dos documentos mais importantes da telemedicina, a Declaração de Tel Aviv (1999); ainda, as normas que regulamentam a telemedicina e a Lei n. 13.989/20 (BRASIL,

2020b), que autoriza em caráter emergencial o uso da teleconsulta no Brasil; ademais, discorre-se quanto à observância dos princípios éticos e direitos fundamentais que regem a relação médico paciente, a responsabilidade do profissional pelo serviço prestado virtualmente e documentos preventivos, por fim, as exigências trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados.

2 DESENVOLVIMENTO DA TELEMEDICINA E IMPLEMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Embora a telemedicina pareça ser novidade, pois obteve grande enfoque diante do contexto da pandemia da Covid-19, em virtude da imensa procura pelos serviços de consulta médica a distância, a telemedicina já é praticada desde a década de 1960, no entanto, à época de forma muito pontual, tendo, sem dúvida, se expandido vertiginosamente nos últimos meses em razão da necessidade do isolamento social, no intuito de evitar a propagação do vírus Sars-CoV-2.

O princípio da telemedicina aconteceu pela National Aeronautics and Space Administration (NASA), em 1960, em que astronautas eram monitorados por médicos a distância (LIMA et al., 2007). Em 1970, nos EUA, em virtude da facilidade de acesso aos recursos tecnológicos, com a finalidade de facilitar o atendimento médico para localidades rurais, sem a necessidade de esse paciente se deslocar, surgia a possibilidade do atendimento a distância, dando início a um novo campo de pesquisa, denominada telemedicina (URTIGA; LOUZADA; COSTA, 2004).

Por outro lado, no território nacional a telemedicina surgiu somente na década de 1990, iniciada tanto na área privada quanto na área pública, em 1994. As operações da empresa Telecárdio, especializada em realizar eletrocardiogramas a distância, passaram a utilizar a ferramenta, tornando-se comum a realização de exames em domicílio, prestados por um técnico ou enfermeiro, o qual comparecia à residência do paciente e realizava o exame

sem a necessidade de o assistido se deslocar de seu domicílio, ou seja, os dados coletados in loco eram levados aos especialistas, geralmente através de CD-ROM (KHOURI, 2003). Atualmente, em decorrência da evolução tecnológica, as informações podem ser enviadas virtualmente de diversas formas. O livro *Medicina e Direito: Dilemas da Modernidade* aborda que é indiscutível que, já na década de 1990, quando os meios tecnológicos eram inferiores, havia a necessidade de atendimentos remotos. Isso porque se vislumbrava que o acesso a atendimento de saúde, sem a necessidade de deslocamento do paciente, pode permitir o profissional a resolver determinada situação sem a necessidade de custos desnecessários (RIBEIRO, 2019). É sabido que, desde o surgimento do telefone, paciente e médico encontram-se conectados; a diferença do século XXI é que a tecnologia evolui a passos largos, sendo ainda mais fácil contatar os serviços médicos. Diante disso, atualmente a medicina pode ser exercida tanto de forma física quanto de forma remota.

Em definição, o doutrinador França (2017, p. 253) coloca que a telemedicina é o

[...] exercício médico a distância que tenha como objetivos a informação, o diagnóstico e o tratamento de indivíduos isoladamente ou em grupo, desde que baseado em dados, documentos ou outro qualquer tipo de informação confiável, sempre transmitida através dos recursos da telecomunicação.

No entanto, vale ressaltar que os meios tecnológicos modernos e de qualidade não são disponibilizados a todos, inviabilizando, assim, a utilização da modalidade, uma vez que para a realização do ato deve-se ter uma internet, celular ou computador de qualidade, ainda, saber minimamente manusear esses equipamentos, contudo, sabe-se que muitos indivíduos dependem de outros até mesmo para realizar uma ligação.

Em análise ao Processo-consulta n. 1.738/95, do Conselho Federal de Medicina, o qual se referia à orientação médica a distância para plataformas marítimas, o Relator Conselheiro Federal Lúcio Mário da Cruz Bulhões discorre na ementa do Parecer n. 31/97 que:

Pode o médico que, excepcionalmente por força de lei ou função, por obrigação a exercer plantão telefônico para assessoria a situações de emergência ocorridas em embarcações e plataformas, oferecer integralmente opinião dentro de princípios éticos e técnicos para tratamento de pessoa necessitada, correlacionando-a às informações obtidas, não sendo responsável pelo exame físico e execução do procedimento a ser adotado por terceiros. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997).

No mesmo parecer, o Relator, em suas conclusões, dispõe que o profissional tem “responsabilidade pelo tratamento de forma limitada” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997) e, ainda após cada atendimento, via plantão telefônico ou por rádio, deve “[...] emitir minucioso e detalhado relatório sobre as informações obtidas e a opinião médica exarada, além de arquivar obrigatoriamente a gravação do contato via rádio ou telefone.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997). Assim, o parecer citado já norteia o profissional, cujas condutas seguem durante e após o atendimento, tendo o dever de salvaguarda das informações.

Entretanto, quando se refere à consulta médica a distância, há certa resistência por parte dos Conselhos de Medicina quanto à utilização da ferramenta, pois basta verificar a ementa do Parecer n. 56.905/97, do Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp): “É vedada a consulta médica feita de qualquer forma que não seja pessoalmente, no paciente.” (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1997). Essa resistência ocorre em razão da escolha do meio tecnológico utilizado, pois na realização de uma teleconsulta obtém-se uma alta exposição de

dados e informações trocadas entre médico e paciente, deixando estes em total estado de vulnerabilidade, posto que para a prática da modalidade de teleconsulta deverá o profissional atentar-se a alguns protocolos, com o objetivo de ofertar a segurança necessária ao atendimento.

2.1 DECLARAÇÃO DE TEL AVIV

Em outubro de 1999, a Declaração de Tel Aviv foi anunciada na 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, a qual trata das “Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da telemedicina”, sendo este um dos mais importantes documentos da telemedicina no mundo. Dito isso, a declaração aborda uma gama de possibilidades de utilização da telemedicina, sendo a Teleassistência, televigilância, teleconsulta e interação entre dois médicos (CAVET; SCHULMAN, 2020, p. 34).

Nesse sentido, a Declaração de Tel Aviv aborda as possibilidades mais utilizadas da telemedicina:

5.1 Uma interação entre o médico e o paciente geograficamente isolado ou que se encontre em um meio e que não tem acesso a um médico local.

Chamada às vezes **teleassistência**, este tipo está em geral restringido a circunstâncias muito específicas (por exemplo, emergências).

5.2 Uma interação entre o médico e o paciente, onde se transmite informação médica eletronicamente (pressão arterial, eletrocardiogramas, etc.) ao médico, o que permite vigiar regularmente o estado do paciente. Chamada às vezes **televigilância**, esta se utiliza com mais frequência aos pacientes com enfermidades crônicas, como a diabetes, hipertensão, deficiências físicas ou gravidezes difíceis. Em alguns casos, pode-se proporcionar uma formação ao paciente ou a um familiar para que receba e transmita a informação necessária. Em outros casos, uma enfermeira, tecnólogo médico ou

outra pessoa especialmente qualificada pode fazê-lo para obter resultados seguros.

5.3 Uma interação onde o paciente consulta diretamente o médico, utilizando qualquer forma de telecomunicação, incluindo a internet. A **teleconsulta ou consulta em conexão direta**, onde não há uma presente relação médico-paciente nem exames clínicos, e onde não há um segundo médico no mesmo lugar, cria certos riscos. Por exemplo, incerteza relativa à confiança, confidencialidade e segurança da informação intercambiada, assim como a identidade e credenciais do médico.

5.4 Uma **interação entre dois médicos**: um fisicamente presente com o paciente e outro reconhecido por ser muito competente naquele problema médico. A informação médica se transmite eletronicamente ao médico que consulta, quem deve decidir se pode oferecer de forma segura sua opinião, baseada na qualidade e quantidade de informação recebida. (DECLARAÇÃO DE TEL AVIV, 1999, grifo nosso).

A declaração esclarece a importância de o profissional médico atentar-se ao princípio da bioética, pois este decide, mediante análise de cada paciente, se há possibilidade de utilização da ferramenta ou não, haja vista que deve sempre priorizar a modalidade de teleconsulta se esta for em benefício do enfermo (SILMONELLI, 2020, p. 624-625). Ainda em leitura ao *caput* do artigo 37 do Código de Ética Médica, verifica-se que em caráter de urgência e emergência já se encontra prevista a possibilidade da “medicina não presencial”.

Percebe-se que telemedicina vem sendo discutida na área médica há muitos anos e o CFM não se encontra inerte sobre o tema. É nítido que os meios tecnológicos podem colaborar com o acesso à saúde; no entanto, o profissional deve atentar-se que a utilização deve sempre ser em benefício do paciente. Portanto, a relação médica paciente deve ser pautada no respeito mútuo e confiança entre as partes envolvidas.

2.2 DEFINIÇÃO DE TELEMEDICINA E REGULAMENTAÇÃO DA MODALIDADE DE TELECONSULTA DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19

Em revisão de literatura, a telemedicina, telessaúde e a e-saúde são encontradas juntamente; porém alguns autores as definem de forma distinta quanto às funções e objetivos a serem alcançados por cada modalidade. A telessaúde abrange todas as áreas da saúde; o e-saúde, a convergência da internet com a saúde; a telemedicina, prestação de serviço a distância mediado por tecnologia (MALDONADO; MARQUES; CRUZ, 2016).

Em 2002, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.643/2002, regulamenta a telemedicina e a define como "o exercício da medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em saúde." (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2002).

Nesse sentido, para utilizar a ferramenta, deve-se ter estrutura tecnológica, obedecer às normas técnicas do Conselho Federal de Medicina quanto à guarda, ao manuseio, transmissão de dados, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional, pois essa ferramenta propicia a vulnerabilidade das informações repassadas no seu exercício (BARROS JÚNIOR, 2018, p. 448).

Segundo Steinman et al. (2015), a Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua a telemedicina como:

A oferta de serviços ligados aos cuidados com a saúde, nos casos em que a distância é um fator crítico: tais serviços são providos por profissionais da área de saúde, usando tecnologias de informação e de comunicação para o intercâmbio de informações válidas para diagnósticos, prevenção e tratamento de doenças e a contínua educação de provedores de cuidados com a saúde, assim como para fins de pesquisas e avaliações;

tudo no interesse de melhorar a saúde das pessoas e de suas comunidades. (STEINMAN et al., 2015).

Dito isso, para o profissional prestar atendimento via telemedicina, há características basilares que devem ser observadas:

distância física entre o serviço médico e o paciente; uso da tecnologia para realizar a assistência, em substituição à presença física; disponibilidade de equipe médica e de profissionais de saúde para prestar o serviço; disponibilidade de profissionais das áreas de tecnologia responsáveis pelo desenvolvimento e manutenção da infraestrutura de telemedicina; sistematização do processo de teleassistência, com desenvolvimento de protocolos de dados clínicos; e estruturação de segurança, qualidade e sigilo dos dados e serviços oferecidos pela telemedicina. (MALDONADO; MARQUES; CRUZ, 2016, p. 3).

Por outro lado, há uma fragilidade nas normas norteadoras para a utilização da modalidade, havendo a necessidade de regulamentações específicas, a fim de orientar o profissional sobre os meios e formas adequadas para a utilização do serviço. Diante disso, de um lado está o paciente vulnerável nessa relação, o qual deve ter sua privacidade e intimidade resguardadas; de outro, o profissional da Medicina, que possui o dever legal de salvaguardar os dados sensíveis do assistido e manter o sigilo profissional, pois a quebra desse princípio basilar do Código de Ética Médica enseja a responsabilização do profissional nos termos da Lei, pois, como dispõe o Condex citado, o princípio do máximo zelo é cristalino ao especificar o dever de o médico zelar e proteger as informações do assistido.

Segundo França (2017, p. 254), "há interação física do exame clínico entre o profissional e paciente", ou seja, o profissional, ao utilizar a ferramenta da telemedicina, estaria afrontando os princípios éticos, principalmente

aspectos da relação médico e paciente, pois há insegurança de ambas as partes nessa transmissão de dados por meios de telecomunicação. No entanto, se administrada corretamente, esta virá para beneficiar o cidadão que necessita de atendimento quando em sua localidade existir carência de profissionais especializados (FRANÇA, 2017, p. 255).

Entretanto, com os avanços tecnológicos e a fim de proporcionar benefício de acesso à saúde de qualidade, considerando a extensão do estado brasileiro, muitas localidades não possuem médicos especialistas e sim generalistas. Nesse sentido, com a finalidade de beneficiar essa população, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução n. 2.227/2018, a qual disciplinava, em seu artigo 4º, que “a teleconsulta é a consulta médica remota, mediada por tecnologias, com médico e paciente localizados em diferentes espaços geográficos. ” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018). Todavia, em menos de um mês, a classe médica e as associações médicas solicitaram regulamentações específicas e estudo mais aprofundado sobre o assunto.

Diante disso, acolheram-se as solicitações e foi publicada a Resolução n. 2.228/19, revogando a anterior e retornando a Lei n. 16.463/2002 acerca do tema, vedando, desse modo, o atendimento via modalidade de teleconsulta.

O Ministério da Saúde, em 3 de fevereiro de 2020, através da Portaria n. 188, “declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).” (BRASIL, 2020c).

Assim, adveio a necessidade de regulamentação do atendimento via telemedicina ser ampliada no Brasil, com a finalidade de prestar atendimento médico à sociedade que se encontrava em isolamento social, precisando de atendimento e orientações de profissionais da área médica, principalmente de consultas.

Portanto, em 7 de fevereiro de 2020 ocorre a publicação da Lei n. 13.979/2020, a qual “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da

emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019". O referido diploma discorre, em seu artigo 2º:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - Isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - Quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. (BRASIL, 2020a).

Nessa esteira, em 12 de março de 2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria n. 356, a qual, em seu artigo 4º, § 2º, dispõe: "A medida de quarentena será adotada pelo prazo de até 40 (quarenta) dias, podendo se estender pelo tempo necessário para reduzir a transmissão comunitária e garantir a manutenção dos serviços de saúde no território." (BRASIL, 2020d).

Nesse contexto, surge a necessidade de os profissionais da Medicina continuarem a prestar assistência e atendimento aos pacientes não somente a doenças ligados ao coronavírus, mas a outras patologias. Como realizar tais atendimentos, quando a recomendação prescrevia o isolamento social? Ainda, quem possuía comorbidade e necessitava de atendimento, se contraísse o vírus, havia maior probabilidade de evolução para estado grave?

Outrossim, o artigo 37 do Código de Ética Médica dispõe que o profissional não pode prestar atendimento sem examinar diretamente o paciente, ou seja, exige que seja realizado o exame físico, exceto em caso de urgência ou emergência. E a pandemia da Covid-19 se enquadra nessa

urgência, haja vista que houve um decreto de calamidade pública pela doença (BARROS JÚNIOR, 2018).

Nessa toada, o mesmo Codex, em seu artigo 36, veda ao profissional abandonar os pacientes que se encontram sob seus cuidados, conforme sua conveniência, posto que precisa esse assistido ser previamente informado, visto que o elemento principal desta relação é a confiança (DANTAS; COLTRI, 2020, p. 206- 207). De outra sorte, o Estado, assim como os Conselhos de Medicina, tem o dever constitucional de garantir a redução do risco de doenças e agravos.

Posto isto, diante da extrema necessidade de prestação de atendimento médico à sociedade, a fim de evitar maiores danos, em decorrência da decretação do estado de calamidade, e incentivando o isolamento social, no dia 19 de março de 2020, o CFM expediu o Ofício CFM n. 1.756/2020 para o Ministério da Saúde, decidindo aperfeiçoar os atendimentos à saúde e reconhecendo a possibilidade da utilização da telemedicina (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2020).

