

SEMANA DE PESQUISA E EXTENSÃO DA UNINCOR
Direito Caxambu
2022

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL AO DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA, SOB O PRISMA DA GARANTIA NA ORDEM PÚBLICA

Leyszianne Pereira Ribeiro¹; Paulo Vitor Aparecido²

¹Graduanda em Curso de Direito. Unincor. leyszibae@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-1804-3335>.

²Paulo Vitor Aparecido/Especialista. Unincor. prof.paulo.ferreira@unincor.edu.br. <https://orcid.org/0000-0002-2512-8006>.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal analisar a ausência de fundamentação legal ao decretar a prisão preventiva, fundamentada apenas na garantia da ordem pública e o que essa ausência causará no procedimento penal. Para isso, será feita uma breve análise da prisão preventiva e suas hipóteses, consagradas pela doutrina majoritária. Os requisitos e pressupostos da prisão preventiva serão desenvolvidos, até alcançar o debate que envolve a compatibilização do requisito da garantia da ordem pública. Buscando responder este embaraço, elencou-se jurisprudência dos órgãos superiores onde pode-se perceber as consequências no caso concreto. Assim, foram expostas os materiais e métodos utilizados para a realização do presente artigo, sendo a pesquisa exploratória e a descritiva, bem como a pesquisa bibliográfica. Desse modo, foi feita uma reflexão do atual sistema de fundamentação e a propositura para uma possível solução bem fundamentada ao decretar a prisão preventiva, visando melhorar o judiciário e evitar nulidades processuais e ainda a concessão da ordem que coloca o acusado em liberdade. Ao fim, verificou-se que diante da análise nas doutrinas e jurisprudências, pode-se ter uma noção do que seria considerada uma decisão bem fundamentada que decreta a prisão preventiva do indivíduo.

Palavras-Chave: prisão preventiva; garantia da ordem pública; subjetividade do juiz.

ABSTRACT

The main objective of this article is to analyze the absence of legal grounds when enacting preventive detention based only on the guarantee of public order and what this absence will cause in criminal proceedings. For this, a brief analysis of preventive detention and its hypotheses will be made, enshrined in the majority doctrine. The requirements and assumptions of preventive detention will be developed, until reaching the debate that involves the compatibility of the requirement of guaranteeing public order. Seeking to answer this embarrassment, jurisprudence of Organs superior bodies was listed where the consequences in the specific case can be perceived. Thus, the materials and methods used to carry out this article were exposed, being the exploratory and descriptive research, as well as the bibliographic research. In this way, a reflection was made of the current system of reasoning and the proposal for a possible well-founded solution when decreeing preventive detention, aiming to improve the judiciary and avoid procedural nullities and also the granting of the order that sets the accused free. In the end, it was found that in view of the analysis of doctrines and jurisprudence, one can have an idea of what would be considered a well-founded decision that decrees the preventive detention of the individual.

Keywords: preventive detention; guarantee of public order; judge's subjectivity.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da ausência substancial de fundamentação legal ao decretar a prisão preventiva do suposto autor do fato, calcada meramente na hipótese de garantia da ordem pública, conforme é estabelecido pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

As discussões acerca do tema são decorrentes do Brasil ser um Estado Democrático de Direito, considerando que aqui a liberdade é um direito fundamental admitido constitucionalmente, enquanto a prisão tem caráter excepcional, principalmente as prisões cautelares, de natureza extrema.

Posto isso, a prisão preventiva é modalidade de medida cautelar pessoal imposta ao suposto autor do crime, tratando-se de um meio de mantê-lo custodiado até o julgamento final do processo. Assim, por ter previsão legal, ao ser decretada, deve ser interpretada e aplicada em consonância com as normas constitucionais, respeitando os direitos e garantias fundamentais e ainda, se atentar ao caso concreto mediante os fundamentos sólidos verificados nos fatos.

Com isso, busca-se despertar a atenção para a ausência de fundamentação legal, discutindo-se a idoneidade dessas decisões, já que o juiz de direito muitas das vezes baseia-se em fundamentos necessariamente rasos que, conseqüentemente, geram prisões injustas ante a subjetividade do julgador na sua avaliação do caso.

Dessa forma, se fez necessária a realização de um estudo aprofundado do tema com o escopo de demonstrar que a prisão preventiva, deve ser decretada apenas quando tal medida se mostrar estritamente necessária e em caráter excepcional.

Para tanto, será abordada uma breve apresentação sobre assuntos relacionados a prisão preventiva e a garantia da ordem pública.

De início, serão abordados o conceito de prisão preventiva, o momento de seu cabimento, os requisitos e pressupostos para decretação da prisão preventiva e ainda sua relação com a garantia da ordem pública

Serão trazidos ainda, artigos da Constituição Federal de 1.988 e da Lei nº 13.964/2019 que preveem uma devida fundamentação na decisão que decreta a prisão preventiva.

No decorrer do trabalho, abordar-se-á alguns entendimentos de especialistas e ainda, jurisprudências, a fim de melhor entendimento sobre as conseqüências que a ausência de fundamentação legal para decretar a prisão preventiva pode causar.

Ante a ausência de fundamentação legal ao decretar a prisão preventiva, será retratado sobre a subjetividade dos juizes como fator de revogação da prisão. Autores consagrados e jurisprudências, serão trazidos para enriquecer o trabalho e esclarecer da melhor forma o entrave que envolve a abstratividade da fundamentação.

Ao final, abordar-se-á sobre as decisões que deveriam/seriam consideradas como bem fundamentadas e não passíveis recurso.

Para o trabalho, no que se refere a metodologia, foram utilizadas algumas características para que se alcance os objetivos propostos nesse artigo científico. Têm-se quanto a área

abordada a Ciências Sociais aplicadas.

Com relação aos objetivos utilizará a pesquisa exploratória, já que contará com análise de exemplos que estimulem a compreensão do tema, bem como a pesquisa descritiva, com intuito de descrever características de fatos e fenômenos que envolvam o tema a ser abordado.

Por fim, o procedimento a ser utilizado será a pesquisa bibliográfica e análise documental, por meio da abordagem qualitativa, partindo-se do levantamento de doutrinas, por meio de doutrinadores específicos na abordagem do tema aqui proposto, além de, jurisprudências, artigos, análise documental e outros que tenham como conteúdo a prisão preventiva.

No desenvolvimento da pesquisa incursionou-se por correntes doutrinárias que hodiernamente se apresentam cada vez mais com dificuldades em conceituar a garantia da ordem pública, não deixando de procurar observar o Direito Penal e Processual sistematizados, além da Constituição Federal.

Justifica-se o trabalho na necessidade de demonstrar a falta de fundamentação legal, conseqüentemente a subjetividade, em especial dos fundamentos usados a seguir: hipótese de justificativa da garantia da ordem pública como fundamento para decretar a prisão preventiva.

Pretende-se com esse trabalho conceituar prisão preventiva, ordem pública e suas hipóteses, analisar o critério de prisão preventiva sob uma perspectiva objetiva; demonstrar a consequência quando há falta de fundamentação legal nas decisões que decretam a prisão preventiva, verificar se a subjetividade é fator nas revogações das prisões preventivas decretadas e ao final, trazer uma possível decisão considerada bem fundamentada e atrelada ao caso concreto, sem subjetivismo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A prisão preventiva e a ordem pública

A fim de conceituar prisão preventiva, o doutrinador Fernando Capez (2016, p. 367) é enfático ao afirmar que “A prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o autor do fato criminal, solto, continue a cometer crimes, não sendo seguro aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social.”

Ademais, o instituto da prisão preventiva está previsto nos artigos 311 ao 316, do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941)

Com relação ao momento que caberá a decretação da prisão preventiva, o artigo 311 do

Código de Processo Penal, traz o seguinte: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” (BRASIL, 1941, p. 35).

Ainda sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci expõe:

Conforme dispõe o art. 311 do Código de Processo Penal, ela pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, em razão de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou mediante representação da autoridade policial. O juiz pode decretá-la, de ofício, desde que no curso da ação penal. (NUCCI, 2016, p. 575)

Assim, a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz em qualquer fase processual, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos alguns requisitos e quando ocorrerem motivos autorizadores.

Posto isso, têm-se que a prisão preventiva é um instrumento do direito penal dedicado a custodiar o acusado desde que respeitados alguns requisitos básicos, a fim de se evitar que o mesmo cometa mais delitos se estiver em liberdade.

Entretanto, trata-se de uma medida excepcionalmente e deve ser decretada apenas em última hipótese, visto que restringe o direito de ir e vir do acusado, direito este previsto na Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 5º, inciso XV. (BRASIL, 1988)

Portanto, para que uma prisão preventiva seja decretada é necessário que sejam preenchidos os requisitos do artigo 312 do CPP, *in verbis*:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (BRASIL, 1941, p. 35)

Nesse tanto, o juiz deve analisar se o contexto do caso preenche os pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. O primeiro está atrelado ao que o CPP, no artigo 312 (BRASIL, 1941), dispõe como materialidade e indícios suficientes de autoria.

Como preleciona Mirabete (1.997, p. 385), a prova da existência do crime refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudo de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal, etc). Com isso, não bastam meros indícios ou simples presunções sobre a ocorrência do fato delituoso, exigindo a lei absoluta segurança quanto a essa realidade fática.

Já o segundo, *periculum libertatis*, está atrelado às hipóteses garantia da ordem pública,

da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, conforme o artigo 312 do CPP. (BRASIL, 1941)

Tais conceitos são doutrinariamente debatidos, mas alguns são mais concretos do que outros. Falando sobre a garantia da ordem econômica, Badaró explica que “a prisão para garantia da ordem econômica tem sido identificada com situações de crimes que envolvam vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro” (BADARÓ, 2018, p.145). Em outras palavras, na prisão preventiva para garantia da ordem econômica, o intuito é impedir que o acusado, causador de delitos financeiros, permaneça em liberdade.

Posteriormente, menciona a lei a conveniência da instrução criminal. Por esta hipótese, deve-se entender que a decretação da prisão preventiva é extremamente necessária, já que sem ela a instrução não se realizaria da maneira como a lei prevê. Como traz Vicente Greco Filho (1.997, p. 275):

Simple conveniência ou comodidade não autoriza o decreto de prisão, devendo adotar-se tal medida em caso de necessidade. Como exemplos para essa hipótese, é corrente o uso de argumentos a fim de evitar que provas sejam destruídas, testemunhas sejam ameaçadas, peritos e agentes judiciários sejam subornados

Por fim, assinala a lei a hipótese de decretação da prisão preventiva sob o argumento da aplicação da lei penal, neste caso pretende-se evitar que o acusado se coloque em fuga tendo em vista eventual condenação.

Posto isso, ultrapassadas as análises das hipóteses anteriores, é importante correlacionar a prisão preventiva com o conceito de ordem pública.

No tratamento jurídico da noção de ordem pública, é comum iniciar ressaltando as dificuldades na sua definição e ainda por ser uma expressão vaga e de ampla interpretação, são incessantes os debates que envolvem o tema. Tal requisito, é o primeiro constante no art. 312, do CPP (BRASIL, 1941), e o mais utilizado para a decretação da prisão preventiva, sendo alusivo na maioria dos casos.

Destaca-se as seguintes declarações de João Vitor Silva Cury:

O requisito da garantia da ordem pública tem uma interpretação ampla e flexível, ocasionando divergências doutrinárias e jurisprudenciais quando utilizado para decretar a prisão preventiva. A constitucionalidade do requisito em estudo, é contestada por colocar em conflito os direitos fundamentais do investigado ou acusado como, presunção de não culpabilidade e direito de liberdade de locomoção, contra o direito de segurança que a sociedade detém, sendo dever do Estado assegurá-los. (CURY, 2018, p. 24)

Portanto, uma expressão “em aberto” como a garantia da ordem pública, permanece no

ordenamento jurídico brasileiro como um dos fundamentos mais frequentes na decretação de prisões preventivas, visto que nas jurisprudências, por conta da extrema dificuldade em conceituar ordem pública, as autoridades judiciais têm se valido cotidianamente dessa expressão para justificar as mais diferentes situações de prisão preventiva.

Uma vez presentes tais requisitos, a prisão preventiva admitir-se-á tão somente em relação às hipóteses e aos crimes previstos no art. 313 do CPP, quais sejam: para crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (inciso I); se o agente tenha sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (BRASIL, 1941, p. 35), ressalvando-se o que dispõe o art. 64, I, do Código Penal (inciso II) (BRASIL, 1940, p. 11); “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (inciso III); e também “quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la” (parágrafo único).

2.2 Da fundamentação que decreta a Prisão Preventiva

O Brasil, por intermédio da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), incorporou a noção de Estado Democrático de Direito, definindo, de forma explícita, em seu art. 93, IX, a obrigação de os integrantes do Judiciário fundamentarem suas decisões:

Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1.988, p.53)

Logo, a decisão do magistrado que tenha como finalidade privar alguém de sua liberdade, no presente caso tratamos da decretação da prisão preventiva, é imprescindível que apresente as razões.

Nesse sentido, Gustavo Badaró explica:

Deverá o juiz justificar porque nenhuma das medidas alternativas à prisão é, no caso concreto, adequada para a necessidade cautelar que se apresenta. Por certo, não bastará repetir os termos da lei e afirmar que nenhuma outra medida é adequada. O magistrado terá que demonstrar, de acordo com elementos concretos, que cada uma das medidas menos gravosas que a prisão não se mostra suficiente para eliminar a hipótese de necessidade (CPP, art. 282, caput, I) que exige a imposição de uma medida cautelar. (BADARÓ, 2018, p. 462)

Ademais, a Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019) que aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, trouxe importantes reformas a fim de enfatizar a justificação e fundamentação que o magistrado deverá levar em conta.

A primeira reforma importante é a demonstração do raciocínio lógico do juiz para chegar a decretação da prisão preventiva. A segunda é a relação estabelecida entre a necessidade da prisão e as provas concretas extraídas dos autos.

Posto isso, consta no artigo 315 do Código de Processo Penal o seguinte trecho:

A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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

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

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

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

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

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 1941, p. 41-42)

Assim sendo, a decisão que decretar a prisão preventiva deverá ser bem fundamentada, a fim de se evitar nulidades processuais, por outras palavras, para decretarem uma prisão apenas com o fundamento na garantia da ordem pública, os juízes devem apontar, com clareza, os elementos que baseiam sua decisão, nunca desviando o olhar do caso concreto.

2.3 Consequências da ausência de fundamentação para decretar a prisão preventiva:

De início, Gabriel Bertin de Almeida, salienta que:

É muito comum, na falta de um conteúdo seguro a respeito, ver decisões proferidas em pedidos de prisão preventiva que simplesmente repetem a fórmula legal, afirmando, apenas, que a prisão é cabível para a garantia da ordem pública, sem mesmo tentar definir o que seja ordem pública e o porquê de sua garantia estar ameaçada. Tais, decisões, por óbvio, são todas nulas, por insuficiência de fundamentação. (ALMEIDA, 2011, p. 14-15)

Ademais, passemos a análise exemplificada da seguinte jurisprudência do Egrégio

Tribunal de Justiça Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.205173-4/000 2051734-84.2021.8.13.0000. (MINAS GERAIS, 2021a).

A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente foi prolatada nos seguintes termos pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ipatinga:

Diante dos indícios presentes nos autos, tem-se que é necessária a sua prisão para garantia da ordem pública. Portanto, necessária a custódia cautelar para garantia da ordem pública, haja vista que presentes, no caso, os fundamentos e os requisitos dos arts. 312 e 313, ambos do CPP. Razões pelas quais, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA do autuado. (MINAS GERAIS, 2021a, p. 3)

O Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, Presidente e Relator do referido acórdão, ao analisar o processo, manifestou-se nos seguintes termos:

(...) Com a devida vênia, os elementos apontados para justificar a decretação da prisão preventiva, assim como os fundamentos indicados para sua manutenção, não denotam a gravidade da conduta além daquela que é inerente ao tipo penal. Sendo assim, por estar em desacordo com preceitos legais e constitucionais, a fundamentação apresentada não é suficiente para justificar a manutenção da prisão preventiva. Nesse contexto, cabe ressaltar as disposições do artigo 93, IX, da Constituição da República, que impõe a fundamentação a todas as decisões judiciais, o que adquire maior relevo nos casos em que o pronunciamento judicial repercute sobre a liberdade. Posto isso, CONCEDO A ORDEM para restituir a liberdade ao paciente. Porém, na linha da jurisprudência deste Tribunal, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos, sendo necessário que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme de que tais condições realizam-se na espécie (...). (MINAS GERAIS, 2021a, p. 3).

Diante do exposto acima, vimos que apenas a explicitação textual dos requisitos previstos na legislação para decretar a prisão preventiva, não são suficientes para a manutenção do autor do fato segregado. É necessário que as fundamentações do MM. Juiz, sejam baseadas no caso concreto e sem alegações genéricas por meio de despachos padronizados.

Ainda sobre o tema, Souza, traz que:

A verdade é que, da forma em que o instituto está colocado na legislação processual brasileira, a prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública acaba se tornando verdadeiro standard, cláusula aberta utilizada por juízes e Tribunais para justificar prisões arbitrárias, que, lamentavelmente, buscam através do decreto prisional finalidades não contempladas pela Lei e pela Constituição da República. (SOUZA, 2013, p. 21)

Portanto, indevida a prisão preventiva, é necessário que o acautelado seja posto em liberdade, já que restou provado que os pressupostos da garantia da ordem pública são de fato vagos. Além disso, na prática, muitos juízes decretam prisões preventivas em despachos padronizados, sem analisar fielmente o caso concreto e devida aplicação da lei.

2.4 A subjetividade como fator de revogação ao decretar a prisão preventiva

Diante do acima exposto, a subjetividade do juiz, advinda da falta de fundamentação legal para decretar a prisão preventiva, trará consequências benéficas ao réu, que deverá ser imediatamente colocado em liberdade, tendo em vista a ocorrência de constrangimento ilegal pela privação de sua liberdade de locomoção.

Com isso, na visão do doutrinador Rogerio Schietti, temos o seguinte:

(...) inafastável, cremos, a conclusão de que o legislador pátrio foi muito infeliz ao escolher essa vaga expressão ‘garantia da ordem pública’ para autorizar a prisão preventiva do investigado ou do acusado no processo penal. Mais infeliz ainda foi o reformador de 2011 ao nada inovar quanto a isso, mantendo a mesma redação dada ao artigo 312 do CPP pelo Código de 1941. (...) (CRUZ, 2022, p. 261-262).

Ademais, um dos argumentos mais frequentes utilizados pelos juízes ao justificar a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, compreende, basicamente, na ideia de que o indiciado ou acusado tornará a cometer delitos. Contudo, uma das finalidades da prisão pena é exatamente evitar que o agente torne a delinquir, consistindo em um dos fins do direito penal, e não um instrumento.

Com relação ao tema, José Ernesto traz o seguinte:

A fundamentação das decisões judiciais, portanto, não consiste em uma explicação (esclarecer motivos reais ao indicar as premissas causais). Trata-se de justificação, uma vez que visa ao convencimento dos indivíduos (partes, terceiros, Ministério Público, demais juízes, restante da sociedade) acerca dos argumentos indicados, considerando-se os pronunciamentos esboçados no processo, o ordenamento jurídico brasileiro e a interpretação do magistrado (MANZI, 2009, pp. 135-136).

Ainda, têm-se como exemplo mais um caso em que não houve a devida fundamentação ao decretar a prisão preventiva e o desembargador Alexandre Victor de Carvalho, no julgamento do Habeas Corpus de nº Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.075114-5/000 - 0751145-85.2021.8.13.0000 (MINAS GERAIS, 2021b), manifestou-se nos seguintes termos:

Já ressaltai em manifestações anteriores no sentido da impossibilidade de manutenção da custódia do investigado com fundamento exclusivo na gravidade do delito supostamente cometido, bem como no clamor público por ele causado. Tais fundamentos não podem servir, em regra, de justificativa para a prisão preventiva. A alegação do juízo primevo reflete uma análise genérica e abstrata, que desrespeita o princípio da presunção de não-culpabilidade. Não obstante o aludido princípio possa coexistir com a prisão cautelar, em razão do igualmente constitucional princípio da supremacia do interesse público, ele obriga a que a prisão processual, para ser decretada, obedeça a todos os requisitos legais. (...) (MINAS GERAIS, 2021b, p. 4).

Conforme depreende do referido acórdão, a decisão jurisdicional genérica ofendeu o devido processo legal e os princípios que lhe são ínsitos, já que impede a verificação de sua constitucionalidade, subjetivismos e racionalidade, retirando do indivíduo o direito à ampla defesa.

Por fim, sem mais delongas, a existência de diversas interpretações na jurisprudência e doutrina quanto aos pressupostos e requisitos das prisões preventivas, principalmente no que tange as expressões garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica, bem como a fundamentação das decisões de tais prisões, geralmente, são desprovidas de fundamentos para embasar a motivação.

Em razão disto, convive-se cotidianamente com decisões inidôneas, que afrontam até mesmo a Constituição Federal, migrando de uma ferramenta excepcional que é a prisão preventiva para sua utilização usual no procedimento penal.