Assim, em 20 de março de 2020, o Ministério da Saúde pública a Portaria n. 454, que discorre em seu artigo 2º a possibilidade do uso da modalidade para “[...] atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico, por meio de tecnologia da informação e comunicação [...]” (BRASIL, 2020e), regulamentando, dessa forma, a telemedicina no país, em especial, a teleconsulta.

Corroborando para a regulamentação das modalidades de teleorientação, telemonitoramento e teleinterconsulta, em 15 de abril de 2020 foi publicada a Lei n. 13.989/2020, a qual permite, em caráter excepcional e enquanto perdurar a pandemia, a utilização da telemedicina, inclusive na modalidade de teleconsulta (BRASIL, 2020b).

Corroborando no sentido de regulamentar a telemedicina e autorizar o serviço de teleconsulta, em 20 de março de 2020, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) publicou a Nota Técnica n. 6/2020, que dispõe

sobre as medidas extraordinárias a fim de reduzir o fluxo de pessoas nos atendimentos presenciais, desse modo, impõe às operadoras de saúde ofertarem profissionais e serviços de saúde de forma remota, reservando os atendimentos presenciais somente em casos que haja impossibilidade do atendimento remoto (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2020).

Contudo, diante dos instrumentos jurídicos e normas éticas, percebe-se a fragilidade na utilização da ferramenta, sendo de extrema necessidade a elaboração de normas específicas, bem como a capacitação dos profissionais para a utilização deste serviço, visto que dados pessoais relacionados à saúde são considerados dados sensíveis pela Lei Geral de Proteção de Dados e possuem proteção especial.

Segundo Vieira (2001, p. 27), "a profissão médica é a profissão que mais riscos acarreta, tanto para quem a exerce como para quem a recebe." Nesse sentido, fica evidente o estado de vulnerabilidade que os pacientes se encontram, à medida que celebram o contrato de prestação de serviço pelo atendimento da telemedicina na modalidade de teleconsulta. Ademais, o profissional que presta esse serviço por demasiadamente complexo deve manter extrema observância quanto às normas e orientações do Conselho Federal de Medicina, bem como estar alinhado com a novel Lei Geral de Proteção de Dados, que passou a vigorar no estado brasileiro, para que seja disponibilizado uma teleconsulta de excelência, construída mediante preceitos éticos e jurídicos, pautando a relação médico-paciente de forma simétrica e equânime.

3 OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS ÉTICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE REGEM A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A relação médico-paciente surgiu com a medicina hipocrática, a qual possui preceitos fundamentais da Ética Médica, como respeito

à vida e dignidade da pessoa humana, sendo de extrema necessidade para a prática clínica (GOTTSCHELL, 2007). Tal princípio originou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Com o advento da CF/88, encontra-se respaldada como um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, devendo haver respeito mútuo entre os seres humanos (BRASIL, 1988). O exposto juramento é adotado até os dias atuais e Hipócrates é considerado o pai da medicina.

No entanto, na medicina hipocrática, o médico era o detentor da autonomia, ou seja, ele decidia exclusivamente a conduta a ser prescrita e o paciente, por sua vez, devia seguir a conduta sem direito a questionamento (GOTTSCHELL, 2007). No dizer de Hipócrates, a medicina consiste na arte e envolve três coisas: “Doença, doente e médico.” (GOTTSCHELL, 2007). Ou seja, era a chamada medicina paternalista, em que a decisão era exclusiva do médico, visto que o profissional era detentor do conhecimento.

Todavia, é sabido que a relação médico-paciente tem papel fundamental frente à intervenção das patologias, bem como a obtenção do êxito no tratamento, e o restabelecimento da saúde do enfermo encontra-se condicionado à inter-relação. Faz-se necessária, pois, a construção de uma confiança e respeito de ambas as partes envolvidas, devendo existir independência do profissional, havendo outorga e autonomia do paciente, diante de ter sua privacidade respeitada.

Segundo Sá e Naves (2011, p. 34 apud PIRES, 2019), o princípio da relação médico-paciente:

[...] sofre substancial transformação com a consideração desse princípio. A relação de autoridade perde espaço para a consideração do paciente como sujeito partícipe do processo de tratamento. Para tanto, o processo de intervenção deve ser transparente, permitindo que o paciente tenha o máximo de informações antes de decidir. Daí a exigência do consentimento informado.

A bioética possui princípios que são norteadores do profissional médico como uma espécie de guia para o exercício da profissão de forma cautelosa e prudente. São quatro os princípios de ética biomédica basilares para o exercício da medicina: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Em relação ao princípio da autonomia do paciente, este decorre diretamente da dignidade da pessoa humana quando uma pessoa possui autodeterminação. Trata-se de dois requisitos: autodeterminação em sentido estrito, sendo ausência de qualquer limitação pessoal de compreensão acerca do seu tratamento, diagnóstico, prognóstico; e decisão livre de qualquer interferência externa, seja pela recusa, seja pelo livre consentimento. Ou seja, decorre da participação do paciente na tomada de decisões em relação ao tratamento, consentindo de forma livre, sendo a relação médico-paciente de confiança, diálogo e respeito (DINIZ, 2011, p. 38).

O princípio supracitado consagra o fenômeno da humanização nessa relação, pois o assistido, parte mais vulnerável, participa ativamente na tomada de decisões relacionadas à enfermidade que lhe acomete (CAVET; SCHULMAN, 2020). O princípio ético da beneficência é o mais antigo princípio, com ligação direta a Hipócrates: "fazer o bem, não causar dano, cuidar da saúde, favorecer a qualidade de vida." (GOTTSCHELL, 2007). Entretanto, hoje, o princípio da beneficência deve ser observado sobre o princípio da autonomia do paciente, o que define o bem para ele em sua perspectiva e não como antigamente na decisão objetiva do médico. Em análise a esse princípio, o profissional deve agir prezando sempre pelo bem do paciente, sendo utilizados todos os meios possíveis, para que sejam proporcionados conforto e redução de sofrimento diante da doença. A não maleficência, por sua vez, refere-se à obrigação de não causar um dano ao paciente de forma intencional, exigindo da profissional regra de condutas (FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p. 445-446).

O princípio da justiça corresponde à equidade, distribuição de recursos, incidência maior na própria judicialização da saúde do que a própria judicialização da medicina. Tal princípio propõe igualdade da distribuição, justa equitativa dos bens e serviços e resultados alcançados, considerando as desigualdades entre pessoas, seja social, moral, física, financeira, sobretudo a dignidade da pessoa humana (DINIZ, 2006, p. 18).

A Constituição Federal da República do Brasil, promulgada em 1988, dispõe quanto aos direitos da personalidade, bem como às leis esparsas. Nesse sentido, a Carta Magna preceitua, em seu artigo 5º, inciso X, os princípios basilares quanto ao direito à privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem (BRASIL, 1988).

Ainda, no que se refere ao direito da personalidade do assistido, este encontra amparo legal na Lei Maior, em seu artigo 5º, inciso X; o Código Civil, em seu artigo 21, corrobora que são invioláveis a intimidade e a vida privada do assistido. Esses direitos do paciente correspondem ao direito de resguardo e direito de segredo, os quais são integrantes do direito da personalidade (BRASIL, 1988). Assim, a lesão a esses princípios acarreta consequências irreparáveis ao lesado e a responsabilização do profissional.

Conforme Gonçalves (2018, p. 194-196), as características da personalidade são irrenunciáveis, não podendo dispor desse direito, apresentando caráter absoluto e não limitação, ou seja, o rol trazido pelo Código Civil, nos artigos 11 ao 21, é meramente exemplificativo, imprescritível, isto é, não prescreve pelo não uso, findando com a característica da impenhorabilidade, a qual é indisponível, não podendo ser penhorada.

Nesse sentido, França (2017, p. 258), quando se refere aos princípios fundamentais do profissional, discorre sobre o capítulo XI do Código de Ética Médica, em que o médico deve prezar pelo sigilo das informações, exceto as autorizações previstas em Lei, para melhor desempenho de seu trabalho, bem como preservação da privacidade do assistido – prevista na Constituição Federal como um direito fundamental do ser humano. Ainda

esclarece que, muitas vezes, “o sistema de informações criptografadas é inúmeras vezes mais inseguro que os baseados nas velhas fichas e papéis.”

Nessa esteira, em 1998, o Ministro Cesar Asfor Rocha define o sigilo profissional como:

Sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que se deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor a sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie. [...] (BRASIL,1998).

Tal princípio supracitado brilhantemente pelo ministro perfaz o princípio basilar do exercício da Medicina, sendo dever imposto ao médico de se manter em silêncio sobre todos os fatos e circunstâncias que tiver conhecimento no exercício da profissão.

Por conseguinte, o profissional, ao prestar o atendimento via modalidade de teleconsulta, deve atentar-se que recai sobre si todas as responsabilidades do atendimento presencial, precisando zelar pelos preceitos basilares dessa relação, primordialmente pelo sigilo e confidencialidade das informações a ele transmitidas, pois segundo Lung Wen (2020), a humanização vem da preocupação com o paciente, ou seja, na telemedicina não existe a possibilidade de desumanização. “A telemedicina é o atendimento conectado, não simplesmente atendimento a distância.” (LUNG WEN, 2020).

3.1 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO PELO SERVIÇO PRESTADO NA MODALIDADE DE TELECONSULTA

Quando se refere à responsabilidade do profissional do atendimento realizado via telemedicina, faz-se pertinente citar a Resolução CFM n.

2.227/18, em seus primeiros três artigos referentes à infraestrutura tecnológica, a qual deve obedecer às normas do Conselho Federal, bem como a “[...] guarda, manuseio, transmissão de dados, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018). Posto que, discorre a lei supracitada que em caso de emergência, pode o profissional prestar suporte diagnóstico e terapêutico. No entanto, importante ressaltar que em caso de atendimento onde houver um médico assistente presente ou outro profissional da saúde, estes terão responsabilidade solidária perante eventual dano ao assistido, proporcional ao cometimento do dano.

O capítulo IX do Código que norteia a ética médica discorre sobre as vedações imputadas ao profissional. Dentre elas, faz-se pertinente citar o artigo 73:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento); c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

Importante salientar que para caracterizar essa infração, precisa o profissional revelar fato de que tenha tido conhecimento no exercício da profissão, ademais, o verbo ilícito ético é revelar, então presume que este artigo não traz a previsão da infração na modalidade passiva, visto que se o profissional médico não revelar não comete a infração.

Ademais, sabe-se que a obrigação dos médicos é de meio, quando um paciente procura o médico com alguma enfermidade, o médico deve se utilizar de todos os meios necessários e possíveis a fim de obtenção do êxito final, a cura. Entretanto, sem jamais garantir o resultado almejado pelo paciente, assim, a responsabilidade por esse atendimento em regra é subjetiva, precisando provar que o profissional incorreu em quaisquer das suas modalidades, seja imprudência, negligência ou imperícia, sendo essa responsabilidade pessoal e não presumida. Ademais o Código de Direito do Consumidor, em seu artigo 14, §4, dispõe que para que seja responsabilizado o profissional, precisa que seja comprovada a culpa (BRASIL, 1990), e a teleconsulta realizada segue tal entendimento, haja vista que a própria lei que autoriza a teleconsulta em caráter emergencial discorre, em seu artigo 5º, que "a prestação do serviço de telemedicina seguirá os padrões normativos e éticos usuais do atendimento presencial." (BRASIL, 2020a).

Segundo Gonçalves (2016, p. 266), o médico possui o dever de respeitar os direitos mais caros do cidadão, uma vez que se trata da parte mais vulnerável nessa relação. Esses direitos do assistido encontram-se consagrados na Lei Maior, uma vez que ao compartilhar sua intimidade com o profissional, tudo o que for transmitido possui caráter confidencial e, portanto, sigiloso (GONÇALVES, 2016, p. 266).

Quanto à esfera penal, a penalidade ao sigilo profissional encontra-se disposta no artigo 154 do Código Penal, que assim versa: "o médico poderá ser penalizado com pena privativa de liberdade e multa em caso de quebra do sigilo sem justa causa." (BRASIL, 1940). Ainda, quando se refere ao âmbito civil, o prejudicado pode buscar via judicial a reparação por eventuais danos causados pelo médico, quando este tinha o dever do segredo.

Nesse sentido, é vedado ao profissional expor fatos dos quais tenha ciência em decorrência do ofício. Além disso, tem o dever ético profissional de zelar pelas informações para que, em caso de um terceiro ter acesso, haja respeito a essa confidencialidade. Isso porque, uma vez caracterizada

a violação ao princípio supracitado, responderá por infração ética, podendo este profissional responder nas esferas administrativa, civil e penal.

Assim, conforme dispõe o Conselho Federal de Medicina, quando se refere à esfera administrativa, a penalidade imposta ao profissional dependerá da conduta praticada e da gravidade da lesão ao assistido, podendo variar de uma advertência até a cassação do registro profissional. Faz-se pertinente, pois, revisar os princípios éticos, bem como a legislação vigente na utilização do uso da modalidade supracitada. Nesse sentido, o profissional deve utilizar-se da ferramenta somente em benefício do paciente, tendo a obrigatoriedade, conforme discorre o verbo do artigo 4º da Lei n. 13.989/2020: "O médico deverá informar ao paciente todas as limitações inerentes ao uso da telemedicina, tendo em vista a impossibilidade de realização de exame físico durante a consulta." (BRASIL, 2020b). De mais a mais, na situação pandêmica em que o país se encontra, faz-se necessária a utilização da modalidade, para que auxilie o sistema de saúde frente ao aumento da procura por atendimento médico. Isso porque, além da Covid-19, outras doenças acometem a população que precisam de cuidado e orientação desses profissionais. Assim, para que não fiquem desassistidos, o atendimento virtual tornou-se de extrema necessidade.

No entanto, o prejuízo de um vazamento de informações ocorrido nesse tipo de atendimento pode gerar danos devastadores ao paciente, danos psicológicos, sociais e na relação de trabalho. Ainda, a falta do contato físico entre médico e paciente pode acarretar problemas de ordem jurídica, haja vista que há direitos e deveres de ambas as partes, porém o paciente se encontra em situação de vulnerabilidade, visto que nesse atendimento ocorrido de forma virtual, há a transmissão de seus dados mais sensíveis. Portanto, a relação trata dos direitos mais vulneráveis do assistido, tendo como necessidade, para obtenção do sucesso, a necessária construção de uma confiança e respeito mútuo, confidencialidade e empatia entre teleconsultando e teleconsultado.

Sem embargo, o teleconsultando não se exime de responsabilidade, tendo o dever de prestar informações verídicas e claras, para que seja possível a afirmação do diagnóstico por parte do profissional. Este é isento de responsabilidade se as informações repassadas não forem claras e suficientes para que tenha probabilidade de firmar diagnóstico, ou que possa orientar o paciente acerca da patologia. Ainda recai sobre o familiar ou o conhecido que auxiliou o assistido no atendimento pela modalidade de teleconsulta, pois o êxito do atendimento depende da troca de informações, exames, ou seja, tudo o que o paciente relata ao médico, para que este último tenha dados clínicos, propiciando uma qualidade de diagnóstico, caso hajadúvida do profissional sobre o diagnóstico, dar opiniões ou sugestões; do contrário, é preciso solicitar consulta presencial.

3.2 EXIGÊNCIAS TRAZIDAS PELA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI N. 13.709/18)

Atualmente vivencia-se uma nova era na área da saúde, repleta de recurso tecnológicos e digitais, evidentemente, não haverá retrocesso, já que a tecnologia pode auxiliar significativamente no acesso à saúde de forma mais rápida e de qualidade. Diante disso, todos devem estar preparados para o “novo normal”. Telemedicina não é somente câmera, vai além, podem ser utilizados todos os meios tecnológicos, desde que com qualidade e eficiência.

Diante disso, deve-se ter atenção especial ao tratar de dados, em especial, na área da saúde, haja vista que são considerados dados pessoais sensíveis.

Em definição, a Lei n. 13.709/2018 conceitua dados sensíveis em seu artigo 5º, inciso II, sendo

dato pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a

organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. (BRASIL, 2018).

Nesse instituto, o legislador teve como objetivo garantir que o controlador ou o operador respeite os direitos fundamentais do usuário (SCHREIBER, 2021, p. 331), posto que o paciente, ao transmitir seus dados de saúde, repassa sua intimidade mais profunda, depositando total confiança no profissional.

No entanto, Fernandes (2019) apresenta pesquisa realizada pela Associação Paulista de Medicina, entre 9 e 26 de novembro de 2018, com 848 médicos associados, sendo 41% mulheres e 59% homens, sendo realizadas diversas perguntas, dentre elas: É favorável à realização de consultas a distância? Em resposta, 57,90% responderam que são favoráveis e 42,10% desfavoráveis. Outra questão foi se é favorável à utilização de ferramentas de mensagens instantâneas, como o WhatsApp e similares, entre médicos e pacientes? Novamente, 85,02% responderam que sim e 14,98% responderam não.

Sendo assim, com base na pesquisa supracitada, percebe-se que há um desconhecimento por parte dos profissionais sobre o que é a telemedicina. Basta perguntar à sociedade civil quem nunca trocou uma mensagem ou ligou para o médico? O CFM, em parecer n. 14/27, permite o uso do WhatsApp e plataformas similares, para o paciente comunicar-se com o médico, no entanto, proibiu a modalidade de teleconsulta (CONSELHO FEDERAL DE TELEMEDICINA, 2017).

Todavia, nessa comunicação por aplicativos, por vezes são repassadas ao paciente orientações, ainda diagnósticos, posto que não está sendo realizado de forma adequada e tampouco pelo instrumento adequado, em consequência da vulnerabilidade do aplicativo utilizado, criando riscos ao profissional e ao paciente.

Ademais, com a Lei n. 13.989/2020 vigorando (BRASIL, 2020b), mesmo que em caráter excepcional, proporcionando aos profissionais da área médica prestar o serviço de telemedicina, e com o aumento exponencial de usuários, cresce também notícias de *cyber* ataques, vazamento de dados, dentre outros crimes que violam o direito de privacidade do indivíduo, direito este assegurado pela Carta Magna brasileira.

Desse modo, importante trazer um caso prático, divulgado pelo Boletim Jurídico (2021), ocorrido em 26 de abril de 2021, em Brasília, no qual a magistrada condenou um hospital a pagar indenização a paciente e familiares, pois considerou que ocorreu quebra de sigilo na prestação do serviço do hospital, uma vez que a parte requerida alega que enquanto a paciente estava internada, houve falha na guarda e manuseio das informações, tanto da paciente quanto dos familiares, e que em razão da quebra do sigilo, foi vítima de estelionato. Esse exemplo pode ser utilizado para o serviço de teleconsulta, haja vista que em caso de vazamento dos dados, ou ainda, esses dados serem utilizados de forma diversa do consentido pelo paciente, o médico será responsabilizado.

Por consequente, a Constituição Federal aborda, em seu artigo 5º, inciso XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei +estabelecer.” (BRASIL, 1988). Assim, não há que se falar em violação da relação médico-paciente pelo uso da telemedicina, desde que esta seja exercida de forma ética e legal, respeitando a liberdade e privacidade do paciente.

Sendo a área da saúde uma das mais afetadas pelas novas tendências, pois lida com dados considerados extremamente sensíveis, tornou-se essencial a observância da Lei n. 13.709/18, denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que se encontra em vigor no país (BRASIL, 2018). Dessa forma, para o profissional prestar o atendimento por meios tecnológicos deverá, obrigatoriamente, promover a segurança, zelo, sigilo e privacidade dos dados do assistido, respeitando conforme

preceitua o artigo 2º, inciso IV, que disciplina a proteção dos dados no que se refere à inviolabilidade, intimidade, honra e imagem. Portanto, devem ser coletados os dados estritamente necessários para a prestação do serviço com excelência, dispondo de toda a segurança necessária para a prestação do serviço.

Nessa toada, em análise sob a ótica do atendimento prestado pelo médico em observância à legislação supracitada referente ao tratamento de dados, determina pontos extremamente fundamentais, estando em consonância com o Código de Ética Médica, pois esse profissional deverá colher o consentimento específico do titular dos dados, para que haja o tratamento, na forma de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), uma vez que este paciente tem o direito de esclarecer todas as suas dúvidas para, assim, consentir o atendimento. Ainda deverá estar informado de todos os riscos inerentes ao tratamento dos dados pessoais, pois a informação é pressuposto da autonomia, e em caso dessa informação ser defeituosa, a autonomia do assistido será prejudicada. Por fim, devem ser garantidos nessa relação os princípios, como o da boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, transparência, segurança e prevenção, para tratamentos dos dados (BRASIL, 2018).

Ademais, importante a redação do artigo 11, §4º, da Lei, o qual discorre que “É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas à prestação de serviços de saúde [...]” (BRASIL, 2018).

No entanto, o profissional médico deverá prestar esse atendimento por plataforma segura, para isso já existem recursos que fazem detecção de vulnerabilidade de *hardwares* e *softwares*; realizar *backups* periódicos e controle de acesso, podendo por vários meios evitar que não ocorra vazamento de dados por negligência do profissional, mas importante mencionar que ainda não há segurança absoluta. O Brasil segue o conjunto

de normas da Lei de Portabilidade e Responsabilidade do Seguro de Saúde (*Health Insurance Portability and Accountability Act – HIPAA*), criada nos Estados Unidos (QUEIROGA et al., 2019, p. 10). Sendo assim, ao tratar de dados sensíveis vai além do sigilo na relação médico- paciente, deve ter gestão de risco em segurança de informações proporcionadas pelo profissional de forma transparente e responsável, no intuito de evitar vazamento de dados, já que pode causar danos irreparáveis às partes envolvidas.

Nesse sentido, o profissional deve atentar-se que por falha sua incorre a responsabilidade e o ressarcimento de eventuais danos ocorridos em desfavor do paciente, conforme preceitua a Lei Geral de proteção de Dados (LGPD) (BRASIL, 2018). Desse modo, ao prestar o serviço de teleconsulta, precisa delinear alguns protocolos e meios adequados, a fim de salvaguardar os dados do paciente, sob pena de responsabilização. Em se tratando de sanções administrativas, estas se encontram previstas no artigo 52, incorrendo desde advertência, com prazo para medidas corretivas, até multa no valor máximo de 50 milhões, ademais pode responder por outras violações (BRASIL, 2018).

Portanto, faz-se pertinente a observância e aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, diante de relatos de violação em massa de dados, como noticiado pelo jornal Estadão, de São Paulo, em 02 de dezembro de 2020, em que houve falha do Ministério da Saúde, o qual expôs dados pessoais de cerca de 243 milhões de brasileiros cadastrados no Sistema Único de Saúde (SUS) (G1, 2020). Diante disso, o profissional da área médica, bem como as empresas que manuseiam esses dados, devem se organizar a fim de proteger o assistido no que se refere à sua privacidade, segurança e proteção de seus dados, fortalecendo soluções que garantam o controle sobre a base de dados. No entanto, não existe garantia de que os dados custodiados pelo agente de tratamento estão totalmente seguros, visto que, tomando todas as precauções, ainda podem sofrer incidentes.

No que diz respeito às excludentes de responsabilidade, no tratamento de dados pessoais, estas são encontradas no artigo 43 da LGPD, que aduz:

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I – que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II – que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III – que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro. (BRASIL, 2018).

Portanto, o profissional da medicina, ao fornecer o serviço de teleconsulta, deve ter extrema observância no que diz respeito ao tratamento de dados do paciente, cercado-se de todos os meios legais, visando evitar danos, por outro lado, é de responsabilidade do paciente saber que também tem responsabilidade e que por culpa sua podem ocorrer vazamento dos dados, necessitando, assim, de total consciência e transparência na utilização do serviço.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A telemedicina já é uma realidade no país e no mundo e com a chegada da pandemia e necessidade do isolamento social, a fim de evitar a propagação do vírus, a possibilidade da utilização da ferramenta contribui significativamente para o não sucateamento do sistema de saúde, posto que ela objetiva levar acesso à saúde de qualidade ao cidadão dentro de sua casa, pela tela de um computador, celular, entre outros, superando barreiras de distância e melhorando o acesso aos serviços médicos, ainda, encurtando o acesso a um especialista.

Ademais, o Direito à saúde se faz de extrema importância, posto que se encontra previsto na Constituição Federal brasileira, sendo de fundamental

importância social a permanência da utilização do serviço prestado pelo método da telemedicina na modalidade de teleconsulta.

No entanto, faz-se necessária a utilização de recursos seguros, para proteção tanto do profissional quanto do assistido, em virtude da vulnerabilidade no que diz respeito à privacidade das informações que são trocadas em meio virtual, visto que são muitos os meios frágeis disponíveis.

Dessa forma, o profissional, ao oferecer tal serviço, deve estar seguro e protegido, cumprindo todas as regulamentações impostas para a utilização desse serviço, bem como escolher um software seguro, visto que ao prestar esse serviço, recair-lhe-ão todas as responsabilidades do atendimento presencial, podendo, portanto, responder em todas as esferas, judiciais e administrativas, pois o profissional tem o dever de transmitir segurança ao paciente, visto que este lhe deposita total confiança ao compartilhar seus dados; expõe todas as suas queixas no momento da consulta. Ainda, nessa relação contratual, as partes fazem compartilhamento eletrônico de exames médicos, por vezes de prontuários clínicos, receitas, atestados e outros, os quais devem ser protegidos pelo sigilo profissional e ser guardados de forma segura, oferecendo a devida proteção dos dados, conforme exigência da Lei Geral de Proteção de Dados, devendo o profissional seguir a rigor todos os mandamentos, sob pena de responsabilização nos termos da lei.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Nota Técnica n. 6/2020, de 20 de março de 2020.** Adoção de medidas extraordinárias no âmbito da ANS para contenção da disseminação do covid-19. Brasília, DF, 20 de abril. 2020. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/NT_6.pdf. Acesso em 22 de maio de 2020.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica**: comentado e interpretado. São Paulo: Cia do Ebook, 2018. Disponível em: <http://www.saude.ufpr.br/portal/epmufpr/wp-content/uploads/sites/42/2019/05/CEM-2018-EDMILSON-PROTEGIDO.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2020.

BOLETIM JURÍDICO. **Hospital é condenado por falha na guarda de informação de paciente**. Brasília, 26 de abril 2021. Disponível em: http://boletim-juridico.publicacoesonline.com.br/hospital-e-condenado-por-falha-na-guarda-de-informacao-de-paciente/?utm_source=boletimjuridico&utm_medium=click&utm_content=hospital-e-condenado-por-falha-na-guarda-de-informacao-de-paciente. Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 13.079, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **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: 25 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 fev. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.989, de 15 de abril de 2020. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 abr. 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 30 set. 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, fev. 2020c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Portaria n. 356, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 mar. 2020d. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/1138/o/PORTARIA_N%C2%BA_356DE_11_DE_MAR%C3%87O_DE_2020_-_PORTARIA_N%C2%BA_356_DE_11_DE_MAR%C3%87O_DE_2020_-_DOU_-_Imprensa_Nacional.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Portaria n. 454, de 20 de março de 2020. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Brasília, DF, 20 mar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 mar. 2020e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt-454-20-ms.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Sigilo Profissional Resguardado n. RMS 9612 SP 1998/0022826-8. Relator: Cesar Asfor Rocha. São Paulo, 3 set. 1998. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 9612 SP 1998/0022826-8. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 1998. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469295/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-9612-sp-1998-0022826-8>. Acesso em: 18 maio 2020.

CAVET, Caroline Amadori; SCHULMAN, Gabriel. As violações de dados pessoais na telemedicina: tecnologia, proteção e reparação ao paciente 4.0. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. **Debates contemporâneos em direito médico e da saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Cap. 5.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: resolução CFM n. 1931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Ofício CFM n. 1756/2020**. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2020. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf. Acesso em: 22 mar. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-Consulta CFM n. 14/2017**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2017/14>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-Consulta CFM n. 31/97**. Brasília, DF, 1997. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/1997/31_1997.pdf. Acesso em: 5 maio. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.958/2010**. Define e regulamenta o ato da consulta médica, a possibilidade de sua complementação e reconhece que deve ser do médico assistente a identificação das hipóteses tipificadas nesta resolução. Brasília, DF, 10 jan. 2011. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1958_2010.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.227/2018**. Revogada. Define e disciplina a telemedicina como forma de prestação de serviços médicos mediados por tecnologia. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao222718.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.643/2002**. Brasília, DF: DOU, 2002. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1643_2002.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Consulta 56.905/97**. 1997. Disponível em: <http://cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=4550&tipo=PARECER &orgao=%20Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%EA3o%20Paulo&numero=56905&situacao=&data=00-00-1997>. Acesso em: 27 mar. 2020.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodium, 2020.

DECLARAÇÃO DE TEL AVIV. **Sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da Telemedicina**. (Adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999). Israel, 1999. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/27tela-viv.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Loyola, 2005.

FRANÇA, Genivaldo Veloso. **Direito Médico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

G1. **Nova falha de Ministério da Saúde expõe dados de 243 milhões de brasileiros na internet, diz jornal**. 02 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/12/02/nova-falha-do-ministerio-da-saude-expoe-dados-de-243-milhoes-de-brasileiros-na-internet-diz-jornal.ghtml>. Acesso em: 25 mar. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

GOTTSCHELL, Carlos Antonio Masia. **Medicina Hipocrática**: antes, durante e depois. Porto Alegre: Stampa, 2007. 68 p. Disponível em: https://cremers.org.br/pdf/medicina_hipocratica.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

KHOURI, Sumaia Georges. **Telemedicina**: análise da sua evolução no Brasil. 2003. 247 p. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5160/tde-24102007-143128/publico/sumaiagekhouri.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

LIMA, Claudio Marcio Amaral de Oliveira *et al.* Videoconferências: sistematização e experiências em telemedicina. **Radiologia Brasileira**, [s. l.], v. 40, n. 5, p. 341-344, out. 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0100-39842007000500012>. Acesso em: 10 maio 2020.

LUNG WEN, Chao. **Telemedicina**. São Paulo: USP, 2020. Entrevista em vídeo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jnmXmIPBFaM>. Acesso em: 27 mar. 2020.

MALDONADO, Jose Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antonio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt_1678-4464-csp-32-s2-e00155615.pdf. Acesso em: 6 maio 2020.

PIRES, Roberta Martins. Ética médica: segredo médico, bioética e direito. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76377/etica-medica-segredo-medico-bioetica-e-direito>. Acesso em: 25 mar. 2021.

QUEIROGA, Marcelo Antônio Cartaxo *et al.* **Diretrizes da Sociedade Brasileira de Cardiologia sobre Telemedicina na Cardiologia- 2019**. Sociedade Brasileira de Cardiologia. 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/abc/v113n5/pt_0066-782X-abc-113-05-1006.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Medicina e direito: dilemas da modernidade**. Terminalidade da vida, reprodução humana, novas relações de família, responsabilidade médica e saúde suplementar. Brasília, DF: CFM, 2019.