2.5 Fundamentos legais para decretar a prisão preventiva

De acordo com os tópicos acima, têm-se que a falta de requisitos motivadores que ensejam a prisão preventiva, por meio de decisões amparadas em decisões padronizadas de caráter absolutamente vazio, pode ser considerado subjetivo e vai contrário ao real papel do Judiciário, de guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Desse modo, já que a Constituição Federal (BRASIL, 1988), não faz referência direta no que se refere às fundamentações das decisões judiciais, é necessário recorrer à doutrina, à jurisprudência e a outras normas para que se defina o que vem a ser uma decisão judicial fundamentada.

A título de exemplo, o relator do seguinte acórdão manteve a decisão do juiz que decretou a prisão preventiva, manifestando-se nos seguintes termos no julgamento do Habeas Corpus Criminal de nº 1.0000.22.226391-5/000 - 2263915-02.2022.8.13.0000 (1) (MINAS GERAIS, 2022):

(...)A meu ver, a decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva (juntada ao documento eletrônico de ordem 06), encontra-se suficientemente motivada, notadamente considerando as circunstâncias da prisão e da apreensão das drogas, bem como a localização de arma de fogo eficiente de posse de Flávio, sendo que a colocação do paciente em liberdade poderá ocasionar risco à garantia da ordem pública. Portanto, o douto Juízo a quo expôs com bastante clareza a necessidade do encarceramento provisório, inclusive diante das circunstâncias apuradas, já que o paciente supostamente foi encontrado na posse de drogas, arma de fogo e munições, de forma que, a priori, verifico estarem presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. Portanto, não acredito estar havendo nos presentes autos nenhuma

ilegalidade na prisão, eis que se encontra devidamente sustentada tanto nas circunstâncias do crime quanto nos motivos da prisão preventiva. (...) (MINAS GERAIS, 2022, p. 3).

Posto isso, por meio de estudos através da jurisprudência, conclui-se o seguinte conjunto de causas viáveis para autorizar a prisão preventiva, com base na garantia da ordem pública: a) gravidade concreta do crime; b) envolvimento com o crime organizado; c) reincidência ou maus antecedentes do agente e periculosidade; d) particular e anormal modo de execução do delito; e) repercussão efetiva em sociedade, gerando real clamor público. O ideal é a associação de, pelo menos, dois desses fatores.

Por fim, o importante é que o juiz apresente as razões de seus pronunciamentos, justificando as decisões proferidas. Com isso, no âmbito do STF e do STJ, é possível encontrar um longo rol de precedentes que são considerados como fundamentos para decretação da prisão preventiva, como exemplo têm-se a fundamentação no risco de reiteração delitiva e a periculosidade do agente, motivos que são considerados idôneos para justificar a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública.

3 MATERIAIS E MÉTODOS

O trabalho utilizou em sua metodologia algumas características para que se alcance os objetivos propostos nesse artigo científico. Têm-se quanto a área abordada a Ciências Sociais aplicadas, visando gerar conhecimentos e soluções para problemas específicos, no presente caso, situações que envolvam a prisão preventiva.

O presente estudo objetivou gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos, envolvendo verdades e interesses locais através da pesquisa aplicada.

Com relação aos objetivos utilizou a pesquisa exploratória, já que contou com análise de exemplos que estimulem a compreensão do tema, bem como a pesquisa descritiva, com intuito de descrever características de fatos e fenômenos que envolvam o tema a ser abordado.

Por fim, o procedimento a ser utilizado foi a pesquisa bibliográfica e análise documental, por meio da abordagem qualitativa, partindo-se do levantamento de doutrinas, por meio de doutrinadores específicos na abordagem do tema aqui proposto, além de, jurisprudências, artigos, análise documental e outros que tenham como conteúdo a prisão preventiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar a subjetividade da aplicação da hipótese de justificativa da garantia da ordem pública como fundamento para decretar a prisão preventiva. Com as reflexões aqui realizadas, buscou-se entender o significado e o alcance da garantia da ordem pública enquanto fundamento para fins de decretação da prisão preventiva.

Para tal, além de analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, e como essa hipótese vem sendo aplicada e interpretada, considerou-se necessário um exame da noção de ordem pública no Direito e no Código de Processo Penal.

Como no Brasil vigora o Estado Democrático de Direito, como um sistema institucional, a decretação da prisão preventiva de qualquer pessoa deverá ser medida excepcional e apenas em último caso, quando esgotados os requisitos previstos para conceder ao acusado, sua liberdade no decorrer do processo.

Apoiado em doutrinadores consagrados e escreventes, como Gabriel Bertin de Almeida, Gustavo Henrique Badaró, João Vitor Silva Cury, Rogério Schietti Cruz, Guilherme de Souza Nucci, Renato Perrota de Souza e José Ernesto Manzi, foram apresentadas as diversas menções acerca do tema desse trabalho.

Em especial, discutiu-se sobre a legalidade da decisão que decreta a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, bem como os requisitos e hipóteses para a sua aplicação. Também ficou clara a dificuldade dos estudiosos em conceituar a “ordem pública”, por ser um termo genérico e abstrato, mesmo diante de alguns dispositivos encontrados na Constituição Federal de 1.988 e da Lei nº 11.964/2019.

Ademais, foram necessárias trazer as jurisprudências, para melhor elucidar as decisões que não são devidamente fundamentadas e que ocorreram a concessão da ordem, com o intuito de colocar o acusado em liberdade, diante da ausência de fundamentação legal que decretou sua prisão preventiva.

Por fim, importante ressaltar que a fundamentação das decisões judiciais viabiliza a maior concretude no que tange ao efetivo acesso à justiça, vez que o magistrado possui o dever de evidenciar as razões adotadas, de forma a implicar o exercício jurisdicional mais transparente e, portanto, mais claro ao jurisdicionado.

Por meio deste artigo foi possível observar que a decretação da prisão preventiva, quando fundamentada na garantia da aplicação da lei penal ou para tutelar a investigação ou a instrução criminal, ou, ainda, para evitar a prática de infrações penais, tal fundamento encontra-se devidamente explícito na lei, o que não ocorre quando há decretação da prisão preventiva com base apenas na garantia da ordem pública, por tratar-se de conceito extremamente genérico

e que é utilizado cotidianamente.

Esse conceito deve ser observado de um modo mais concreto, sendo estreitado para não deixar que uma amplitude conceitual permita a prática de atos abusivos do poder estatal de encarcerar preventivamente. Com efeito, a garantia da ordem pública deve ser concebida sobre uma premissa tal qual se compreenda o motivo da prisão sem maiores digressões, ou seja, garantia da ordem pública deve ser verificada sob uma aspecto firme, direto e sem rodeios vinculados ao risco que o agente geral quanto à prática de novos crimes, justificando seu encarceramento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para a garantia da ordem pública na Lei 12.403.11. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, n. 229, dez., 2011. Disponível em: http://gabrielbertin.com.br/Artigo/BR/A-prisao-preventiva-para-a-garantia-daordem-publica-na-lei-1240311--Boletim-IBCCrim-de-dezembro-de-2011_12_1.aspx. Acesso em: 13 jun. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

CAPEZ, Fernando; **Curso de Processo Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 7ª edição, Juspodivm, 2022.

CURY, João Vitor Silva. (In)constitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública. **Repositório Uniceub**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/retrieve/36891/21443025.pdf>. Acesso em 27 set. 2022.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva,

1997.

MANZI, José Ernesto. **Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas: funções, conteúdo, limites e vícios**. São Paulo: LTr, 2009.

MINAS GERAIS, b. **Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Criminal n. 1.0000.21.075114-5/000 0751145-85.2021.8.13.0000 (1)**. Pacientes: P.H.G.S e S.V.FO. Autoridade Coatora: Juiz de Direito da 8ª Vara criminal de Belo Horizonte. Relator: Des.(a) Júlio César Lorens. Belo Horizonte, 01 de jun. de 2021, b. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.21.075114-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 05 jun. 2022.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Criminal n. 1.0000.22.226391-5/000 2263915-02.2022.8.13.0000 (1)**. Paciente: F.L.B.J. Autoridade Coatora: Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Guapé. Relator: Des.(a) Doorgal Borges de Andrada. Belo Horizonte, 26 de out. de 2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=3004&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=pris%20preventiva%20fundamenta%20habeas%20corpus%20denegado&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Ancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 09 de nov. de 2022.

MINAS GERAIS, a. **Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Criminal n. 1.0000.21.205173-4/000 - 2051734-84.2021.8.13.0000 (1)**. Paciente: I.C.R. Autoridade Coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ipatinga. Relatora: Des.(a) Franklin Higino Caldeira Filho. Belo Horizonte, 20 de out. de 2021, a. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=671&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=pris%20preventiva%20ausencia%20fundamenta%20juiz&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Ancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 05 jun 2022.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

SOUZA, Renato Perrotta de. A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública. **Emerj – TJRJ**. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/RenatoPerrottaSouza.pdf. Acesso em 05 jun. 2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

A BUROCRACIA E A MOROSIDADE DA ADOÇÃO NO BRASIL: UMA LUTA CONTRA A ADOÇÃO ILEGAL

Larissa Ribeiro Pimenta ¹; Fabiano Guimarães Nogueira²

¹Graduanda em direito. Unincor. larihpr99@gmail.com. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6934-3461>

²Docente/Mestre. Unincor. fabiano.nogueira@unincor.edu.br. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7953-5889>

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal, a análise da morosidade do processo de adoção no Brasil e o que isso repercute na procura por maneiras ilegais para adotar uma criança ou adolescente. Buscando responder este questionamento, elencou-se estatísticas atuais do Conselho Nacional de Justiça acerca do perfil de adotantes e adotandos, revisitou-se a história da adoção no Brasil, apresentou-se o procedimento de adoção judicial e introduziu-se o conceito de adoção à brasileira. Assim, foram expostos os materiais e métodos, sendo utilizado como referência na pesquisa a revisão bibliográfica, utilizados para a realização da exposição dos grupos do “Facebook” conforme é realizado o processo de adoção ilegal, através da rede social. Desse modo, foi feita uma reflexão, do atual sistema de adoção hoje e sua propositura de uma solução mais rápida e eficaz ao processo de adoção judicial regular, quais consequências a morosidade do judiciário contribui no processo de adoção ilegal, assim acredita-se que o sistema de adoção brasileiro deve ser melhorado visando o melhor dos menores envolvidos.

Palavras-Chave: Adoção; Adoção à brasileira; Facebook; morosidade.

ABSTRACT

The main objective of this article is to analyze the length of the adoption process in Brazil or that this has illegal repercussions for adopting a child or adolescent. Seeking to answer this question, the National Council of adopting approach was listed, revisiting the history of adoption in Brazil, adopting the procedure of adoption to Justice or adopting the concept of adoption to Justice or adopting the concept of adoption to the Brazilian Court, differentiating it from regular adoption. Thus, the materials and methods used to carry out the exposure of the "Facebook" groups were exposed as the process of illegal adoption is carried out, through the social network. In this way, it was a reflection, the adoption system made today and its proposal for a faster and more effective solution to the regular judicial adoption process, what consequences the slowness of the judiciary impacts on the adoption process, so it is believed that the illegal system of Brazilian adoption must be improved for the better of the minors involved.