SILMONELLI, Osvaldo. Telemedicina em tempos de pandemia. *In*: KFOURINETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. **Debates contemporâneos em direito médico e da saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

STEINMAN, Milton *et al.* Impact of telemedicine in hospital culture and its consequences on quality of care and safety. **Einstein**, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 580- 586, 11 dez. 2015.

URTIGA, Keylla Sá; LOUZADA, Luiz A. C.; COSTA, Carmen Lúcia B. **Telemedicina**: uma visão geral do estado da arte. São Paulo: Universidade Federal de São Paulo, 2004. Disponível em: <http://telemedicina.unifesp.br/pub/sbis/cbis2004/trabalhos/arquivos/652.pdf>. Acesso em: 6 maio 2020.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica e seguro**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VINCULAÇÃO DOS PROGRAMAS DE GOVERNO ÀS LEIS ORÇAMENTÁRIAS: UMA BUSCA DA MORALIZAÇÃO E EFICIÊNCIA DAS PROPOSTAS ELEITORAIS

Franciani Alice Rizzi
Cristhian Magnus De Marco

RESUMO

Este artigo constrói um entendimento da importância da proposta de governo e sua efetiva aplicação, apresentando o plano de governo sob uma ótica histórica, sua relevância para o pleito eleitoral e, ainda, analisando criticamente se as propostas de governo apresentadas cabem no orçamento municipal e se atendem aos princípios da eficiência e moralidade pública. Ao final, exemplifica o tema por meio de uma análise crítica dos planos apresentados pelos eleitos nos municípios da região.

O método utilizado para sua produção foi o dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias, artigos científicos, bem como através da análise da legislação pátria, comparando-as com uma amostra de propostas de governo de mandatos já encerrados, resultando em uma análise crítica de tais proposições a luz do arcabouço estudado. Concluiu-se, que o modelo existente pouco contribui para alcançar seu objetivo e que mudanças simples no seu conteúdo podem melhorar significativamente esse contexto.

Palavras-chave: Programa de governo. Lei Orçamentária Anual. Plano Plurianual. Princípios da Administração Pública.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo buscará analisar a legislação que rege a elaboração dos programas de governo e o fato de inexistir obrigação de que eles efetivamente venham a ser executados, caso o proponente seja eleito. Tal estudo se dará levando em conta os princípios norteadores da administração pública, em conjunto com as regras de elaboração das Leis Orçamentárias,

e, ao final, fará uma análise das propostas de governos de eleitos para o executivo de Municípios da região.

A problemática atacada foi a de se verificar, de modo geral, se as propostas de governo estão em conformidade com o orçamento e arrecadação do Ente e se elas atendem aos princípios da Administração Pública.

A metodologia seguida foi a de estudar a legislação aplicável, verificando as interpretações dadas a elas pelas melhores doutrinas, com a verificação de programas de governo de candidatos eleitos, especialmente para constatar se as propostas apresentadas respeitam o regramento pátrio.

O objetivo principal do trabalho é alertar para a necessidade de qualificação das propostas eleitorais, de modo que reflitam as intenções dos candidatos, mas sem se divorciar da realidade fática do ente em que se pleiteia o cargo, respeitando os princípios administrativos, e sem captar votos com propostas inexecutáveis.

A principal conclusão encontrada foi a de que, atualmente, os programas de governo representam muito mais uma idealização dos candidatos somando a uma vontade de abarcar todas as esferas da sociedade, buscando demonstrar que o proponente irá resolver todos os problemas do ente, de modo a caracterizá-lo como a melhor opção dentre as disponíveis, do que efetivamente apresentam o que aquele futuro gestor pretende, e pode executar se eleito.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública brasileira é regida por uma série de normas, constitucionais e infraconstitucionais. Dentre as previstas na Constituição da República, merecem destaque os princípios descritos no artigo 37,

conforme redação dada pela emenda à Constituição número 19 de 1998 (BRASIL, 1988):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).

Além deles, conforme orienta Meirelles (2005, p. 87), existem os desdobramentos da Carta Magna que se materializam em outros princípios de observância permanente e obrigatória, quais sejam, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Esse conjunto de princípios norteia os atos administrativos e suas finalidades.

Sobre os princípios nos ensina Branco e Mendes, (2012, p. 982):

Neste passo, serão analisados os princípios constitucionais da administração pública, sempre tendo em mente que o princípio republicano é que deve nortear toda a densificação e interpretação das normas constitucionais estabelecidas pelo *caput* do art. 37 da Constituição de 1988. Não se olvide, contudo, que as normas constitucionais da administração Pública, embora apoiadas na ideia de *res publica*, não podem agredir os direitos fundamentais que protegem o cidadão contra posturas estatais que atentem contra o núcleo essencial de outros direitos constitucionalmente fixados.

Diante da grande relevância dada aos princípios neste ramo do direito público, dá-se a importância de estudá-los em espécies, sendo que destacaremos os princípios da Moralidade e Eficiência.

Sobre o Princípio da Legalidade Meirelles ensina que o administrador público, no cumprimento dos seus atos, não pode se afastar ou desviar dos mandamentos da lei, sob pena de responsabilização civil e criminal.

A Constituição da República de 1988 não determinou em seu texto um conceito para o princípio da legalidade, no entanto, por meio da análise das inúmeras aplicações por ela dada a este instituto, como na sua citação mais genérica no inciso II do artigo 5º, é possível compreender que a legalidade administrativa representa a ideia de que a administração pública no cumprimento dos seus atos, não pode se afastar ou desviar dos mandamentos da lei, sob pena de responsabilização civil e criminal (MEIRELLES, 2005, p. 87).

Observa-se então que este princípio possui aplicação diferente para a esfera particular e esfera pública. Para o primeiro é concedida autonomia da vontade, podendo fazer tudo aquilo que a lei não vedar, já ao segundo resta seguir estritamente o que o ordenamento vigente determinar, nunca em sentido contrário ou além de suas regras (LENZA, 2014, p. 1.412).

Sobre a abrangência desse princípio Alexandrino e Vicente (2014, p. 194-195), explicam que a legalidade é ampla considerando não apenas os diplomas legais propriamente ditos, mas ao ordenamento jurídico na sua totalidade, como os princípios, os decretos, as portarias, as instruções e pareceres normativos, o que é corroborado pela redação do inciso I do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 9.784/99.

Neste sentido Celso de Mello ensina: "o princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania." (MELLO, 2009, p. 89). E também Lenza (2014, p. 1412): "Confiar a atuação governamental aos parâmetros da lei, editada pelos representantes do povo, é trazer segurança e estabilidade, evitando, ainda, qualquer tipo de favoritismo por parte do administrador."

Portanto, do ponto de vista dos autores aqui apresentados, pela não demarcação conclusiva da legalidade na Carta Magna faz com que esse princípio tenha amplo alcance em sua aplicabilidade e nas instituições que por ele podem ser protegidas.

O segundo princípio arrolado pelo artigo 37, a impessoalidade, foi descrito por Meirelles (2005, p. 92), como o instituto ligado à finalidade do ato administrativo, que deve ter como principal e único objetivo o interesse público.

Dessa forma, para que ocorra o respeito a esse princípio, o administrador deve buscar a satisfação do interesse coletivo, sem corresponder ao atendimento de interesse exclusivo de determinado administrado ou administrador (ROSA, 2007, p. 14). Portanto, há uma finalidade geral, que é o interesse público, e uma específica, que nada mais é do que o fim imediato que a atuação busca, frisa-se que estas finalidades podem estar expressas ou implícitas em lei.

Outro ponto essencial a ser abordado diz respeito à imputação da atuação estatal, Paulo e Alexandrino (2014, p. 198) explicam que ela está ligada à vedação à pessoalização, ou à autopromoção do agente público, nas obras e ações realizadas pela administração pública. Tem como propósito, portanto, proibir a vinculação de atividades da administração ao administrador, evitando que se utilize a propaganda oficial para promoção pessoal.

Em sua obra, Direito Administrativo, Rosa (2007, p. 15), complementa o entendimento do instituto da impessoalidade demonstrando o aspecto da imputação da atuação do Estado, que, não pode ser atribuída ao servidor investido em cargo ou função, pois, a atuação nunca é da pessoa física, mas sim do ente ou órgão, prova disso, é que a imputação da responsabilidade civil recai sobre o Estado.

O terceiro aspecto desse princípio é a garantia de tratamento com isonomia ou equidade – tratar os iguais de forma igual e os desiguais de

forma desigual, na medida das suas desigualdades – os desdobramentos disso para a administração, é a obrigatoriedade da realização de concurso público para a contratação de pessoal e a exigência de licitar sem qualquer forma de favorecimento (MELLO, 2009, p. 532).

Compreende-se, diante do apresentado, que o princípio da impessoalidade é indispensável para o Estado Democrático de Direito, uma vez que limita o poder do administrador que somente pode buscar o bem de todos, e não interesses próprios ou favorecimentos direcionados aos seus administrados preferidos.

O princípio da publicidade possui dupla aplicabilidade, a primeira está ligada a eficácia dos atos da administração pública, os quais, para que produzam efeitos externos ou os que impliquem em ônus ao patrimônio público, necessitam da devida publicação em meios oficiais. A segunda se refere à necessidade de transparência da atuação administrativa.

Na explicação de Alexandrino e Paulo (2014, p. 201), a primeira acepção da publicidade está ligada à eficácia, ou seja, produção de efeitos do ato e não a sua validade, não sendo possível dizer sequer que o ato é perfeito enquanto não ocorrer a sua publicação.

Neste sentido, Meirelles (2004, p. 93-95) aponta que “a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade”, portanto, o início dos efeitos externos do ato se dará a partir da publicação oficial. A obrigatoriedade desta regra abrange toda atuação estatal que em regra apenas é exigida do ato concluído. Enfatiza o autor que:

A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular (...) ainda que em horário oficial. Por órgão oficial entendem-se não só o Diário Oficial das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais.

Para Alexandrino e Paulo (2014, p. 370), quando se refere a transparência, a publicidade advém do interesse público, que busca sempre, na forma mais ampla possível, o controle da administração pelo administrado, por essa razão todo ato deve ser motivado, com o intuito de possibilitar o controle da legitimidade, em sentido amplo, do ato pelos órgãos de controle e pela população em geral.

Portanto, o princípio da publicidade está relacionado diretamente ao controle da Administração Pública, pois, sendo seus atos, contratos e negócios públicos pode o particular impugná-los interna ou externamente (ROSA, 2007, p. 16).

Conclui-se então, pelas palavras de Nohara (2009, p. 21-22), "A publicidade é princípio básico da Administração Pública, que propicia a credibilidade pela transparência", para tanto, não basta apenas dar publicidade aos atos administrativos, mas também, que eles sejam de fácil compreensão, na medida do possível, e que o acesso a eles seja incentivado.

Por fim, como qualquer outro direito ou princípio, a publicidade não é absoluta, podendo ser mitigada ou abandonada, em situações específicas, como, por exemplo, quando em confronto com o direito à intimidade, existindo, nestes casos, inclusive, dever de sigilo (DI PIETRO, 2012, p. 72-73).

2.1 MORALIDADE

Na Constituição de 1988 foram inúmeras as citações a este princípio, além do *caput* do artigo 37, também encontramos a moralidade expressa nos artigos 5º, LXXIII, artigo 37, §4º e artigo 85, V.

O princípio da Moralidade, conforme orienta Castro (2013, p. 22), ultrapassa a barreira da legalidade, sua abrangência alcança a intenção subjetiva do administrador, a justiça de seus atos, a equidade, a busca pelo que os administrados percebem como ideia de honestidade e moralidade.

No mesmo sentido, para Di Pietro (2012, p. 79), os comportamentos ofensivos, a moral comum, implicam ofensa a este princípio, destaca também que a moralidade deve ser observada pelo particular ao se relacionar com a Administração Pública.

Em contraponto à ideia de Castro (2013), Di Pietro (2012) e Rosa (2007, p. 15), diante deste instituto, conceitua que:

A moralidade, como princípio, é de difícil conceituação e sugere sua dependência do princípio da legalidade. Mas ao expressá-lo o constituinte desejou dar-lhe conteúdo próprio e aplicável à Administração Pública. Diz-se, então, que a moral que guia o princípio não é a moral comum, mas a tirada da conduta interna da Administração. Significa dizer, a moral que se relaciona ao princípio é jurídica, e não subjetiva, ligada a outros princípios da própria Administração e aos princípios gerais de direito. Daí o divórcio possível entre ato legal e imoral (...).

Corroborando com o entendimento apresentado logo acima, Alexandrino e Paulo (2014, 196-197) observam que para obedecer ao princípio da moral administrativa, o cumprimento da lei não é suficiente, "É necessário que se atenda à letra e ao espírito da lei, que ao legal junte-se o ético." Para eles, a noção objetiva, apesar de não ser determinada, deve ter sua compreensão retirada unicamente do conjunto de normas expressas no ordenamento jurídico direcionados às condutas dos agentes públicos.

Resta claro que, de acordo com esta corrente, este princípio se refere ao conceito de moral e ética adotado pelo ordenamento vigente, e não aquele aceito e fomentado pela sociedade.

Mello (2015, p. 124), acrescenta sobre a não observância ao princípio da moralidade, que não é toda e qualquer afronta a moral social que poderá ser considerada como ofensiva a este princípio, mas somente aquela que

vier carregada de menosprezo a um bem juridicamente valorado. É, portanto, um agregador ao princípio da legalidade.

De outra banda, Gilmar e Mendes, (2012, p. 984), afirma que a moralidade tem pouca densidade jurídica quando comparada com o alcance normativo. Todavia, esclarece também, que isto não significa um retorno à pré-modernidade com o abandono dos critérios legais objetivos, mas tão somente a inclusão de uma dimensão ética aos atos públicos.

Mattos, (2012, p. 1132-1134), baliza tal princípio ao apontar que os atos do administrador público são voltados para o cumprimento de uma finalidade jurídica e pública, não podendo, ao tornar efetivas suas obrigações legais, tal agente, agir com inconstância ou instabilidade, alterando o padrão de suas decisões sem uma justificativa plausível e em conformidade com a ética.

Portanto, quando se trata do princípio da moralidade, existe divergência doutrinária quanto à sua infração no que concerne à moral comum, aquela legitimada pela sociedade, porém, pacífico que ocorre inobservância quando não for atendida a moral proveniente da interpretação em conjunto do ordenamento vigente.

De forma mais específica, no que concerne ao tema deste artigo, a Lei n. 9.504/97 prevê a obrigatoriedade da existência de um programa de governo, porém, nas regras atuais o mandatário, se eleito, não está vinculado a ele, uma vez que não há tal obrigação legal. Entretanto, em 53 municípios o legislador incluiu na sua respectiva Lei Orgânica tal previsão, transformando-a de um preceito moral de controle de promessas eleitorais em uma norma de observância obrigatória, de modo que a sua inobservância a tipifica como imoralidade e, conseqüentemente, passível de ação de improbidade administrativa (SERRANO, 2019, p. 77-78).

Como visto acima, para uma conduta configurar ofensa à moralidade administrativa, deve estar inserida no ordenamento jurídico. Assim, somente nos municípios que incorporaram às suas respectivas Leis Orgânicas a

vinculação ao programa de governo é que se torna possível, na seara da moralidade, a responsabilização daquele que não o executar.