Keywords : Adoption;; Brazilian-style adoption; Facebook; slowness.

1 INTRODUÇÃO

“Dá-me filhos, se não morro” foi o grito de Raquel, personagem bíblica que se desespera diante da perspectiva de nunca ser mãe. (BIBLÍA.Português) Milhares de anos depois, na sociedade brasileira atual, este grito ainda ecoa, eis que muitas famílias são impossibilitadas de adotar crianças pela via judicial regular, que é excessivamente morosa e burocrática.

O artigo tem a intenção de demonstrar a realidade da adoção por via judicial e também meios paralelos e ilegais para se adotar uma criança no Brasil. Apresenta-se estatísticas atuais

do Conselho Nacional de Justiça (2021) acerca do perfil de adotantes e adotandos, revisita-se a história da adoção no Brasil, apresenta-se o procedimento de adoção judicial e introduz o conceito de adoção à brasileira, diferenciando-a da adoção regular.

Foi abordado também que, no Brasil existem mais pais querendo adotar, do que crianças acolhidas e aptas para serem adotadas e ter um novo lar segundo os dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019).

No presente artigo foi demonstrado diante das pesquisas na rede social utilizada, o Facebook, a adoção à brasileira e paralela à adoção através do judiciário, devido a morosidade e as exigências que o sistema de justiça exige, famílias buscam outros meios para constituir a sua família.

A partir daí, feita uma reflexão, a respeito do sistema judiciário brasileiro e sua questão em relação à adoção, a sua propositura de uma solução mais rápida e eficaz ao processo de adoção judicial regular, qual seja, a de incorporar a adoção à brasileira ao ordenamento jurídico brasileiro como forma legítima de adoção, mediante a estipulação de normas que atendam à segurança jurídica, à demanda da sociedade e aos interesses dos menores envolvidos, diminuindo-se o tempo que o judiciário leva para concluir uma adoção por via legal.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A Adoção

A adoção constitui uma forma de parentesco civil, para (DINIZ, 2009, p.43.)

A adoção é um ato jurídico solene pelo qual, observado os requisitos legais, previsto na Lei 8.069/90 arts 39 a 52-D, alguém estabelece independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha.

A adoção de crianças e adolescentes é um ato de afeto e que o maior objetivo das pessoas quando optam por adotar é constituir uma família. Segundo o site do Ministério Público Do Paraná (2022) toda pessoa com mais de 18 anos de idade, seja ela casada, solteira ou em união estável, pode adotar uma criança ou um adolescente. O adotante deve ser pelo menos 16 anos mais velho que a criança ou o adolescente que pretende adotar, essa é a única regra exigida, não é levado em consideração a opção sexual, sendo assim, casais homoafetivos podem adotar.

Conforme o (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2022) a adoção é irrevogável, juridicamente impossível devolver a criança ou adolescente depois de todos os trâmites legais,

também pode dar causa a uma série de sanções de natureza civil (incluindo indenização por dano moral) e administrativa (como as previstas nos arts. 129 e 249, da Lei nº 8.069/90, BRASIL,1990). Em casos extremos, como se houver eventual “abandono”, pode também gerar sanções de natureza penal. De acordo com o Código Civil (BRASIL,2002) adotar é um movimento legal e irreversível que irá transferir o poder familiar dos pais biológicos, ou seja, quem gerou a criança, para os pais adotivos, que não possuem laços sanguíneos.

2.2 O processo de adoção no Brasil hoje

Hoje, a adoção de menores de 18 anos é regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que sofreu alterações com a Lei da Adoção (BRASIL, 2009) e a Nova Lei da Adoção (BRASIL, 2017). Subsidiariamente, aplicam-se ordenamentos do Código Civil, BRASIL, 2002 e do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Como já mencionado, o site do CNJ (2019) :

A idade mínima para se habilitar à adoção é 18 anos, independentemente do estado civil, desde que seja respeitada a diferença de 16 anos entre quem deseja adotar e a criança a ser acolhida. Nas comarcas em que o novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento tenha sido implementado, é possível realizar um pré-cadastro com a qualificação completa, dados familiares e perfil da criança ou do adolescente desejado.

De acordo, com o CNJ existem alguns “passos” que o indivíduo que pretende adotar deve seguir, são nove passos que devem ser seguidos que acaba tornando o processo moroso e lento, para realizar uma adoção legal. A seguir os passos exigidos pelo CNJ (2019):

- 1- **A decisão de adotar:** Esse passo é o mais importante, é quando a pessoa ou o casal decide adotar um menor para completar a sua família, nessa situação deve os procurar o Fórum ou a Vara da Infância e da Juventude da sua cidade ou região, e levar os documentos que estão previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas o fórum tem legitimidade para pedir outros documentos além dos mencionados a seguir: Cópias autenticadas: da Certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; Cópias da Cédula de identidade e da Inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF); Comprovante de renda e de residência; Atestados de sanidade física e mental; Certidão negativa de distribuição cível; Certidão de antecedentes criminais.
- 2- **A análise da documentação:** Nessa fase será avaliado a documentação e enviados ao Ministério Público para análise e prosseguimento do processo. O promotor de justiça poderá requerer documentações complementares.
- 3- **Avaliação da equipe interprofissional:** É uma das fases mais importantes e esperadas pelos postulantes à adoção, que serão avaliados por uma equipe técnica multidisciplinar do Poder Judiciário. Nessa fase, objetiva-se conhecer as motivações e expectativas dos candidatos à adoção; analisar a realidade sociofamiliar; avaliar, por meio de uma criteriosa análise, se o postulante à adoção pode vir a receber criança/adolescente na condição de filho; identificar qual lugar ela ocupará na dinâmica familiar, bem como orientar os postulantes sobre o processo adotivo.

- 4- **Participação em programa de preparação para adoção:** A participação no programa é requisito legal, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para quem busca habilitação no cadastro à adoção. O programa pretende oferecer aos postulantes o efetivo conhecimento sobre a adoção, tanto do ponto de vista jurídico quanto psicossocial; fornecer informações que possam ajudar os postulantes a decidirem com mais segurança sobre a adoção; preparar os pretendentes para superar possíveis dificuldades que possam haver durante a convivência inicial com a criança/adolescente; orientar e estimular à adoção interracial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos.
- 5- **Análise do requerimento pela autoridade judiciária:** Nessa etapa, o juiz proferirá sua decisão, deferindo ou não o pedido de habilitação à adoção.
- 6- **Ingresso no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento:** Com o deferimento do pedido de habilitação à adoção, os dados do postulante são inseridos no sistema nacional, observando-se a ordem cronológica da decisão judicial.
- 7- **Buscando uma família para a criança ou adolescente:** Quando se busca uma família para uma criança/adolescente cujo perfil corresponda ao definido pelo postulante, este será contactado pelo Poder Judiciário, respeitando-se a ordem de classificação no cadastro. Será apresentado o histórico de vida da criança/adolescente ao postulante e, se houver interesse, será permitida aproximação com ela/ele. Durante esse estágio de convivência monitorado pela Justiça e pela equipe técnica, é permitido visitar o abrigo onde ela/ele mora; dar pequenos passeios para que vocês se aproximem e se conheçam melhor. É importante manter os contatos atualizados, pois é por eles que o Judiciário entrará em contato para informar que há crianças ou adolescentes aptos para adoção dentro do perfil do pretendente. O sistema também fará comunicações por *e-mail*, caso seja cadastrado.
- 8- **O momento de construir novas relações:** Caso a aproximação tenha sido bem-sucedida, o postulante iniciará o estágio de convivência. Nesse momento, a criança ou o adolescente passa a morar com a família, sendo acompanhados e orientados pela equipe técnica do Poder Judiciário. Esse período tem prazo máximo de 90 dias, prorrogável por igual período.
- 9- **Uma nova família:** Contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência, os pretendentes terão 15 dias para propor a ação de adoção. Caberá ao juiz verificar as condições de adaptação e vinculação socioafetiva da criança/adolescente e de toda a família. Sendo as condições favoráveis, o magistrado profere a sentença de adoção e determina a confecção do novo registro de nascimento, já com o sobrenome da nova família. Nesse momento, a criança/adolescente passa a ter todos os direitos de um filho.

Por fim, o indivíduo que quer adotar, obrigatoriamente deve seguir todos estes passos para obter de forma legalizada uma criança ou adolescente, sendo nove passos que dependendo pode ser muito demorado e burocrático, o tempo varia, cada processo de adoção leva um determinado tempo não podendo especificar com exatidão o tempo que cada adoção demora, em regra deveria ser 120 dias o prazo máximo, prorrogáveis uma única vez por igual período para conclusão do processo de adoção, mas na prática tem processos que demoram anos. mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. Tornando o processo de adoção ilegal uma opção para as pessoas que não desejam esperar ou não conseguem judicialmente adotar.

2.3 O número de adotantes X A quantidade de crianças e adolescentes aptas para serem adotadas

No Brasil existem mais pais querendo adotar, do que crianças acolhidas e aptas para serem adotadas e ter um novo lar. Os dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019) aponta que existem quase 34 mil crianças e adolescentes abrigadas em casas de acolhimento e instituições públicas por todo país. Destas, 5.040 estão totalmente prontas para a adoção. Além disso a idade também influencia no processo de adoção, os adotantes têm preferência por crianças menores, de acordo com o site do Senado em 2020, são 36.437 pessoas interessadas em adotar uma criança. Mas a conta não fecha porque 83% das crianças têm acima de 10 anos, e apenas 2,7% dos pretendentes aceitam adotar acima dessa faixa etária, segundo cálculos do (CNJ, 2019).

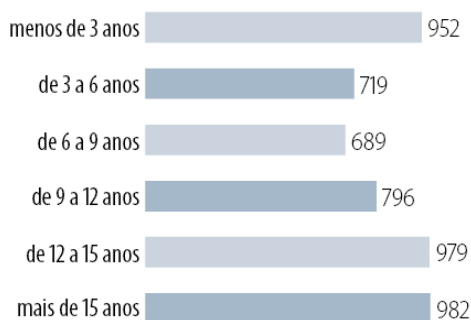
O (CNJ, 2019) alega que é fato de muitos desses pretendentes estarem fechados à busca por um perfil de filho que simplesmente não existe no sistema, pois além de idade, exigem crianças sem irmãos, crianças brancas, com idade até quatro anos, entre outras características que dificultam o processo.

O problema da faixa etária ocorre porque devido esse cenário de lentidão e burocracia existente no processo de adoção no Brasil, muitas crianças e adolescentes acabam envelhecendo nos abrigos e instituições de acolhimento, dificultando a concretização dos procedimentos adotivos, pois é preciso aprimorar as políticas públicas para as crianças e adolescentes nessa condição.

Dessa forma, os dados mostram as evidências que contribuem para a grande quantidade de crianças aptas para serem adotadas judicialmente no Brasil, fazendo com que a morosidade do judiciário atrase e colabore com esse número, além das exigências dos pais que pretendem adotar.

A seguir dados estatísticos, como mencionado anteriormente:

Figura 1: Idade das crianças disponíveis para adoção

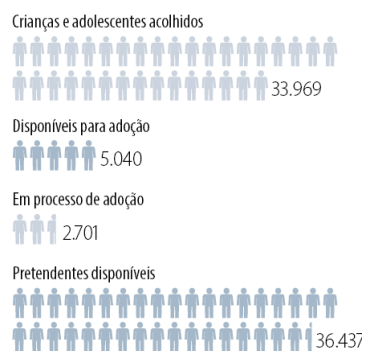


Fonte: Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, em 19/5/2020



Fonte: SENADO FEDERAL, 2020

Figura 2: Panorama da adoção



Fonte: Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, em 19/5/2020



Fonte: SENADO FEDERAL, 2020

O resultado de um processo de adoção moroso através do meio legal, e o judiciário é grande empecilho a efetivação da justiça devida a estas famílias e infantes. Trata-se, de fato, de situação grave e que precisa ser revista com prioridade.

2.4 Os meios ilícitos e alternativos utilizados para adotar uma criança no Brasil

Diante desse cenário moroso que é o processo de adoção no Brasil, muitas famílias se cansam de aguardar na fila de adoção, muitos anos se passam e o sonho de várias pessoas em constituir uma família se torna cada vez mais burocrático e lento, por este motivo, alguns pretendentes optam por recorrer a meios ilegais de adoção a crianças. Este meio irregular, é quando acontece a entrega dos seus filhos a quem os deseje, sem que haja o preenchimento dos requisitos legais e nem existe a tramitação de um processo judicial de adoção, é a popularmente chamada adoção à brasileira.

Essa adoção ilegal, consiste em efetuar o registro do filho de outra pessoa em seu próprio nome e de fato não caracteriza uma adoção, pois não segue as exigências da lei (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS S.D). Apesar de ser comum, e muitas vezes cometida com boas intenções, a mencionada conduta é tipificada como crime contra o estado de filiação.

O artigo 242 do Código Penal descreve o delito de dar parto alheio como próprio e considera como crime o ato de registrar como sendo seu o filho de outra pessoa, bem como o ato de esconder ou trocar recém-nascido, por meio de remoção ou modificação de seu estado civil. Código Penal, (BRASIL, 1940).

Art. 242 – Dar parto alheio como próprio; **registrar como seu o filho de outrem**; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alternando direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único – Se o crime é praticado **por motivo de reconhecida nobreza**: Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Ou seja, a adoção à brasileira, são todos os meios ilegais e alternativos que os pretendentes buscam adotar uma criança ou adolescente que fogem do sistema judiciário brasileiro, as formas irregulares são variadas, mas o motivo sempre é o mesmo, cansados de esperar anos na fila de adoção e ter expectativas frustradas pela via legal, buscam vias ilegais para o mesmo fim; adotar uma criança para constituir a própria família.

A adoção à brasileira é uma opção paralela a realidade de muitos, é uma realidade que muita gente não tem nem o conhecimento da existência, ocorre de diversas formas; através das redes sociais; parentes que dão o filho a outro ente da família ou para conhecidos de forma

clandestina e sem nenhuma legalização, acontece de várias formas e todas são feitas sem conhecimento do judiciário e sem o devido processo legal.

2.5 Informações e dados coletados

A partir da pesquisa realizada através da rede social “Facebook”, em um perfil anônimo, a fim de participar de grupos privados da rede social já mencionada, para entrar nesses grupos era necessário responder um questionário, que perguntava o motivo de cada pessoa que tenta participar do grupo, questionavam se era “bios” (denominação usada para se referir as mães biológicas) ou adotantes, que são as mães que querem adotar por esse meio.(BIOS E ADOTANTES BRASIL, [20--?];BIOS E ADOTANTES, [20--?];QUERO DOAR O MEU BEBÊ, [20--?])

Existem diversos desses grupos, que são discutidos a adoção através do grupo, as mães biológicas que não querem os seus filhos doam para aquelas que querem, a adoção é consensual, entretanto ilegal, e sem participação do poder judiciário.

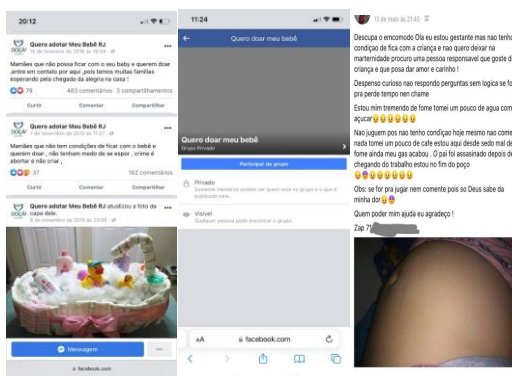
As combinações ocorrem através dos grupos do facebook, as administradoras ajudam também, cada mãe que quer doar o seu filho e cada adotante que quer a criança, as mães biológicas recebem ajuda durante toda a gestação da mãe adotante, em forma de dinheiro, alimentos, exames e até mesmo oferece a casa delas para a “bio” ter o seu neném em segurança.

Esse tipo de grupo é bem comum e de fácil acesso, e as informações que contém neles são privadas, só tem acesso quem participa.

Além desse tipo de adoção através do “Facebook”, nesses grupos são trocadas também informações, mensagens de apoio e tudo que envolve esse meio alternativo e ilegal de adotar uma criança.

Abaixo alguns prints tirados dos grupos:

Figura 3, Depoimentos Bios



Fonte: BIOS E ADOTANTES BRASIL. Facebook.

A facilidade é assustadora, como pessoas negociam voluntariamente a entrega de crianças a desconhecidos, por meio de uma plataforma online, sem saber nem quem são ou o que vão fazer com a criança doada.

Com apenas um clique e um questionário qualquer um tem acesso a esses grupos de forma consensual, e a entrega da criança é fácil e sem nenhuma burocracia, muitas mães biológicas optam por isso, para ganhar alguma quantia ou qualquer tipo de serviço, ou porque não querem a criança mesmo. (BIOS E ADOTANTES BRASIL[20--?]; BIOS E ADOTANTES [20--?]; QUERO DOAR O MEU BEBÊ[20--?])

De fato, é uma questão que deve ser analisada e solucionada, até quando o processo de adoção no judiciário vai ser moroso e lento? Até quando vão existir formas clandestinas sem nenhuma segurança para adotar uma criança?

Figura 4, Depoimentos adotantes



Fonte: BIOS E ADOTANTES BRASIL. Facebook.

São vários relatos, mensagens positivas, fotos de crianças que foram adotadas junto com a família adotante, é um universo paralelo, que a sociedade nem faz ideia que acontece, a seguir o posicionamento do doutrinador:

A adoção à brasileira está assim inserida no contexto da família afetiva, criando laços de afetividade entre pais e filhos, laços estes completamente descolados do vínculo biológico, assim como ocorre com a adoção legal ou regular, aquela onde é obedecido todo o trâmite processual do processo de adoção. Tais laços afetivos, porém não podem ser desconhecidos ou ignorados pelo operador do direito em razão de que a sociedade assim evoluiu e necessita que o direito de [sic] adapte às novas situações. (BOTTEGA, 2020, p. 69)

Vale ressaltar, que esse tipo de adoção por meio do “Facebook” normalmente são realizadas no próprio grupo, e são adotadas crianças recém nascidas, a mãe que tem a intenção de dar o próprio filho, já combina com a mãe adotante no início da gestação, a mãe adotante auxilia a gestante em toda a gravidez, ajudando no que ela precisar (BIOS E ADOTANTES BRASIL [20--?]; BIOS E ADOTANTES [20--?]; QUERO DOAR O MEU BEBÊ [20--?])

A adoção à brasileira é um método arriscado, porque ninguém conhece o outro através da tela, as mães entregam as suas crianças literalmente para qualquer um, sem saber o que vão fazer com a mesma, muitos criminosos podem estar participando desses grupos e utilizar as crianças para outros meios, como tráfico de crianças ou de órgãos.

Nesses grupos são postados relatos, fotos dos bebês, relatos das “bios”, relatos das “adotantes”, depoimentos. No presente artigo, foram preservados a imagem e identidade dos membros dos grupos.

A seguir, relatos e fotografias das mães adotantes:

Figura 5, Fotografias



Fonte: BIOS E ADOTANTES BRASIL. Facebook.

Observação: As pessoas foram tampadas, devido ao direito de imagem.

A adoção à brasileira deriva da tradição e dos costumes que remetem ao tempo do Sistema de Rodas, que, como se viu, perdurou por séculos na sociedade brasileira, sem que houvesse uma legislação eficaz para regular a adoção. Embora hoje haja amparo legal para o tema, de fato, a prática cultural ilícita permanece viva e, conforme mostrado no presente artigo, tem se adaptado para acompanhar as evoluções da tecnologia e da comunicação.

Sendo assim, adotar uma criança, é algo sério, irrevogável, é uma vida, que deve ser feito com zelo e cuidado, entretanto o judiciário precisa ser mais eficaz e rápido, menos burocrático e eficiente, assim esse tipo de adoção ilegal não existirá.

3 MATERIAL E MÉTODOS

Para que se alcance os objetivos propostos no trabalho, faz-se necessário a realização de pesquisa natureza bibliográfica e documental que incluirá doutrinas e sites didáticos, jurisprudências e também, pesquisas em redes sociais como grupos de “ Facebook ” aplicada, no campo da adoção, visando gerar conhecimentos e soluções para problemas específicos, como o sistema de adoção que ainda é lento e muito burocrático, além das pesquisas de casos reais relacionados a adoção ilegal.

Deste modo, o presente estudo apresentará seus resultados por meio de objetivos exploratórios e explicativos, o primeiro pela necessidade do estudo e levantamento bibliográfico quanto a interpretação e aplicação da legislação brasileira nas situações problemas, para que assim, possa, após análise de todo material, apresentar uma definição explicativa da possível solução, consoante ordenamento jurídico brasileiro, das controvérsias apresentadas sobre o procedimento da adoção legal, entender o porquê ser tão demorada e os seus reflexos na adoção ilegal.