2.2 EFICIÊNCIA

Adicionado à Constituição pela emenda n. 19/1998, o último dos cinco princípios norteadores da administração pública, idealizado e positivado, traz consigo a obrigação de que a atividade administrativa seja realizada com presteza, perfeição e rendimento, (MEIRELLES, 2004, p. 96). Dessa forma, com os recursos materiais, humanos e institucionais organizados de maneira racional, será uma consequência atingir a qualidade nos serviços públicos.

Contudo, em geral, as propostas de governo não se atentam aos ditames deste princípio, preocupando-se mais com a repercussão eleitoral imediata do que com a sua aplicação, deixando de lado um planejamento de longo prazo sobre qual a forma mais eficiente de se atingir determinado objetivo.

A eficiência nas atividades administrativas está ligada ao melhor resultado possível, dentro das condições apresentadas, e isso deve ocorrer de acordo com os padrões modernos de gestão e administração, buscando sempre evitar a burocratização, porém, sem deixar de cumprir com os preceitos legais (ROSA, 2007, p 17).

Neste mesmo sentido Di Pietro (2012, p. 84) apresenta dois aspectos do princípio da eficiência, em relação ao modo de atuação do agente público, o qual deverá ser desempenhado da melhor forma possível com a finalidade de atingir o resultado esperado, e ainda, o modo de estruturar e organizar a administração pública, que também deverá ter como seu objetivo principal os melhores resultados na prestação do serviço público.

Esse princípio, portanto, traduz a ideia do bom administrador, cuja atuação visa extrair os maiores e melhores resultados possíveis. Não se trata,

porém, de uma equação econômica em que a melhor alternativa decorre de uma análise estritamente financeira, pois o papel Estado é muito mais amplo implicando, nos termos da Constituição, em construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, neste sentido nos explica Edson Luís Kossamann (SERRANO, 2019, p. 72):

O Estado nunca poderá ser considerado eficiente se sua eficiência pautar-se somente no objetivo de atingir melhores resultados econômicos, numa simples equação matemática da maximização dos resultados pelo menor custo possível. Essa bem sucedida equação econômica não demonstra eficiência do Estado; pode, no máximo, demonstrar uma eficiente atuação gerencial-administrativa, mas não uma atuação eficiente do Estado, pois a sua função não se limita à eficiência econômica, sob o prisma gerencial. [...] Assim, o grau de eficiência do Estado está ligado, primeiro à estrutura que dispõe para o desenvolvimento de suas funções e atividades, seja essa estrutura material ou pessoal; e segundo, do correto e bom uso que é feito dessa estrutura, para o cumprimento integral e universal de suas funções. Portanto, é plenamente verificável que o grau de eficiência deve ser comparado diretamente à estrutura existente, conjugado com o seu correto uso. Estrutura escassa, que não possibilita o atendimento das demandas de forma universal, conjugado com o seu bom uso, pode ser no máximo entendido como eficiência do Estado. O Estado somente será eficiente se atender as necessidades sociais que lhe são impostas de forma satisfatória e universal.

Fica claro que com a inclusão deste princípio constitucional buscou-se ultrapassar a administração burocrática, baseada, sobretudo, pelo princípio da legalidade, que evidencia procedimentos complexos e demorados,

substituindo-os pela administração gerencial, com foco em trâmites simples e eficazes. Assim, daria ao princípio da eficiência um papel de gestão pública, em que o objetivo final poderia ser alcançado com o procedimento de formação do ato flexionado para atingir esse desígnio (SERRANO, 2019, p. 70).

Contudo, enquanto existiro atual modelo constitucional, é indispensável ao administrador público seguir a máxima do princípio da legalidade, buscando a implementação de uma administração desburocratizada como sinônimo de eficaz, mas sempre lembrando que a dita “burocracia” ainda é o meio mais transparente para lidar com a notória corrupção envolvendo recursos públicos. Enquanto este mal não for superado, impossível pensar em flexibilização de normas, ou procedimento, em nome de uma suposta eficiência em matéria de gestão pública (SERRANO, 2019, p. 70).

Villa explica a respeito desta oposição entre os princípios da legalidade e da eficiência:

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam apresentados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência. (VILLA, 2012, p. 84-85).

Nota-se que o objetivo principal deste princípio é que os cidadãos recebam um serviço público adequado sem, todavia, esquecer-se da legalidade. Seria, pois, a obrigação, no mínimo, daquele que pleiteia um cargo público eletivo ponderar, quando da elaboração do seu plano de governo, se a situação orçamentária do ente comporta a execução da proposição. Entretanto, a melhor aplicação não seria somente isto, seria que a proposta levasse em conta não somente o momento presente, e os anos logo na sequência, mas toda a vida do que se propõem.

Transferindo tal ideia para um fato já ocorrido, a aplicação da eficiência, deveria significar que quando da construção dos estádios que receberam a Copa do Mundo de 2014 teria sido levado em consideração o valor para erigir os estádios, seu custo de manutenção futuro, sua durabilidade, a utilização que teria etc.

Trata-se, portanto, de princípio incluído com intuito de modernizar os serviços públicos, no sentido de que retira do agente público a escusa de somente seguir a lei sem racionalidade. Obviamente não se divorciasse da legalidade, mas a eficiência elevou a nível constitucional a necessidade de se pensar, planejar e estudar antes de adotar qualquer medida, não basta somente ser legal, deve também ser a melhor forma de aplicar essa Lei.

3 PROPOSTA DE GOVERNO

A proposta de governo, também conhecido como plano de governo é um documento obrigatório para o registro de candidaturas eleitorais a cargos no executivo (Prefeito Municipal, Governador Estadual e Presidente da República), trata-se de documento extremamente importante para permitir ao eleitor escolher o candidato que melhor lhe representa, conforme será apresentado neste tópico (ANDREASSA, 2019).

3.1 CONCEITO

A proposta de governo é um documento no qual os candidatos a cargos do Executivo apresentam suas ideias basilares e as suas propostas para governar o Ente que se propõem a administrar. Foi incluído como documento obrigatório no rol do artigo 11, §1º, inciso IX, da Lei n. 9.504/97, pela Lei 12.034/2009, que ficou conhecida como minirreforma eleitoral, vejamos:

Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.

§ 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos:

(...)

IX - propostas defendidas pelo candidato a Prefeito, a Governador de Estado e a Presidente da República. (BRASIL, 2009a).

O propósito do registro de um documento, contendo o planejamento daquele candidato ao cargo de maior autoridade de um Ente, seja ele federal, estadual ou municipal, tem como finalidade principal demonstrar aos eleitores quais serão as prioridades do seu governo e, de que forma irá trabalhar para que seus objetivos sejam alcançados, sempre de acordo com a legalidade, impessoalidade, moralidade, respeitando a publicidade de seus atos e a eficiência, que são os princípios norteadores da administração pública, somente assim terá como resultado a satisfação do interesse público.

Tal documento não possui, estabelecido pela legislação, requisitos ou formatos específicos, sendo assim, cada candidato pode elaborar seu plano de governo nas formas, ordens e tamanhos que achar conveniente, ou suficiente para expor o que deseja.

Contudo, mesmo não tendo um formato padronizado, o plano registrado pelos candidatos possui algumas vedações, que estão dispostas no art. 41-A da Lei 9.504/97, que foi incluído pela Lei 9.840/99:

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990. (BRASIL, 1999).

Dentre as proibições citadas acima, destacamos a de prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, pois, essa conduta privilegia os candidatos com maior poder aquisitivo e com maior poder de controle da sociedade, como os grandes empregadores de uma região. Além disso, uma campanha eleitoral conduzida por meio da “compra de votos” foge totalmente da ideia de democracia, na qual a proposta que melhor atenda aos anseios da população deverá ser a vencedora.

Nota-se, assim, que além da inexistência de padronização legal, também não há qualquer vinculação entre o constante na proposta e o que o candidato eleito deve efetivamente executar.

Assim, abre-se espaço para apresentação de propostas genéricas, que acabam somente servindo para o eleitor ter uma ideia superficial do que o candidato ao cargo buscará realizar, porém sem ter, sequer, a possibilidade de fundamentar eventual cobrança sobre o candidato tomando por base o proposto naquele documento.

Outro aspecto da Proposta de Governo que deveria possuir especial importância, mas que igualmente é ignorado pela legislação, é a forma de sua

elaboração, no que tange visar atender às necessidades e limites técnicos de uma Lei Orçamentária, visto que, caso seja este candidato o escolhido, este deverá, com a ajuda do corpo técnico do Ente, elaborar o planejamento de longo, médio e curto prazo para executar suas propostas (NEVES, 2017, p. 80).

Apesar de, atualmente, não ser exigido do candidato o conhecimento técnico para elaborar um plano governamental que atenda às prerrogativas de uma Lei orçamentária, é com a análise desse aspecto que se pode alegar que sua proposta tem como objetivo angariar votos, sem conteúdo viável para ser executado dentro dos ditames legais e morais. A exequidade das ações previstas é fundamental para uma campanha justa, caso contrário o céu é o limite.

Ou seja, ao se limitar a formulação das propostas à disponibilidade financeira e orçamentária do Ente, possibilita-se que se apresentem imagens que jamais sairão do campo das ideias.

Nem mesmo as obrigações constitucionais básicas, estabelecidas nas cláusulas pétreas, precisam ser respeitadas na elaboração das propostas.

Em suma, o candidato pode propor ao seu bel prazer, mesmo sabendo que não poderá executar o que se propõem caso eleito.

Mas mesmo quando as formulações são minimamente factíveis, muitas vezes acabam não sendo postas em prática. São vários os motivos que levam a não execução de uma proposta, os mais recorrentes são: por insuficiência de recursos públicos; por falta ou inadequado planejamento; por simples negligência do agente político e; por acordo com a nova base aliada ou redirecionamento das políticas públicas por fatores supervenientes (NEVES, 2017, p. 79).

A falta de recurso financeiro, sempre muito apontada como causa de não execução do planejamento antes idealizado, decorre da falta de conhecimento da arrecadação do Ente e de suas obrigações legais, como a porcentagem obrigatória que deve ser aplicada em saúde e educação, por exemplo. Como já mencionado, não é exigido do candidato o conhecimento

técnico, mas o que se vê é uma corrida pelo poder e reconhecimento público sem sequer preocupar-se com a assessoria adequada (NEVES, 2017, p. 80).

Uma das ferramentas que permite aos candidatos e suas respectivas equipes ficarem tomarem conhecimento da real situação do Ente são os portais de transparência pública, neles é possível verificar como se comporta a arrecadação do Ente, a execução do orçamento, o andamento das eventuais obras que estão sendo realizadas, além dos gastos com pessoal, que possuem uma limitação frente à receita arrecadada.

Outra forma muito eficiente de acompanhar os trabalhos dos governantes, a fim de subsidiar uma futura proposta de governo, são as audiências públicas, elas possuem um cronograma definido em Lei e nada mais são do que mecanismos criados para que a administração divulgue seus projetos, no caso da apresentação das Leis Orçamentárias, e de prestação de contas, como na exposição do cumprimento das metas fiscais.

Tanto um quanto o outro são de natureza pública e, portanto, devem ser apresentados de forma clara e de fácil compreensão, que não deixem pontos obscuros e, mesmo que isso ocorra, pode-se fazer um pedido de informação por meio do legislativo ou diretamente no executivo com a finalidade de esclarecer eventual dúvida.

Ambas se tratam de mecanismos facilitadores, que se bem utilizados podem contornar a falta de conhecimento técnico e permitem uma continuidade dos projetos realizados que estão atendendo de maneira satisfatória as necessidades da população e de corrigir as falhas nos demais.

No que tange ao planejamento deste documento, é importante que seu conteúdo demonstre o grau de importância de cada uma das ações daquele pretense governante e quais são suas prioridades, dessa forma será possível ao eleitor julgar de forma objetiva as ideias postas e, caso eleito, medir a sua efetiva execução (FURTADO apud NEVES, 2017, p. 81).

Neste sentido, o que se busca é que os proponentes apresentem objetivos condizentes com a realidade. Neves dedica uma seção de sua

pesquisa para tratar do princípio da boa-fé objetiva em face das promessas eleitorais, vejamos a sua conclusão quanto ao tema:

A posição do candidato, cujas propostas defendidas foram registradas na Justiça Eleitoral, pelo princípio da boa-fé objetiva, pauta-se como legítimas e goza de inteira presunção de legalidade, gerando em contrapartida com os respectivos eleitores legítimas expectativas pela confiança gerada pelos atos e ações de cidadãos que o Estado cotejando os requisitos, aceitou o registro daquele que quis candidatar-se a cargo eletivo, no âmbito do Poder Executivo. Não se pode extrair outra interpretação desse conjunto de atos diante do Estado Democrático de Direito, senão, o atendimento daquelas promessas laboradas no decorrer da campanha eleitoral, positivadas quando do seu registro na Justiça Eleitoral. (NEVES, 2017, p. 74).

De outro norte, há que se considerar também a cultura criada em torno das eleições no país, na qual é dito, no jargão popular, que o povo brasileiro não possui memória, e por isso vota errado levando a história de fraudes, desvios e corrupções a se repetir desde o remoto período do império.

Para que se inicie uma tradição de fiscalização para efetivo cumprimento das promessas eleitorais é necessário que essa demanda parta da população, que a indignação se transforme em ato de enfrentamento e busca pelo direito não atendido, sendo que ao se exigir que as propostas de governo sejam condizentes com a realidade possibilita-se um poderoso instrumento de cobrança por parte da população.

3.2 HISTÓRICO

A experiência das eleições em terras brasileiras remonta ao descobrimento, devido a uma tradição portuguesa de eleger os administradores dos povoados sob seu domínio que tinha como objetivo

escolher aqueles que iriam governar as vilas e cidades que eram fundadas. Sob essa égide, foi realizada a primeira eleição de que se tem registro no Brasil, em 1532, para eleger o Conselho Municipal da Vila de São Vicente-SP (TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PIAUÍ, 2020).

Apesar deste histórico vasto no campo da prática, foi somente em 1932 que foi editado o primeiro Código Eleitoral, pelo Decreto n. 21.076, como inovações para época, como o voto feminino, e outras que podem ser consideradas modernas até hoje, como o uso da “máquina de votar” que dispensava a cédula de papel (art. 58, 15º) (BRASIL, 1932).

A Lei Eleitoral passou por várias modificações e somente em 1965 entrou em vigor o atual Código Eleitoral – Lei n. 4.737/65 - que foi sendo reformado para se adequar às necessidades de cada período como pelas seguintes Leis: dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995), das Eleições (Lei n. 9.504/1997), das Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/1990), da Minirreforma Eleitoral (Lei n. 12.034/09) e da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010) (BRASIL, 2014).

Foi nesta seara de atualizações da legislação eleitoral que o Projeto de Lei n. 5.498/2009 que visava introduzir no ordenamento jurídico brasileiro, entre outras regras, a obrigatoriedade da apresentação do plano de governo foi protocolado pelo então Deputado Federal pelo PMDB do Rio Grande do Norte, Henrique Eduardo Alves e outros. A finalidade do Projeto de Lei, intitulado como Minirreforma Eleitoral, era o aperfeiçoamento das normas que disciplinam as eleições no País (BRASIL, 2009b).

O citado Projeto de Lei foi encaminhado para votação e acabou por ser aprovado no legislativo e, após sancionado pelo executivo, se tornou a Lei n. 12.034/2009 que tem como objeto “Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.”.

Dentre as novas obrigações aos candidatos inseridas nesta alteração legislativa, podemos destacar o programa, plano, ou ainda proposta de governo, que se trata de um documento no qual os candidatos a cargos do Executivo (prefeito, governador e presidente) informam suas principais ideias e propostas para administrar o local que se propõem a governar.