Para tanto, o procedimento a ser utilizado será a pesquisa bibliográfica, por meio da abordagem qualitativa, tanto de conteúdo, como de discurso, partindo-se do levantamento de doutrinas, recorrendo a autores como Tarturce, Flávio, Diniz, Maria Helena além de, sites de pesquisas, livros, as redes sociais como o “Facebook” entre outros materiais que tenham como conteúdo o Direito de família, a história da adoção, adoção legal e adoção ilegal.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir, dos dados coletados e da pesquisa realizada através da rede social “Facebook”, impactada com a descoberta e visando compreender melhor do que se tratava, entrei na rede social Facebook e comecei a ler os comentários nos grupos. Comecei a aprender os termos que os integrantes das comunidades utilizam: “eles se referem a ‘bios’ e adotantes. As ‘bios’ são as mães biológicas, que querem doar os filhos.”

Ainda observei que as mães deixavam seus números de telefone para que qualquer

pessoa as contatasse, em que ofereciam seus bebês em troca de compensações financeiras e/ou materiais. A existência de redes ilícitas, embora públicas e de fácil acesso, em redes sociais como Facebook e WhatsApp, em que indivíduos oferecem seus filhos em troca de dinheiro ou bens materiais, de forma consensual.

Os grupos existentes, como “prints” abordados no presente artigo, demonstra a facilidade de adotar por esse meio alternativo e ilegal, através da internet. Ocorre que as mães que estão nesses grupos e as “bios” tentam solucionar o “problema” de uma forma menos morosa e lenta, pois o judiciário gera muita espera, e as mães adotantes ansiosas, preferem uma alternativa mais rápida para satisfazer o seu desejo de ser mãe.

A ausência de preocupação dos integrantes em ocultar o nome das comunidades, seus comentários com as propostas de doação e, ainda, seus dados pessoais – nomes, fotos, dados telefônicos – constitui indicativo alarmante de que se trata de grupos de pessoas desinteressadas em esconder suas identidades e suas ações, que consideram justificáveis e aceitáveis. Os próprios administradores incentivam a interação e a conversação entre sujeitos dispostos a entregar e a tomar crianças nas páginas.

Há, contudo, o problema inerente à falta de regulamentação sobre o procedimento da adoção à brasileira. Hoje, qualquer pessoa que queira entregar seus filhos consegue contornar a lei e fazê-lo por meio das redes sociais, em comunidades abertas e de fácil acesso, que criam um ambiente virtual hostil e que certamente expõe a vida de crianças e adolescentes à má-fé de toda sorte de usuários – desnecessário apontar que abuso sexual e tráfico humano são alguns dos maiores riscos a que os menores podem se submeter no processo.

Bottega, defendendo a socio afetividade como razão válida para regularizar a adoção à brasileira, propõe uma solução interessante e deveras simples para o problema. Conforme a autora, ao invés de buscar combater a adoção à brasileira e focar em estabelecer etapas processuais e determinar requisitos que concernem somente ao procedimento de adoção judicial, seria interessante criar mecanismos para caucionar que a adoção à brasileira seja realizada de forma segura, sempre atendendo aos interesses da criança envolvida. Uma vez realizada a adoção à brasileira, deveria o vínculo socioafetivo formado entre a criança e os pais adotivos ser reconhecido judicialmente, por meio da realização de um estudo social. (BOTTEGA, 2020, p, 122)

A par dos extensos e complicados requisitos para o processo de adoção em nome da proteção integral da criança [...], seria interessante e juridicamente aceitável que após o reconhecimento da filiação sócio-afetiva fosse realizada, então, uma pesquisa, com estudos acerca da permanência da criança no seio familiar, mas não como se apresenta o modelo atual, que torna o processo de adoção cansativo e demorado.

Dessa forma, é evidente a necessidade de rever o meio constituído judicialmente para a adoção, visando facilitar, diminuir os nove “passos”, e facilitar que todas as adoções aconteçam legalmente, e cesse esse meio ilegal existente que facilita o tráfico de crianças, de órgãos e de possíveis abusadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo verificar a viabilidade de se legitimar a adoção à brasileira aliada a morosidade do sistema judiciário brasileiro.

Foram demonstradas Figuras em que se expôs o conteúdo de comunidades abertas da rede social Facebook, em que usuários dos grupos comentavam em *posts* acerca de entrega de crianças de maneira consensual e direta, sem passar por um trâmite judicial de adoção.

A partir do relato da fonte e da exposição das imagens, foi possível contrapor ambas as faces da adoção à brasileira na sociedade atual: por um lado, um recurso ilegal a que famílias desesperadas diante da lentidão do Judiciário apelam; por outro, uma prática perigosa, eis que carece de regulamentação, e expõe a vida de crianças à má-fé de criminosos.

A partir daí, fez-se uma reflexão, tendo-se como referencial teórico Clarissa Bottega (2020) e sua propositura de uma solução mais rápida e eficaz ao processo de adoção judicial regular, qual seja, a de incorporar a adoção à brasileira ao ordenamento jurídico brasileiro como forma legítima de adoção, por meio da estipulação de normas que atendam à segurança jurídica, à demanda da sociedade e aos interesses dos menores envolvidos.

Não é preciso muito mais do que uma conta simples para se notar que o número de adotantes sobrepõe largamente o de adotandos. A consequência lógica seria de que todos estes deveriam ser facilmente acolhidos em um novo lar. Contudo, esse desfecho está longe de representar a realidade brasileira, em que tantas crianças e adolescentes ainda aguardam pela oportunidade de um recomeço familiar. Logo, emerge a questão: se o problema não está na quantidade de famílias disponíveis, o que, de fato, impede que a adoção de todos esses desamparados se concretize?

Desta feita, consumou-se o problema originalmente proposto, com a apresentação de uma resposta que pode mitigar os riscos a que as crianças e famílias se expõem: faz-se necessário abraçar a adoção à brasileira no sistema normativo jurídico do país, feito uma reflexão, do atual sistema de adoção hoje e sua propositura de uma solução mais rápida e eficaz ao processo de adoção judicial regular, quais consequências a morosidade do judiciário

impactua no processo de adoção ilegal, assim acredita-se que o Judiciário somente é justo quando funciona de maneira célere e eficaz.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Sheyla; POZZEBOM, Elina Rodrigues. **Dia da Adoção: Brasil tem 34 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/22/dia-da-adocao-brasil-tem-34-mil-criancas-e-adolescentes-vivendo-em-abrigos>. Acesso em: 20 mai. de 2022.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição Almeida Corrigida Fiel. São Paulo: Sociedade Bíblica Trinitariana do Brasil (SBTB), 2007.

BIOS E ADOTANTES BRASIL. Facebook. Usuário : José da silva. [20--?] Disponível em <<https://m.facebook.com/groups/524207075365789/tsid=0.12722890420864041&source=result>> Acesso em: 20 mai.2022

BIOS E ADOTANTES. Facebook. Usuário : José da silva. [20--?] Disponível em <https://m.facebook.com/groups/454280982525213group_view_referrer=search&_rdc=1&_rdr> Acesso em: 20 mai.2022

BRASIL. **Adoção. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em: 20 mai.2022.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113509.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

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

BOTTEGA, Clarissa. **Adoção à brasileira: um caso de reconhecimento do afeto como valor jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Dialética, 2020.

CNJ. **Passo a passo da adoção** (2019). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em: 20 mai. 2022.

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15.ed São Paulo: RT, 2009, p.43

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Adoção: Um encontro de Amor**. Disponível em: <https://mppr.mp.br/pagina-6099.html>. Acesso em: 20 mai.2022.

QUERO DOAR MEU BEBÊ. Facebook. Usuário : José da silva. [20--?] Disponível em < <https://m.facebook.com/groups/724453411355099/tsid=0.17631157102064&source=resultados>> Acesso em: 20 mai.2022

Secretaria de Comunicação Social. Manual de redação: **Agência Senado**, Jornal do **Senado**. Brasília: **Senado** Federal, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Adoção à Brasileira**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/adocao-a-brasileira>. Acesso em: 20 mai.2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

A CONDIÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO QUANDO CASADO NO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Aureluce Gonzaga Dutra Maciel¹; Giovanni Jonatas de Souza²

¹Graduanda no Curso de Direito do Centro Universitário Vale do Rio Verde- UNINCOR. Email. aurelucegonzaga@yahoo.com.br com ORCID (0000-0002-760-2078 em <https://orcid.org/>)

²Prof. Esp. Do Centro Universitário Vale do Rio Verde - UNINCOR. Email. prof.giovanni.souza@unincor.edu.br. ORCID (<https://orcid.org/0000-0002-7215-3933>)

RESUMO

O artigo em questão apresenta como tema central a condição do cônjuge sobrevivente na sucessão quando casado no regime de separação convencional de bens e tem como objetivo determinar se o cônjuge sobrevivente, no casamento com regime de separação convencional de bens, concorrerá na sucessão com os demais herdeiros, unificado no contexto do artigo 1.829, I do Código Civil de 2002. A metodologia trata-se de uma pesquisa exploratória e explicativa, através de levantamento bibliográfico de como a legislação resolve as situações sobre o caso que será trabalhado, partindo-se do levantamento de doutrinas, jurisprudências, livros e artigos científicos. Propõe-se, portanto, abordar temas que tratam de todos os regimes de bens existentes em nosso ordenamento jurídico, como ocorre a sucessão e quem são os herdeiros necessários. Entende-se que o direito de herança e que o regime de separação é de expressivo interesse tanto com relação à separação obrigatória, assim como em consideração à separação convencional. Ao fim, constata-se que contrariamente ao entendimento atual da jurisprudência, uma vez que tanto a separação convencional de bens, como a separação legal de bens, partem da mesma fonte qual seja, a separação de bens, e, para tanto, devem possuir os mesmos efeitos, não concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes, deve-se respeitar a vontade dos nubentes ao estipularem o pacto antenupcial.

Palavras-Chave: Direito Civil, Direito Sucessório, Direito de Família, Regime de Bens, Regime de Separação Convencional de Bens.

ABSTRACT

The article in question presents as a central theme the condition of the surviving spouse in the succession when married in the conventional regime of separation of property, and aims to determine whether the surviving spouse, in marriage with a conventional separation of property regime, will compete on succession with the other heirs, unified in the context of article 1829 of the Civil Code of 2002. The methodology is an exploratory and explanatory research, through a bibliographic survey of how the legislation solves the situations of the case that will be worked, starting from the survey of doctrines, jurisprudence, books and scientific articles therefore, it is proposed to address issues that deal with all existing property regimes in our legal system. How succession takes place and who are the necessary heirs it is understood that the right of inheritance and that the regime of separation is of expressive interest both in relation to mandatory separation, as well as in consideration of conventional separation. At the end, it is noted that contrary to the current understanding of jurisprudence, since both the conventional separation of goods, as the legal separation of property, come from the same source, and therefore must have the same effects, the survivor spouse not competing with the descendants, the will of the spouses must be respected when stipulating the antenuptial agreement.