A sua apresentação tem caráter obrigatório, pois se encontra inserida no inciso IX, do §1º, do artigo 11 da Lei n. 9.054/1997, que trata dos registros das candidaturas e os seus prazos, de modo que, caso o candidato não apresente sua proposta de governo, não será habilitado a participar da eleição.

Cabe observar que não são exigidos requisitos ou formatos específicos. Assim, cada candidato pode elaborar seu plano de governo com formas, ordens, tamanhos e níveis de detalhamento que lhe convenha, ou seja, não há qualquer regramento que determine que as propostas precisam ser necessariamente, factíveis, tampouco há previsão de mecanismos que permitam aos demais candidatos impugnarem as promessas dos seus concorrentes (BRASIL, 1997).

Este aparente descaso com o tema pode ser explicado pela forma como a Lei n. 12.034/2009 nasceu.

A justificativa do Projeto de Lei n. 5.498/2009 elenca os pontos mais importantes e, portanto, os mais debatidos pelos Deputados Federais que compunham a Câmara Legislativa naquele momento, como pode ser observado a seguir, a proposta de governo sequer faz parte desse rol:

1. Uso da Internet;
2. Definição do conceito de quitação eleitoral;
3. Inelegibilidade;
4. Prazo para julgamento de registro de candidatura;
5. Arrecadação de recursos e gastos no começo da campanha;
6. Débitos de campanha;
7. Recursos ao TSE;

8. Prazos para representação;
9. Estabelecimento do valor da multa em razão do potencial lesivo da conduta praticada em desconformidade com a lei, visando evitar injustiças contra candidatos;
10. Definição mais clara do que caracteriza propaganda eleitoral antecipada;
11. Bonecos, cartazes, cavaletes móveis;
12. Pagamento de material impresso;
13. Maior controle contra campanha “suja” na TV;
14. Definição de regras para debates;
15. Agilização do julgamento dos processos. (BRASIL, 2009b).

A inclusão da obrigatoriedade de apresentação da proposta de governo, por parte dos candidatos ao executivo, federal, estadual e municipal não foi um tema amplamente discutido na criação do projeto, o que pode ser entendido como algo já pacificado, ou então, como um tema de pouca relevância, já que, sequer fez parte de um rol dos quinze temas mais debatidos (BRASIL, 2009b).

No Senado Federal, casa revisora do projeto citado, foram propostas 138 emendas ao texto inicial, mas nenhuma delas interferiu de qualquer maneira no que se refere ao ponto da proposta de governo, nem mesmo os vetos presidenciais foram relevantes para este tema (BRASIL, 2009b).

Deste modo, o que se constata é que a obrigatoriedade da existência de um programa de governo, foi inserida no ordenamento pátrio sem maiores debates, quase como um simples acessório de pouca relevância. Todavia, isto aparenta estar em contrariedade com o mundo fático, onde tal instrumento tem ganhado relevância, ao ponto de discutirem-se propostas de emenda à Constituição da República para tornar não somente a sua existência obrigatória, mas para que seu conteúdo seja vinculativo ao candidato eleito, Vejamos alguns exemplos.

No ano de 2004, o então deputado Wladimir Costa do PMDB do Estado do Pará, propôs uma alteração no Código Eleitoral Brasileiro, por meio da PEC 3.453, com a finalidade de tornar crime o “estelionato eleitoral”. Para isso, o candidato que prometeu em campanha algum projeto que soubesse ou devesse saber que era inviável, teria uma pena de dois meses a um ano de detenção e ainda pagamento de uma multa no valor de R\$20.000,00 a R\$50.000,00. No julgamento pela Câmara dos deputados o projeto foi considerado inconstitucional e sem fundamento jurídico (SOUZA, 2016).

Com o mesmo objetivo, Nilson Leitão do PSDB do estado do Mato Grosso, apresentou em 2012 o PL 4.523, defendendo a alteração do Código Penal, para que o estelionato eleitoral fosse tipificado e que sua pena fosse à mesma cominada para as outras formas de estelionato já existentes naquela lei, reclusão de um a cinco anos e multa. Esse projeto também foi julgado inconstitucional pela Câmara dos Deputados (SOUZA, 2016).

Ainda em tramitação no Congresso temos o Projeto de Lei Complementar 118/2015, nele o deputado Índio da Costa do PSD do Rio de Janeiro propõe incluir aos candidatos às eleições proporcionais a obrigatoriedade do registro de proposta junto à Justiça Eleitoral. Como punição para os que não cumprirem pelo menos 50% das promessas registradas, será determinada a inelegibilidade na próxima eleição, este já passou pela CCJ e aguarda a aprovação no plenário da Câmara (SOUZA, 2016).

Outra PEC que se mantém em tramitação na Câmara dos Deputados é a 10/2011, que por ter seu conteúdo diretamente relacionado à proposta desse artigo terá seu conteúdo desenvolvido no próximo tópico.

3.3 PEC 10/11

Pouco tempo depois da aprovação da Lei n. 12.034/2009, o Deputado Federal Luiz Fernando Machado (PSDB-SP), apresentou junto a Câmara Legislativa o Projeto de Emenda à Constituição n. 10/2011, seu intuito é

a alteração dos artigos 28, 29 e 84 da Constituição da República (BRASIL, 2011).

Importante, neste ponto, abrir-se um parêntese para apontar o assunto abordado por cada um dos artigos.

O art. 28 é destinado à normatização geral da eleição dos governadores e vice-governadores dos estados brasileiros.

O art. 29 determina que o município deve ser regido por Lei Orgânica, a forma de votação desta Lei e ao longo dos seus quatorze incisos, enumera as regras gerais para a eleição municipal.

Já o art. 84, é o que trata das atribuições do Presidente da República.

As alterações propostas pelo então deputado, Sr. Luiz Fernando Machado, trazem em seu cerne a vinculação das propostas de governo apresentadas pelos candidatos ao executivo durante a campanha eleitoral, ao programa de metas, que compõe o Plano Plurianual e a obrigatoriedade de sua efetiva realização.

A justificação da Proposta de Emenda à Constituição da República n. 10/2011 é sucinta e clara quanto ao seu objetivo, ressalta o Plano de Metas como um eficiente instrumento de gestão democrática e transparente:

[...] tem por finalidade acrescentar dispositivos a nossa Lei Maior para instituir a obrigatoriedade de elaboração e cumprimento do plano de metas pelo Poder Executivo Estadual, Municipal e Federal, de acordo com as promessas de campanha que foram devidamente registradas na Justiça Eleitoral. É sabido que durante o processo eleitoral, muitos projetos, programas e planos de governo são apresentados aos eleitores para angariar votos, mas, depois, na prática, as ações são executadas de forma contrária e sem a participação e fiscalização da população. [...] Essa medida evitará a decepção dos eleitores, pois, na prática, as ações declaradas no processo eleitoral - e que na maioria das vezes são responsáveis para cooptar o voto do eleitor - acabam não sendo colocadas em prática pelo Presidente,

Governador ou Prefeito, pelas mais diferentes razões. A ideia é obrigar o candidato a adotar uma postura de responsabilidade eleitoral, ajustando as suas promessas de campanha ao seu plano de gestão. [...] Diante da importância do plano de metas, o seu não cumprimento até final de mandato, sem justificção, deixará inelegível o titular do mandato para a eleição seguinte. (BRASIL, 2011).

Para melhor compreensão do objeto deste Projeto de Emenda à Constituição, e suas consequências, faz-se necessário o entendimento do que é um o Plano Plurianual e do que trata a Lei de Responsabilidade Fiscal, ao que passamos a seguir.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, também conhecida como Lei Complementar n. 101/00, foi aprovada no ano 2000 pelo Congresso Nacional, e representa um instrumento para auxiliar os governantes a gerir os recursos públicos dentro de um marco de regras claras e precisas, as regras estabelecidas são voltadas para a boa gestão dos recursos públicos, seu principal objetivo é assegurar a saúde financeira das contas públicas. Para isso, estabelece a necessidade de fixação de metas fiscais, metas para receitas, para despesas, para a diferença entre elas, para a dívida, entre outras. Essas metas têm o objetivo de garantir o cumprimento de obrigações relativas a despesas e empréstimos, bem como a sustentabilidade das finanças públicas durante vários exercícios.

Além disso, a Lei consagra a transparência da gestão como mecanismo de controle social, através da publicação de relatórios e demonstrativos da execução orçamentária, apresentando ao contribuinte a utilização dos recursos que ele coloca à disposição dos governantes (BRASIL, 2020).

Já o Plano Plurianual ou PPA é uma Lei que tem validade quadrienal, portanto que precisa ser proposta novamente a cada quatro anos, prevista no art. 165 da Constituição Federal, sua regulamentação se deu pelo Decreto n. 2.829/98. Trata-se de um plano de médio prazo, que estabelece as

diretrizes, objetivos e metas, principalmente na esfera financeira, a serem seguidos por esse período.

Por meio desse plano será possível identificar as prioridades da gestão, e, principalmente, os investimentos de maior porte.

O projeto de PPA é encaminhado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo, seja ele municipal, estadual ou federal, até 31 de agosto do primeiro ano de cada governo, mas ele só começa a valer no ano seguinte e sua vigência termina no final do primeiro ano do governo seguinte, quando o novo Plano Plurianual deve ser apresentado, repetindo-se o ciclo acima descrito (BRASIL, 2020).

4 DA VINCULAÇÃO DO PLANO DE GOVERNO AO PPA

Nota-se que estes dois instrumentos legais em separado têm uma grande importância, um para o planejamento financeiro da administração pública e para possibilitar aos eleitores tomarem conhecimento das propostas dos candidatos.

Contudo, ao não existir vinculação entre ambas se permite que o candidato produza seu plano de governo unicamente com intenção de angariar votos e depois, caso eleito, elabore o PPA sem qualquer limitação, ou vinculação, às propostas apresentadas.

Tal conduta é denominada por alguns estudiosos do assunto como Estelionato Eleitoral, seu conceito é da ciência política, utilizado para descrever a conduta de candidatos que se elegeram dentro de uma determinada raiz ideológica, com um plano governo baseado nessa forma de pensar, contudo, após eleito, muda seus projetos completamente, não mais atendendo aos anseios da maioria que o elegeu (SOUZA, 2016).

A aprovação desta PEC poderá transformar em realidade o que já deveria ocorrer normalmente, o cumprimento das promessas de campanha deveria ser uma busca constante do poder executivo, simplesmente em

nome da moralidade pública. As propostas apresentadas precisam estar de acordo com a legalidade, com as receitas e com as reais necessidades da população, mas para isso ocorrer é fundamental que o candidato e sua equipe tenham o conhecimento da situação financeira do município, para que cada ação apresentada no pleito tenha sua receita já programada, caso contrário, nunca passará de um projeto sem qualquer possibilidade de execução.

4.1 RECEITA

A receita é a parte do orçamento público na qual se estima quanto o ente poderá arrecadar de recurso financeiro dentro daquele período determinado, essa estimativa deve considerar as receitas correntes e de capital.

Na receita corrente consideram-se a tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e as de transferências oriundas de recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado (SÃO PAULO, 2021, p. 2).

Sendo que, do valor arrecadado, o art. 212 da Constituição Federal de 1988, determina que os municípios devam aplicar no mínimo 25% de sua receita proveniente de impostos e transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Porém, a base para os cálculos dessa porcentagem não é a estimativa da receita, mas sim da Receita Corrente Líquida.

O professor Toledo Júnior (2001, p. 2) conceitua a RCL nos seguintes termos:

Segundo a LRF, receita corrente líquida é a soma de doze meses de receita, a do mês de apuração e a dos onze anteriores, excluídas as duplicidades. Assim, quando a Lei 101 fala em RCL há que se entender, sempre, um agregado de doze meses de receita efetivamente arrecadada, os quais, para efeito das avaliações

periódicas de gastos de pessoal, de estoque da dívida etc., não coincidem, no mais das vezes, com o exercício financeiro. E, só poderia ser assim, visto que essas apurações devem balizar-se em dados de realidade, de execução e, não de projeção anualizada, que pode, ou não, ser realizar. Dessa forma, não há que se falar em RCL de um mês, de três ou de seis meses, mas, tão -só, de 12 meses.

Já as receitas de capital, são aquelas provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos, e os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado. Tais como a alienação de bens inservíveis, venda de títulos do tesouro (SÃO PAULO, 2021, p. 5).

No que tange ao plano de governo, o que se percebe em geral é a falta de conhecimento desse instituto ou ainda, a ignorância intencional, o que leva o eleitor a acreditar que um projeto super inflado de propostas grandiosas é passível de execução, quando na verdade trata-se de promessas inexecutáveis.

4.2 DESPESA

Dentro do orçamento público, a parte destinada à fixação da despesa é a que mais se relaciona com o tema deste artigo, visto que é nesse momento que o chefe do executivo deverá transformar seu plano de governo em metas objetivas a serem buscadas, de forma planejada e de acordo com as prioridades dos contribuintes.

A Lei 4.320/64 em seu artigo 13 nos traz o esquema de divisão de despesas que deve ser aplicado na execução das despesas públicas, que da mesma forma que a receita, precisa separar as correntes das de capital. Sendo aquelas as relativas à manutenção das atividades, como pagamento de pessoal, aquisição de bens de consumo, e essas as de aquisição de bens

patrimoniais, quais sejam, construções de novos prédios, ou melhorias significativas, aquisição de veículos e demais bens que possuam uma vida útil superior a dois anos (BRASIL, 2021).

As despesas fixadas no orçamento público precisam obedecer a expectativa de receita, dessa forma o orçamento estará equilibrado e irá para a casa legislativa para aprovação daquela casa.

5 ANÁLISE CRÍTICA

Neste tópico o objetivo é apresentar os programas de governo registrados pelos candidatos eleitos ao poder executivo municipal dos municípios de Herval D'Oeste, Joaçaba e Luzerna nas eleições de 2012, fazendo uma correspondência com a matéria abordada neste artigo.

5.1 HERVAL D' OESTE

A proposta apresentada pela Coligação "Herval D'Oeste não pode parar", possui três páginas e nelas estão dispostos os projetos para as áreas de Assistência Social, Educação, Esporte, Cultura, Saúde, Infraestrutura, Agricultura e Gestão. Os verbos utilizados para expor as ideias dos candidatos são bastante variados, vão desde construir e fazer, mais objetivos e de fácil mensuração, até o incentivar e melhorar, que por sua característica subjetiva torna mais difícil uma análise quantitativa e qualitativa (BRASIL, 2012).

Tomemos como exemplo de simples mensuração quantitativa o disposto no item Infraestrutura: "Atingir 100% da implantação da rede de saneamento básico (água e esgoto) no perímetro urbano", e como exemplo de promessa subjetiva "Incentivar os investimentos nos setores ligados ao turismo" (BRASIL, 2012).

Na primeira proposta é possível verificar que caso ela fosse vinculada ao PPA e este, por sua vez, tivesse seu cumprimento obrigatório sem

qualquer possibilidade de alteração durante o quadriênio a que foi submetido, teríamos um caso de responsabilização do prefeito por parte dos órgãos fiscalizadores, haja vista que o comprometimento do orçamento arrecadado no período seria demasiado alto por se tratar de uma obra de infraestrutura de grande proporção (NEVES, 2017, p. 80).

No segundo exemplo apresentado, as possibilidades de incentivo são tão diversas que não proporcionam a possibilidade de mensuração, nem quanto ao valor despendido, se é suficiente para tal área ou se a forma que foi feito era a opção mais viável para a situação do turismo local. Dessa forma, uma eventual fiscalização se torna inviável, pois, apesar da necessidade de se considerar a discricionariedade do gestor, será preciso analisar a efetividade da proposta por meio de parâmetros iguais e objetivos, mantendo assim a impessoalidade e a isonomia (MELLO, 2010, p. 532).