Keywords: Civil Right, Inheritance Law Family, Right Property, Regime Conventional, Separation of Property Regime.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família e das Sucessões tratam de normas jurídicas que não somente regulam a vida de uma pessoa, mas também as normas de convivência familiar. Essa área do

Direito tem a função de proteger não apenas as relações pessoais, mas também as de natureza patrimonial.

Sendo a família a base de nossa sociedade o casamento é um Instituto que faz parte do nosso Direito Civil, assim como da nossa Constituição.

Ademais, o Direito de Família regulamenta o direito patrimonial do casal, sendo lícito aos nubentes a estipulação do regime de bens que irá vigorar na data do casamento.

Outrossim, querendo os cônjuges estipularem seu regime de casamento, obrigatoriamente deverá ser feito o pacto antenupcial, que é um contrato celebrado entre os noivos, com o propósito de se estabelecer qual o regime vigorará após a celebração do casamento.

Estão vigorando hoje no direito brasileiro os seguintes regimes de casamento: o regime de comunhão parcial de bens, o de comunhão universal de bens, o de separação convencional de bens, o de separação obrigatória de bens e o regime de participação final nos aquestos.

Sendo assim, o regime de bens no momento em que ocorrer a dissolução da sociedade e o vínculo conjugal, seja através do divórcio ou pela morte de um dos cônjuges, irá impactar diretamente no direito sucessório.

Tendo em vista que a separação convencional de bens, em regra, não haverá a comunicabilidade do patrimônio tanto anterior ao casamento quanto dos bens adquiridos na constância do casamento, abordar-se-á a condição do cônjuge sobrevivente na sucessão hereditária.

Por essa razão, a questão a ser desenvolvida na pesquisa, será discorrer sobre a situação do cônjuge sobrevivente na sucessão decorrente do regime de separação convencional de bens.

Cumprido dizer que, tanto a jurisprudência como a própria doutrina, têm divergentes opiniões sobre o tema mudando os posicionamentos ao decorrer dos tempos. Como consequência, as divergências acarretam instabilidade e incerteza jurídica, assim como na sociedade, em relação à devida interpretação e aplicação do artigo 1829, inciso I, do Código Civil (BRASIL, 2002).

Diante do exposto, o tema irá analisar as variadas hipóteses existentes na sucessão em relação à situação do cônjuge sobrevivente em concorrência com os demais herdeiros no regime de separação convencional de bens, bem como irá apontar os entendimentos adotados pelos tribunais e pela jurisprudência, assim como, as mudanças de posicionamentos em que ocorreram, a fim de elucidar a correta aplicação do direito.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Regimes de bens no direito civil brasileiro

De acordo com o nosso Código Civil (BRASIL, 2002), tem-se vigorando no direito brasileiro os seguintes regimes de casamento:

- 1) Comunhão Parcial
- 2) Comunhão Universal
- 3) Separação Convencional
- 4) Separação Legal
- 5) Participação Final nos Aquestos

Desta forma, pode-se verificar que cada regime de casamento tem as seguintes definições:

2.1.1 Comunhão Parcial

O regime de comunhão parcial de bens pode ser entendido como:

Aquele em que há, em regra, a comunicabilidade dos bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimônio, por um ou ambos os cônjuges, preservando-se, assim, como patrimônio pessoal e exclusivo de cada um, os bens adquiridos por causa anterior ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo. Genericamente, é como se houvesse uma “separação do passado” e uma “comunhão do futuro” em face daquilo que o casal, por seu esforço conjunto, ajudou a amealhar. Trata-se, pois, em nosso sentir, de um regime conveniente, justo e equilibrado. A nossa definição proposta tem raiz no art. 1.658 do Código Civil de 2002: “Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1927).

Sendo assim, não havendo pacto antenupcial e não sendo obrigatório o regime da separação de bens, o regime da comunhão parcial é aplicado na maioria dos casamentos celebrados no Brasil.

Desta forma, no Regime da Comunhão Parcial, os bens adquiridos pelo casal após a celebração do casamento, compõe o patrimônio comum.

Excluem-se da comunhão parcial os bens que cada cônjuge possua antes do casamento, os sub-rogados por estes, por doação ou sucessão, as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo se reverterem para proveito do casal, em especial os bens de uso pessoal,

os livros e instrumentos de profissão.

2.1.2 Comunhão Universal de Bens

Pode-se dizer que, o regime de comunhão universal de bens:

Tende à unicidade patrimonial. Vale dizer, o seu princípio básico determina, salvo as exceções legais, uma fusão do patrimônio anterior dos cônjuges e, bem assim, a comunicabilidade dos bens havidos a título gratuito ou oneroso, no curso do casamento, incluindo-se as obrigações assumidas: “Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1932)

Durante muito tempo para o Direito, a Comunhão Universal era o único regime de bens do casamento, com a possibilidade do fim do vínculo conjugal, este regime foi substituído e passou a coexistir com outras divisões de patrimônio (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2020).

Ao contrário do que se possa pensar, até mesmo da comunhão universal, existem bens comunicáveis.

2.1.3 Participação Final nos Aquestos

Define-se a participação final nos aquestos o regime em que:

Cada cônjuge possui patrimônio próprio e administração exclusiva dos seus bens, cabendo-lhes, no entanto, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito de meação sobre os bens aquestos onerosamente adquiridos pelo próprio casal.

Assim, reconhecemos a participação final nos aquestos como um regime híbrido, com características de separação e de comunhão parcial de bens.

Ademais, isso explica a própria denominação do regime, uma vez que, a título de compensação pelos esforços envidados em conjunto, partilham-se, ao final, os bens adquiridos com a participação onerosa de ambos os cônjuges. Nesse diapasão, o art. 1.672 do Código Civil: “Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1941)

Esta forma de regime foi adotada pelo direito brasileiro através do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Ademais, na participação final nos aquestos o direito a meação, não é renunciável nem cessível ou penhorável.

Bem como os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro. Sendo que, no caso dos bens adquiridos pelo trabalho conjunto terá cada cônjuge uma quota igual no condomínio e no crédito.

2.1.4 Separação Convencional

A separação convencional pode ser definida como:

A incomunicabilidade dos bens dos cônjuges, anteriores e posteriores ao casamento. É a previsão do art. 1.687 do CC/2002: “Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”. Trata-se de regime que exige expressa manifestação das partes, não se confundindo com o da separação legal ou obrigatória. Estipulado o regime de separação de bens, cada cônjuge mantém o seu patrimônio próprio, compreensivo dos bens anteriores e posteriores ao casamento, podendo, como visto, livremente aliená-los, administrá-los ou gravá-los de ônus real. Note-se, pois, que, neste regime, existirá uma inequívoca independência patrimonial, não havendo espaço para futura meação. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1936)

Neste sentido, os artigos 1687 e 1688 do Código Civil (BRASIL, 2002), regulamentam o regime da separação convencional de bens, a regra deste regime é que cada um dos cônjuges poderá livremente alienar ou gravar de ônus real os seus bens, que permanecerão livremente sob sua administração.

Para a adoção do regime da separação convencional de bens será necessário, a celebração do pacto antenupcial, pelo qual o casal convencionou que seus bens, presentes e futuros, serão incomunicáveis.

Diferencia-se do regime de separação obrigatória de bens, ao passo que este é uma imposição da lei em determinadas situações, de modo obrigatório, sendo que a separação convencional é por deliberação dos nubentes.

2.1.5 Separação Legal ou Obrigatória

Podemos definir a separação legal como aquela que:

Há situações em que a lei impõe o regime de separação de bens. Trata-se do denominado regime de separação legal ou separação obrigatória de bens, instituído nos termos do art. 1.641 que, por traduzir restrição à autonomia privada, não comporta interpretação extensiva, ampliativa ou analógica. Aliás, com fundamento nessa comezinha diretriz hermenêutica, concluímos, firmemente, no sentido da completa impossibilidade de se pretender estender esse regime restritivo à união

estável, dada a inequívoca ausência de previsão legal nesse sentido. O regime de casamento, e não para a união estável. Vejamos, pois, quais são as suas hipóteses de aplicação no Código Civil de 2002, já com a redação dada pela Lei n. 12.344, de 9 de dezembro de 2010: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I — das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II — da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III — de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.1936).

Desta feita, tanto na separação convencional quanto na separação obrigatória, tratam-se de regimes onde a separação de bens, em regra deveria ser total.

Ademais, de acordo com que estabelece o Código Civil (BRASIL, 2002), em regra, em ambos os regimes, prevalece a incomunicabilidade, onde os bens que cada cônjuge possuir ao se casar, tanto como os que sobrevierem na constância do casamento permanecerão sob sua propriedade, observando-se o pacto antenupcial da separação convencional.

2.2 A Sucessão e os Herdeiros Necessários

2.2.1 A sucessão hereditária

O Direito das Sucessões é o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2020).

Para Coelho (2020, p. 144) o direito das sucessões cuida de um dos meios de transmissão, que é a morte da pessoa física. Como o patrimônio não pode ficar sem titular, morrendo esse, deve ser imediatamente transferido para outras pessoas.

Ademais, o artigo 1.784 do Código Civil (BRASIL, 2002), estabelece que sendo aberta a sucessão, a herança deve ser transmitida imediatamente para os herdeiros legítimos e testamentários. Esse artigo cuida do princípio fundamental do Direito das Sucessões, o Princípio da Saisine, que tem por objetivo impedir que o patrimônio deixado fique sem titular enquanto se aguarda a transferência em definitivo dos bens aos sucessores do de cujus.(GAGIANO; PAMPLONA FILHO; 2020).

Desta forma, a regra é que se cumpra a vontade do falecido, porém desde que esta tenha atendido aos requisitos determinados em lei.

Assim, a sucessão poderá ocorrer por disposição de última vontade (testamento), contudo na existência de herdeiros necessários (cônjuge sobrevivente, descendentes e

ascendentes), o testador só poderá dispor de metade de sua herança, conforme preceitua o artigo 1789 do Código Civil (BRASIL, 2002).

A outra metade constituirá a “legítima”, assegurada aos herdeiros necessários, entretanto não havendo herdeiros necessários o testador terá plena liberdade de testar.

2.2.2 Herdeiros necessários

Para melhor compreensão primeiramente deve-se entender que, herdeiro é toda pessoa que por lei tem direito de receber os bens deixados por alguém que já faleceu, de cujos.

Deste modo, são considerados como herdeiros legítimos aqueles que fazem parte da sucessão patrimonial do falecido de forma legal, a lei é taxativa ao estabelecê-los no artigo 1.829 e incisos do Código Civil (BRASIL, 2002).

Logo, são considerados como herdeiros legítimos os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais até o 4º grau da pessoa falecida.