Analisando essas promessas à luz dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, observa-se que se comprometer em atingir 100% da população com rede de saneamento básico, em um município com cerca 25 mil habitantes, que possui um relevo bastante acidentado, com possíveis áreas de habitações irregulares só pode ser imoralidade ou incompetência, falta de conhecimento, de quem a fez, ou ainda, a garantia de que sua promessa jamais poderá ser cobrada de forma efetiva.

No que tange à eficiência, quem poderá garantir que o incentivo será suficiente para que aconteçam investimentos no turismo local? Já que sequer se tem um plano que diga qual será o incentivo.

Observando a proposta de modo geral, vemos que os proponentes elencaram os mais diversos setores que o executivo deve atuar, porém, de maneira superficial e com pouco comprometimento, o que pode significar que tais promessas não foram previamente estudadas com base no orçamento previsto, mas sim, descritas ali com a finalidade de abarcar as necessidades da maioria dos eleitores, e consequentemente captar seus votos, sem garantias de que serão atendidos.

5.2 JOAÇABA

Em sua proposta bastante prolixa a coligação "Joaçaba no rumo certo", apresentou seus projetos com um grau de detalhamento maior que os outros dois municípios aqui considerados, contando com uma introdução na qual foram utilizados termos como sustentabilidade, crescimento, metas, foco, resultados, eficácia e transparência (BRASIL, 2012).

Essa descrição pormenorizada das ações tem muita importância quando o assunto é eficiência, pois traz uma facilidade na mensuração do cumprimento dessas promessas, o próprio munícipe tem condições de, durante ou ao final do mandato, buscar o plano apresentado e comparar com o trabalho efetivamente realizado.

Outro ponto positivo são as ações de gestão, como por exemplo: "Reestruturar os fluxos dos setores relacionados à Secretaria de Finanças", o qual demonstra uma preocupação com o funcionamento eficiente dos setores internos da prefeitura, sendo que isso reflete diretamente no serviço prestado ao cidadão, uma vez que, melhorando a comunicação interna pode ser evitada a burocracia, já tão criticada, porém necessária em alguns casos (BRASIL, 2012).

Uma crítica negativa a esse modelo de plano de governo é quanto a sua moralidade, visto que, por trazer grandes projetos de infraestrutura que dependem de recursos financeiros vultosos é bem provável que não serão iniciados ou realizados por completo (CASTRO, 2013, p. 22).

Da mesma maneira que o plano anterior, este também se utiliza de termos subjetivos para apresentar a maioria das propostas, o que o difere do anterior é sua pormenorização, que traz com ela um maior comprometimento.

5.3 LUZERNA

A coligação “Renova Luzerna”, cadastrou junto à Justiça Eleitoral um documento de uma página, no qual explica que as propostas e ações ainda serão definidas juntamente com a população e os partidos, e que cópias serão distribuídas nas moradias dos eleitores para conhecimento destas (BRASIL, 2012).

Esse documento demonstra o que acontece quando o legislativo aprova leis ineficazes. Por não ter uma forma nem conteúdo obrigatório, a proposta apresentada por eles é válida, porém, não cumpre seu objetivo, que é o de informar aos eleitores quais serão os projetos desenvolvidos para o benefício da população com os tributos pagos pelos cidadãos (NOVELINO, 2008, p. 130).

Tal situação pode revelar diversos cenários, que variam desde uma total falta de preparação dessa coligação, de seus participantes e assessores, que sequer tinham conhecimento dessa obrigação e dos anseios da população, ou o descaso com o processo eleitoral, por saberem que basta o cadastro de um documento, não importando seu conteúdo, ou ainda, uma indecisão quanto ao que é prioridade para o município naquele momento.

É sempre válida a tentativa de criar um projeto em conjunto com a população, trata-se nesse caso do orçamento participativo, que pode ser desenvolvido durante o mandato, no momento da construção da Lei Orçamentária Anual, a qual deve seguir as metas já relacionadas no PPA. No entanto, isso não substitui o programa de governo, este manifesta os planos do grupo que almeja estar à frente da administração do município e seu objetivo é convencer os eleitores de que a sua proposta é a melhor (WAMPLES 2014, p. 67).

Diante das três propostas aqui apresentadas é possível perceber que existem diferenças significativas entre elas, mas não sabemos qual é a mais benéfica para a população, porque da forma como são apresentadas não são

passíveis de uma análise quanto a sua eficiência e nem se estão de acordo com a moralidade pública, visto que não seguem regras pré-estabelecidas com esse fim, elas apenas têm a obrigatoriedade de existir, não importa como e nem o motivo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da vinculação do programa de governo às leis de controle administrativo proposto nesse artigo possui abrangência em diversas áreas do Direito, principalmente no Direito Eleitoral, Administrativo e Constitucional, inclui também conceitos provenientes da contabilidade pública o que torna difícil de reduzir em alguns parágrafos.

Conforme demonstrado nas análises de casos verídicos, os candidatos nem sempre consideram a importância do plano de governo, isso ocorre por falta de uma regra clara do que deve conter nesse plano e de uma consequência punitiva na não observância desse conteúdo.

Ao iniciar esse artigo foi considerado mensurar a execução dos projetos apresentados nos municípios analisados, no entanto, observou-se que grande parte do que se propõe não é passível de uma medição com números absolutos ou relativos. As obras de infraestrutura até podem ser medidas, mas existem projetos de melhoramentos e incentivos que não se pode resumir apenas em números.

Diante de tal dificuldade chegou-se ao entendimento que para os órgãos fiscalizadores, mesmo com sua ampla capacidade técnica, também existiriam adversidades para estipular uma métrica do que é considerado como projeto executado e do que não teria seu objetivo plenamente atingido, portanto, passível de punição.

Considerando que a legislação obriga o candidato a apresentar um projeto, mas não indica seus parâmetros, uma alternativa à hipótese inicial

seria determinar elementos mínimos para a apresentação de um projeto válido perante o Tribunal Superior Eleitoral.

Levando em conta o que foi estudado é possível observar que os programas não levam em conta a arrecadação dos municípios, nem possuem projetos prioritários, tais aspectos, se passassem a ser obrigatórios poderiam contribuir de forma positiva para que projetos mais realistas e exequíveis fossem apresentados.

A previsão de receita que aparece nas Leis Orçamentárias no ano de eleição pode servir de base para iniciar o planejamento, outro ponto que merece atenção são as despesas de manutenção, pois elas consomem boa parte da arrecadação, portanto, as despesas de capital só podem ocorrer com o que sobra desse valor. Caso o plano de governo sustente ideias para o aumento da arrecadação, poderá adicionar mais despesas na mesma proporção.

Nem sempre o candidato escolhido pelos partidos e coligações é o que possui maior capacidade técnica para desenvolver um bom projeto, na maioria das vezes o escolhido é o que possui mais acesso às diversas camadas da sociedade, para assim conseguir o maior número de votos. Isso não deve ser um impeditivo para um bom planejamento, para tanto, basta que se cerque de um corpo de assessores com amplo conhecimento das áreas técnico e de gestão de recursos.

Vale pontuar aqui também que para uma boa gestão dos recursos públicos não é preciso que sobre dinheiro ao final do mandato, não se confunde com gestão privada, onde o objetivo é o lucro, a meta a ser alcançada é a de utilizar os recursos disponíveis para desenvolver políticas públicas que atendam as necessidades dos habitantes de forma eficiente.

Como última colocação, acrescentamos que de nada adianta aprovar um projeto de lei que vise vincular o plano de governo às leis orçamentárias se não for possível verificar sua real execução, há que se considerar a discricionariedade do poder executivo, e ainda os percalços que podem

ocorrer, como a pandemia atual, que modificam consideravelmente algumas expectativas de receitas e interferem diretamente no andamento das obras e serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014.

ANDREASSA, Luiz. **O que é um plano de governo?**. 14 out. 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/plano-de-governo/>. Acesso em: 20 de jun.2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Goner; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Projeto de Emenda Constitucional n. 10 de 2011. Altera os arts. 28, 29 e 84 da Constituição Federal para instituir a obrigatoriedade de elaboração e cumprimento do plano de metas pelo Poder Executivo municipal, estadual e federal, com base nas propostas da campanha eleitoral. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co-dteor=856969&filename=PEC+10/2011. Acesso em: 7 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Código Eleitoral. **Câmara dos Deputados** Brasília, DF, 24 fev. 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. **Entendendo o orçamento**. Câmara dos deputados, 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/entenda/cartilha/cartilha.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. **Justiça Eleitoral e primeiro Código Eleitoral completam 82 anos.** 2014. Disponível em: <https://bityli.com/eGEWu>. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 7 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999. Altera dispositivos da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 set. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9840.htm. Acesso em: 7 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 set. 2009a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm. Acesso em: 7 nov. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei n. 5.498 de 2009. Altera a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que “estabelece normas para as eleições”. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2009b. Disponível em: <https://bityli.com/lYeEBb>. Acesso em: 7 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Justiça Eleitoral e primeiro Código Eleitoral completam 82 anos.** 2014. Disponível em: <https://bityli.com/eGEWu>. Acesso em: 2 nov. 2020.

CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria, Contabilidade e controle interno no setor público.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo.** 25. ed. São Paulo. Editora Atlas. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PIAUÍ. **Evolução da justiça eleitoral no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.tre-pi.jus.br/o-tre/o-tre-pi/memoria-e-cultura/evolucao-da-justica-eleitoral-no-brasil>. Acesso em: 2 nov. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito constitucional**. Volume 1. 2ª Ed. São Paulo 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

NEVES, Antônio Francisco Frota. **Responsabilidade de agentes políticos em face da falibilidade das promessas eleitorais**: Campanha presidencial de 2014. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. Jus Podivm, 2016.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2007.

SÃO PAULO (Estado). **Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo Co-ordenação da Administração Financeira Contadoria Geral do Estado**. 2021. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Downloads/Webservice/Conceitos%20de%20receitas%20LC%20131.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. "A vinculação do programa de metas eleitoral ao cumprimento do princípio eficiência administrativa e a consequência de sua inobservância": **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 12, n. 1, set. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/17390>. Acesso em: 6 set. 2021.

SOUZA, Isabela. **Estelionato eleitoral é crime?** Entenda tudo neste post do Politize!". Politize. 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/estelionato-eleitoral-crime/>. Acesso em: 6 set. 2021.

TOLEDO JÚNIOR, Flavio Corrêa de. A apuração de indexador básico da Lei de Responsabilidade Fiscal - A receita corrente líquida do Município. **Revista do TCU**, Brasília, v. 32, n. 89, p. 50-55, jul/set, 2001. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/45>. Acesso em: 14 nov. 2020.

VILLA, Jesus Leguina. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

WAMPLES, Brian. A difusão do Orçamento Participativo brasileiro: "boas práticas" devem ser promovidas?. **Opinião Pública**, Campinas, v. 14, n. 1, p.65-95, jun. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/4xS4YR-F3bXT8BNtxVcGQrZk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 out. 2021.

ANEXOS

PROPOSTAS DE GOVERNO

Coligação: “Herval d'Oeste não pode parar”

- PSD/PT/PDT/DEM/PRB/PSB –

Candidatos :

Prefeito - Nelson Guindani (PSD)

Vice-prefeito - Ricardo José Nodari (PT)

Assistência Social:

Desenvolver políticas sociais gerando melhor condição de vida à população;

Promover a inclusão social através de programas assistenciais;

Educação, Cultura e Esporte:

Ampliar o número de vagas nas creches municipais para o atendimento da Educação Infantil;

Aumentar o número de profissionais especializados para o atendimento aos alunos com necessidades especiais na Educação Infantil e no Ensino Fundamental;

implantar escola em tempo integral contemplando simultaneamente o ensino regular, profissionalizante e lazer;

Oferecer alimentação, com controle nutricional aos alunos da Escola em tempo integral;

Manter os convênios com SENAI, SENAC e outras instituições que ofereçam formação e qualificação profissional;

Criar a Fundação Municipal de Esportes (FME) com dotação orçamentária própria abrangendo todas as modalidades esportivas;

Oportunizar o acesso ao conhecimento pelo uso intenso de novas tecnologias da informação e comunicação gerando oportunidades de trocas de conhecimento e atração de empresas da indústria do conhecimento;

Desenvolver os pontos turísticos de modo geral;

Incentivar os investimentos nos setores ligados ao turismo;

Criar a Fundação Municipal de Cultura (FMC) com dotação orçamentária própria possibilitando o desenvolvimento de atividades culturais (música, teatro, dança, festivais...);

Saúde:

Implantar a Policlínica Regional de especialidades médicas e exames de imagem (ultra-sonografia, raios-X, eletrocardiograma...);

Concluir as obras e efetivar os serviços de atendimento médico 24 horas da UPA (Unidade de Pronto Atendimento);

Construir novas Unidades de Saúde nos Bairros: Santo Antônio, São Vicente e Vila Rica propiciando melhor atendimentos aos usuários;

Interligar todas as Unidades de Saúde através do Sistema Integrado de Saúde Pública (gestão da Saúde Pública em rede);

Fornecer o Cartão Nacional de Saúde gerando prontuários eletrônicos que possibilitem a apresentação do histórico de atendimento do paciente de maneira legível;

Ampliar a oferta de medicamentos;

Criar protocolos clínicos padronizando as ações;

Infra-estrutura:

Atingir 100% da implantação da rede de saneamento básico (água e esgoto) no perímetro urbano e ampliar o abastecimento de água na zona rural;

Implementar a coleta seletiva e a destinação correta dos resíduos sólidos;

Fazer cumprir as determinações judiciais junto a Fundação Nacional da Saúde (SIMAE) em relação às lagoas de decantação solucionando os problemas emergenciais;

Gerenciar o videomonitoramento em toda área urbana (gerenciamento de imagens captadas através das câmeras de segurança);

Ampliar a padronização de calçadas;

Pavimentar em 100% todas as ruas da área urbana;

Implantar novo cemitério municipal;

Desenvolver estudo técnico para a melhoria do trânsito facilitando a mobilidade urbana;

Ampliar a pavimentação melhorando a ligação da área urbana à rural;

Ampliar a infra-estrutura oferecida às empresas já instaladas;

Criar novos distritos industriais nas modalidades: compra direta, licitações e

fomento;

Articular ações integradas com a ACIHO e CDL de Herval d'Oeste;

Melhorar a iluminação pública;

Construir novos abrigos de passageiros nas paradas de ônibus e melhorar os já existentes;

Construir cento e vinte novas moradias;

Agricultura:

Criar e desenvolver ações de desenvolvimento deliberadas pelo Conselho Municipal de Agricultura investindo sempre conforme as potencialidades e necessidades do setor;

Manter e incrementar os programas em ação de resultados positivos;

Investir e incentivar o movimento econômico agro-pecuário;

Gestão:

Criar um sistema de Ouvidoria (“gestão democrática – participe você também”) aumentando o diálogo entre a administração e a comunidade;



NELSON GUINDANI



JO

PROPOSTA DO PLANO DE GOVERNO DA COLIGAÇÃO **RENOVA**
LUZERNA

As propostas e ações para Administrar Luzerna, ainda serão definidas com a sociedade e os partidos da coligação Renova Luzerna.

Serão previstas ações para as principais áreas tais como: Saúde e Ação Social; Educação, Cultura e Esporte; Indústria, Comércio e Desenvolvimento Econômico; Planejamento e Obras; Agricultura e Meio Ambiente.

Assim que a proposta do Plano de Governo da Coligação Renova Luzerna estiver pronta, todas as residências estarão recebendo uma cópia para que se torne conhecida de todos.

Obrigado pela compreensão.

COLIGAÇÃO RENOVA LUZERNA (PSD – PP – PT)



PLANO DE GOVERNO 2013/2016

Coligação Joaçaba no Rumo Certo

(PSD, PMDB, PDT, PSB, PC do B, PRTB, PRP,PTC, PSL, PT do B, DEM, PSC)

Rafael Laske (Mamão) e Marcos Weiss Prefeito - Vice

APRESENTAÇÃO

Crescer de forma **sustentável, ordenada e contínua**. É com essas três palavras de ordem, visando o **respeito** ao cidadão e ao espaço onde ele vive, que este plano foi **elaborado**.

Muito além de propostas ou promessas, trata-se de um audacioso Plano de **Metas** e objetivos, que visa garantir ainda mais, a **melhoria da vida** de cada Joaçabense.

Com o **foco** da comunidade e tendo **atitudes inovadoras** como combustível, esse documento é a essência dos principais **anseios** de todos os setores do município.

O objetivo de fortalecer a imagem do **cidadão** como **protagonista** das ações, é presente, quando propomos promover uma Administração Pública cada vez mais **sintonizada** com cada joaçabense, aproximando ainda mais **Governo e Comunidade**;

Unindo a formação contínua do servidor e assim **aperfeiçoando** o atendimento público, vamos modernizar a Administração, conferindo-lhe **eficácia e transparência**;

Essas ações, consolidam um **modelo** de gestão pública focada nos **resultados**, aglutinando as forças representativas de Joaçaba e assim melhorando a capacidade **reivindicatória** do Município, preparando **Joaçaba para o futuro**.

FINANÇAS

Disponibilizar o acesso eletrônico por meio de máquinas de alto atendimento junto à Prefeitura;

Implantar programas que permitam o pagamento dos tributos municipais Via Online;

Modernizar o sistema de informática, aumentando a segurança e a capacidade do atual sistema;

Possibilitar a renegociação da dívida fundada para aumentar a capacidade de investimento do município;

Reestruturar os fluxos dos setores relacionados à Secretaria de Finanças;

AÇÃO SOCIAL

Construir a sede Secretaria de Assistência Social;

Construir o Centro de Convivência e Fortalecimento de vínculos para crianças/adolescentes;

Implantar sistema integrado de informações das políticas de: assistência social, saúde, educação e habitação;

Humanizar e fortalecer o atendimento nos serviços de proteção social básica e especial de média e alta complexidade;

Assessorar e capacitar os conselhos municipais da assistência e das entidades socioassistenciais;

Promover a capacitação permanente dos profissionais;

Fortalecer as parcerias com entidades socioassistenciais;

Implantar a Casa de Passagem, visando atender às pessoas em trânsito pelo município;

Construir o Centro Dia para Idoso;

Fortalecer o Conselho Tutelar

Oferecer cursos profissionalizantes, sem custos à população;

Ampliar o programa de aquisição de alimentos com a implantação de unidade de distribuição de alimentos do Agricultor Familiar.

PROCURADORIA - JURÍDICO

Integrar e aproximar Procuradoria com os demais órgãos e setores do município;

Realizar estudos para a atualização tributária;

Instrumentalizar e aperfeiçoar as atividades do PROCON com maior ênfase;

Regulamentar instrumentos urbanísticos previstos no Plano Diretor;

Criar banco de Pareceres para consulta dos setores para otimizar os procedimentos administrativos;

INFRAESTRUTURA

Construir a 2ª etapa Acesso Vila Pedrini/Aeroporto;

Duplicar a Rua José Firmo Bernardi Campus II UNOESC, ligando até bairro Vila Pedrini

Criar sistema de drenagem e condução de águas pluviais de altitude com segurança para evitar desastres, atendendo os bairros: Nossa Senhora de Lourdes, Boa Vista, Tobias, Vila Pedrini, Clara Adélia, Santa Tereza, Flor da Serra, Frei Bruno;

Pavimentar o Acesso do Bairro Menino Deus ao Jardim Cidade Alta pela Rua Osvaldo Pires;

Construir viaduto sobre a BR 282 ligando o Bairro Nossa Senhora de Lourdes ao Clara Adélia;

Construir a 4ª Ponte entre Joaçaba e Herval D'Oeste;

Construir viaduto sobre a BR 282 ligando Trevo Acesso Sul Joaçaba / Rodovia SC 303;

Revitalizar e recuperar toda a estrutura da Ponte Jorge Lacerda;

Realizar o projeto de iluminação subterrânea da Av. XV de Novembro;

Criar programas permanente de manutenção e preservação das ruas do município;

Asfaltar o acesso ao Distrito de Santa Helena;;

Criar Política Habitacional para o Distrito de Nova Petrópolis

Concluir a 2ª etapa do asfaltamento até o Distrito de Nova Petrópolis.

AGRICULTURA

Criar a Secretaria de Agricultura;

Ofertar apoio técnico e assistência aos produtores rurais para aumento da produtividade;

Ampliar e renovar o parque de máquinas e implementos com patrulha mecanizada em cada Distrito;;

Incrementar o serviço de inspeção animal;

Viabilizar silos comunitários em parceria com o Governo Estadual;

Estimular e apoiar o surgimento e fortalecimento de pequenas e médias empresas agroindustriais, com capacidade de atuar nos mercados: local, regional e nacional;

Estimular e apoiar a organização das unidades familiares de produção em grupos, associações e cooperativas;

Implantar programa de incentivo a compostagem do lixo orgânico rural;

Criar um programa permanente de manutenção das estradas rurais;

MEIO AMBIENTE

Integrar a Legislação Municipal ao Código Florestal visando adequação à realidade local;

Criar a Fundação do Meio Ambiente que em parceria com o Condema - Conselho do Meio Ambiente, irá estimular e promover parcerias entre instituições públicas e privadas, objetivando o desenvolvimento de práticas educacionais voltadas à sensibilização da coletividade sobre questões ambientais;

Implantar coleta seletiva de resíduos sólidos em 100% do município;

Criação de um centro de triagem de animais silvestres – CETAS;

Efetivar a criação do parque municipal do Vale do Rio do Peixe;

Construir o ECOPONTO em parceria com a iniciativa privada e ONG'S, para recebimento de pilhas baterias, óleo de cozinha e lixo eletrônico.

Intensificar as ações de renaturalização do Rio do Tigre;

Criar política pública municipal de meio ambiente ;

Criar junto a área do CPJ e Nuperajo um parque ambiental a fim de desenvolver aos municípios um contato mais próximo com a Fauna e Flora características da região.

SAÚDE

Construir de 2 novas unidades da Estratégia de Saúde da Família nos bairros Vila Remor e Menino Deus;

Implantar o PROGRAMA SAÚDE NA ESCOLA;

Implantar a informatização na Secretaria de Saúde, em suas unidades garantindo planejamento, melhoria do processo e avaliação;

Criar 08 conselhos locais de saúde, com área de abrangência das ESF's;

Criar programas de combate ao sedentarismo, incentivo à prática de atividade física visando a qualidade de vida da população;

Intensificar ações que envolvam o apoio matricial de diversos segmentos objetivando a prevenção, tratamento e reabilitação de usuários de drogas;

Investir em capacitação e educação continuada aos Profissionais que atuam na área da Saúde;

Fortalecer o programa de Saúde da Mulher;

Implantar o programa de Saúde do Homem;

Intensificar o programa de Saúde Bucal;

Implantar o Centro de Especialidades Odontológicas;

Implantar o PAI - Programa de Atendimento ao Idoso;

Construir uma sede própria para a Secretaria de Saúde visando a melhoria do acesso e qualidade de atendimento à população, agregando as especialidades básicas;

Construir uma sede própria para o CAPS - Centro de Atenção Psicossocial;

Dar continuidade nas parcerias com o HUST buscando a efetivação do Hospital referência no estado de Santa Catarina;

Criar um Centro de Controle de Zoonoses

TURISMO

Promover o desenvolvimento da atividade turística aliada ao desenvolvimento econômico, social e ambiental de acordo com o potencial local;

Incluir Joaçaba nas rotas Estaduais e Nacional de Turismo Religioso, de Eventos e Cultural;

Incentivar a prática de turismo, inclusive rural como promoção, do lazer voltado ao fortalecimento de vários potenciais existentes no município;

Criar em conjunto com a área de infraestrutura ambientes agradáveis de recepção turística;

Firmar parcerias com entidades públicas e privadas visando atrair investimentos turísticos (cultura, esporte e lazer);

Estimular e apoiar programas de sensibilização do setor do turismo junto às Escolas como atividade social e econômica relevante;

ESPORTE E LAZER

Desenvolver atividades esportivas de Base (Escolinhas de Formação); Esporte de Rendimento (JASC, Jogos Abertos, Campeonatos Estaduais e outros); Esporte Comunitário (JICS - Jogos de Integração das Comunidades, Atividades Esportivas para a Melhor Idade e outros); Paradesporto (atividades esportivas para indivíduos portadores de necessidades especiais, PARAJASC), ampliando o acesso ao esporte no município;

Fortalecer e ampliar os eventos escolares: a OLIEJHO, o Moleque Bom de Bola, Jogos Escolares e Festivais Esportivos envolvendo os alunos das Escolas do município;

Organizar e viabilizar a realização de eventos esportivos municipais, estaduais e nacionais: Campeonato de Futebol Amador de Joaçaba, Campeonato Aberto de Futsal Feminino, Taça Municipal de Bolão, "Copa Joaçaba de Futebol" (categoria 15 anos), etapas de Campeonatos Estaduais e Nacionais e eventos da FESPORTE e outros;

Valorizar as Associações Esportivas apoiando-as nas competições e nos trabalhos para desenvolvimento das suas modalidades;

Criar Políticas Municipais de Esporte, Lazer e Atividade Física; implantando programas que viabilizem e incentivem a prática de atividade física e lazer;

Ampliar projetos de desenvolvimento de Pesquisa Científica na área de Lazer, Esporte e Atividade Física; aperfeiçoando o grupo de pesquisa e estudo (Censo dos Adolescentes de Joaçaba);

Disponibilizar espaços públicos e privados para a prática de atividades esportivas e de lazer nos finais de semana; criando eventos nos bairros;

Incentivar a prática de esportes radicais e adaptados

Elaborar o Plano Municipal de Esporte;

Construir um Centro de Atividades Esportivas e de Lazer;

CULTURA

Apoiar e incentivar o Carnaval de rua e dos Blocos no Município;

Criar o Museu Municipal;

Promover oficinas de Teatro, Artes Plásticas, Música e Danças nos bairros e comunidades;

Promover exposições itinerantes e permanentes, valorizando os artistas Joaçabenses, fomentando a produção e a divulgação de suas obras.

Promover os Festivais nas diversas modalidades artísticas: dança, teatro e canção.

Incentivar e estimular a produção artísticas dos Idosos, potencializando as histórias de vida para integrar diferentes gerações.

Elaboração do Álbum do Centenário de Joaçaba;

Criar o Plano Municipal de Cultura;

Implementar o Calendário Anual de Eventos e Atividades Culturais;

Criar programa de parcerias com entidades públicas e privadas para apoio e incentivo às ações e eventos culturais, em especial a SCAJHO (Tetro

Alfredo Sigwalt), no sentido de fomentar apresentações e espetáculos artístico e culturais;

EDUCAÇÃO

Promover a Formação Continuada dos Profissionais da Educação;

Revisar o Plano de Carreira do Magistério Municipal;

Ampliar o acervo de livros e outras mídias, implementando as bibliotecas escolares;

Ampliar o atendimento em tempo integral;

Ampliar a frota de veículos para o atendimento do Transporte Escolar, aperfeiçoando cada vez mais a prestação deste serviço à comunidade;

Implantar Equipe Multidisciplinar para prestar apoio aos Alunos, Professores e Gestores das Unidades Escolares;

Ampliar a oferta de vagas nas creches com a criação de novos espaços;

Criar programas para atingir a meta "analfabetismo zero" em Joaçaba;

Criar ações para elevar o IDEB - ÍNDICE DE EDUCAÇÃO BÁSICA, do município;

Ampliar e modernizar o espaço físico das Escolas Municipais;

Assegurar o acesso e a permanência nas Escolas dos portadores de necessidades especiais; melhorando os espaços físicos e acessibilidade nas escolas para os mesmos;

Implementar o Plano Municipal de Educação;

Implementar ações objetivando a Municipalização da Escola Frei Bruno;

Incentivar e organizar eventos que integrem as famílias e a comunidade nas Escolas;

Oferecer regularmente práticas esportivas educacionais, de lazer e culturais ligadas à Escola, especialmente voltadas para a população em situação de vulnerabilidade social;

Criar programas de parcerias com as Secretarias de Saúde, Ação Social e Fundação Municipal de Cultura e Esportes, entidades públicas e privadas visando a implementação de Políticas Públicas que possibilitem a melhoria da qualidade de vida do Cidadão;

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Estimular um estudo macro envolvendo os municípios vizinhos; para readequação do sistema viário de trânsito;

Fomentar discussões de reavaliação e efetivar ações previstas no Plano Diretor;

Implantar áreas para a prática de esportes, tais como, ciclovias, quadras, inclusive esportes náuticos utilizando o potencial existente no Rio do Peixe;

Desenvolver estudo para a transferência de prédios públicos e privados, tais como, Prefeitura, rede bancária, e outros junto à Cidade Alta;

Adquirir nova área de interesses social, a fim de viabilizar lotes de baixo custo a população com o objetivo de remoção de famílias hoje residentes em área de risco e em terrenos de terceiros.

Criação do "Instituto de Planejamento Urbano" com grupo técnico preparado para promover o desenvolvimento ordenado da área urbano do município;

Desenvolver na Prefeitura um novo conceito de Planejamento, envolvendo todos os setores da administração voltados para a eficiência e gestão no serviço público;

Planejar e definir as grandes obras estruturais para o futuro de Joaçaba a médio e longo prazo;

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL E DE INOVAÇÃO

Implantar políticas inovadoras e compartilhadas de fomento e incentivos fiscais;

para o desenvolvimento sustentável, incentivando-se inclusive a integração internacional da economia;

Incentivar e fomentar o Parque Tecnológico de Joaçaba;

Incentivar o Programa de Juro Zero do Governo do Estado;

Criar comissão para planejar e pensar Joaçaba daqui a 20 anos;

Criar o Programa Municipal de Inovação tecnológica em parceria com as universidades;

Incentivar a instalação de novas empresas e cooperativas em setores de maior agregação de valor, buscando-se a formalização da economia;

Definir uma nova área para instalação do segundo Distrito Industrial;

Incentivar as políticas de cultura, turismo e eventos, visando fomentar o comércio local;

Revisão do Plano Diretor, com diagnóstico da vocação econômica do município, voltado para o desenvolvimento sustentável;

Incentivar e fomentar a indústria, comércio e prestação de serviços, através de suas entidades associativas;

Apoiar, através de convênios com o Sebrae, as micro e pequenas empresas e o micro empreendedor individual;

TRÂNSITO E MOBILIDADE URBANA

Ampliar o projeto Calçada Cidadã;

Promover melhorias no transporte público, visando sua ampliação;

Retomar o estudo de construção do Anel Viário que liga Joaçaba, Herval d'Oeste e Luzerna;

Promover estudo visando a criação de novas vias urbanas, entre aeroporto e distrito industrial;

Construir 3 km de ciclovias no município;

Fomentar e incentivar o uso de transporte público e alternativo;