Conforme Coelho (2020, p. 145):

Os familiares sucessíveis são os descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro e os colaterais até o quarto grau. Assim, titulam o direito de sucessão, quando chamada a classe a que pertencem, os filhos, netos, bisnetos, tataranetos (descendentes), pais, avós, bisavós, tataravós (ascendentes), irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos-netos e tios-avós (colaterais), cônjuge e convivente do falecido. São esses os familiares que podem suceder a pessoa morta na titularidade do patrimônio por ela deixado. Os demais parentes do falecido, como os afins, não são sucessíveis.

Por outro lado, herdeiro necessário é aquele que por sua relação com o ente familiar falecido, possui vários direitos garantidos por lei à herança.

Configuram-se como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge do falecido em questão.

Para Coelho (2020, p. 146) “Herdeiros necessários (também chamados de reservatários ou obrigatórios) são os que não podem ter sua porção na herança prejudicada por mera vontade do falecido”.

Assim, se configuram como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge do falecido em questão, além dos herdeiros facultativos.

Importante destacar que, no rol dos herdeiros legítimos, os colaterais não são considerados herdeiros necessários.

Conforme exposto por Coelho (2020) e na forma do artigo 1829 do Código Civil

(BRASIL, 2002), os herdeiros são divididos em classes, sendo que a existência das primeiras excluem-se as próximas na sucessão, estando assim classificadas:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002, p.138)

Desta forma, aos herdeiros necessários de pleno direito pertence à metade dos bens relativos à herança, a denominada legítima.

2.2.3 Interpretação do inciso I, do artigo 1829 do Código Civil em relação a situação do cônjuge sobrevivente no regime de separação convencional de bens

O artigo 1829, inciso I, do Código Civil (BRASIL, 2002), apresenta algumas dúvidas de cunho interpretativo, decorrentes principalmente do regime escolhido pelos cônjuges e companheiros, que estão sendo sanadas pelos tribunais superiores.

Em relação aos cônjuges casados sob o regime da separação convencional de bens, objetivo da pesquisa, depende do saneamento interpretativo existente que trata do direito sucessório do cônjuge sobrevivente e sua concorrência com os demais herdeiros necessários.

Lado outro, o artigo 1829, inciso I do Código Civil (BRASIL, 2002), estabelece o seguinte:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Por interpretação literal do texto supracitado, observa-se que, os cônjuges sobreviventes concorrem com os descendentes, como regra, exceto nas situações expressas no inciso I, quais sejam, os casados no regime de comunhão universal, no regime de separação obrigatória de bens, ou ainda, se casado no regime de comunhão parcial o *de cujus* não possuía bens particulares, ou seja, nestes casos, o cônjuge sobrevivente, não concorre na herança com os descendentes. (BRASIL, 2002)

Como pode se observar existe uma ordem de sucessão, e a regra é de que a herança é entregue para o herdeiro de classe mais próxima, excluindo-se a mais remota, salvo na

existência de direito de representação, que se dá, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que se sucederia, se vivo fosse, como dispõe o artigo 1851 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Posto isso, é importante levar em consideração o regime de bens para poder estabelecer quando o cônjuge ou companheiro irá concorrer com o descendente.

Deste modo, não pairam dúvidas que, concorrerá com os descendentes, o cônjuge ou companheiro que optaram pelo regime da participação final nos aquestos, bem como os de comunhão parcial de bens existindo bens particulares.

Em relação aos ascendentes, o cônjuge ou companheiro não irá se preocupar com o regime de bens pactuado, conforme estabelece o artigo 1829, II do código civil (BRASIL, 2002).

A controvérsia aparece na situação do cônjuge sobrevivente quando casado sob o regime de separação convencional de bens, onde nitidamente seus efeitos irão produzir inegável polêmica no âmbito do direito sucessório, tanto pela jurisprudência, assim como pela doutrina.

2.2.4 Interpretação Jurisprudencial e Doutrinária e conforme atual entendimento do STJ.

A jurisprudência no decorrer do tempo se posicionou de diversas formas para resolver a controvérsia existente em relação ao regime de separação convencional de Bens.

Podemos observar que o STJ até o ano de 2014 adotava o seguinte entendimento:

Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. (BRASIL, 2010, p. 820).

No julgamento do Recurso Especial supracitado, foi estabelecido que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de separação convencional de bens, não teria direito de concorrer com os descendentes do falecido. Entendeu-se a época que o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil (BRASIL, 2002), ao elencar o cônjuge casado sob o regime de separação obrigatória como uma exceção à concorrência sobre a herança com os descendentes do falecido, o fez com o mesmo fundamento, qual seja, o regime de separação de bens, haja visto que do gênero separação de bens, deriva-se duas espécies: a) separação

obrigatória/legal de bens, e, b) separação convencional de bens, logo, no entendimento da época, fazer distinção no tratamento sucessórios das duas espécies, as quais, partem do mesmo gênero, seria invalidar os fundamentos objetivados no gênero, separação de bens, em sua espécie separação convencional de bens, se esvaziando o sentido, previsão e possibilidade do regime de separação convencional de bens. (BRASIL, 2010)

Nessa esteira, firmou-se o parecer que a autonomia da vontade do cônjuge declarada em vida deveria ser respeitada *post mortem*, quando casado sob o regime da Separação Convencional.

Desse modo, o cônjuge sobrevivente jamais seria herdeiro necessário do falecido, pois a mesma circunstância que em determinadas situações a lei obriga que se dê o regime de separação de bens, a lei possibilita a livre escolha das partes, ou seja, embora, não seja obrigatória, as partes podem escolher seguir pelas mesmas condições, e, se escolheram, não se pode haver aplicação diferente durante a sucessão, e de igual modo, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes. (BRASIL, 2010)

Ocorre que, após o ano de 2015 o Tribunal Superior de Justiça mudou seu entendimento, passando-se a estabelecer da seguinte forma:

A atual jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, I do CC/02. (BRASIL, 2021, p.03).

A decisão do STJ foi em sentido contrário ao entendimento anterior, entendendo que, ao mencionar expressamente “separação obrigatória”, a intenção do legislador foi justamente referir a apenas a Separação Legal de Bens, e, para tanto, a aplicação pelo judiciário deve se dar de forma literal e taxativa, consoante estabelecido pelo legislador.

Logo, como o referido dispositivo, não fez referência expressa a Separação Convencional, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens, na existência de descendentes, concorrerá com eles. (BRASIL, 2002).

Portanto parte da doutrina sob a ótica de uma interpretação literal da letra de lei aponta que haverá concorrência com os descendentes, ocupando o cônjuge sobrevivente condição de herdeiro nas hipóteses não mencionadas de maneira clara pelo inciso I, do artigo 1829 (BRASIL,2002; DIAS, 2008; GOMES, 2007).

Dessa forma, Maria Berenice Dias, já defendia a inclusão do cônjuge casado na sucessão sob o regime de separação convencional, no ano de 2008, quando a jurisprudência

ainda se mostrava contrariamente, aduz a autora que:

A não-concorrência é a exceção. De modo expresso, são apontados os regimes de bens em que o cônjuge sobrevivente não concorre. Como a lei indica as hipóteses em que há a exclusão do direito, é de se ter nominata como taxativa. É o que se chama de *numerus clausus*, a impedir interpretação extensiva. Assim, quando não expressamente excluído, prevalece o direito de concorrência. Como são referidos somente os regimes de comunhão universal, separação obrigatória de bens e uma modalidade da comunhão parcial (a depender da existência ou não de bens particulares do de cujus), outra não pode ser a conclusão: nos demais regimes o cônjuge sobrevivente concorre com os herdeiros. Portanto, prevalece o direito do cônjuge: na separação convencional de bens, no regime de participação final de aquestos e em uma modalidade do regime da comunhão parcial. (DIAS, 2008, p. 154).

Ainda quando, a Jurisprudência mantinha entendimento contrário, Maria Helena Diniz (2008, p. 105- 106), também já compartilhava da mesma opinião:

Pelo novo Código Civil, convém repetir, haverá concorrência do cônjuge supérstite com descendentes do autor da herança, desde que, pelo regime matrimonial de bens, o falecido possuísse patrimônio particular. Para tanto, o consorte sobrevivo, por força do art. 1829, I, só poderá ser casado sob o regime da separação convencional de bens, de participação final de aquestos ou de comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do *de cujus*. Se o falecido não possuía bens particulares, o consorte sobrevivente não será herdeiro, mas tem assegurada a sua meação, sendo o regime de comunhão universal ou parcial. Meação não é herança, pois os bens comuns são divididos, visto que a porção ideal deles já lhes pertencia. Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivo receberá sua meação, se casado sob o regime de comunhão parcial, e uma parcela sobre todo o acervo hereditário. Concorre em igualdade de condições com os descendentes do falecido, exceto se já tiver direito à meação em face do regime matrimonial de bens. Terá quinhão igual ao dos que sucederam por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

Para a corrente majoritária, os regimes de bens e direito sucessório não se confundem, desempenhando funções distintas.

Flávio Tartuce (2014, p. 172), enfatiza essa questão com as seguintes palavras:

Nunca se pode esquecer que a meação não se confunde com a herança, sendo este baralhamento muito comum entre os operadores do Direito. Meação é instituto de Direito de Família, que depende do regime de bens adotado e da autonomia privada dos envolvidos, que estão vivos. Herança é instituto de Direito das Sucessões, que decorre da morte do falecido.

No que tange a questão dos deveres contratuais, a corrente majoritária entende que a Separação Convencional sendo um acordo antenupcial, regida por um contrato, sendo esse um vínculo jurídico entre o credor e devedor em vida, o falecimento põe fim ao casamento.

Logo o casamento põe fim à sociedade conjugal, por força expressa do artigo 1571, inciso I do Código Civil (Brasil, 2002), extinguindo-se também o regime de bens pactuado.

2.2.5 Interpretação Doutrinária em sentido contrário ao atual entendimento do STJ (antigo posicionamento adotado)

Lado outro, há doutrinadores que não coadunam com referido entendimento, tendo em vista que Miguel Reale preconiza a impossibilidade de o cônjuge casado em regime de Separação Convencional de Bens, concorrer à herança do falecido (REALE JUNIOR, MARTINS, 2005).

Ademais, Miguel Reale Jr. e Judith Costa Marins (2005) a fim de introduzir suas teses de defesa no sentido de impossibilitar a concorrência do cônjuge com os descendentes, recomenda a importância do entendimento com as seguintes alegações:

A vinculação entre a proteção à personalidade do morto com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana tem importância decisiva para o deslinde do caso posto à nossa apreciação, possibilitando uma interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil em acordo à Constituição e às próprias diretrizes teóricas do Código Civil. (REALE JUNIOR, MARTINS, 2005, p. 220).

Desse modo, para Miguel Reale é importantíssimo haver um critério de interpretação, que em primeiro plano se encontra na Constituição Federal de 1988, mais especificamente quando se trata do princípio da dignidade humana e da autonomia privada. (REALE JUNIOR, MARTINS, 2005; BRASIL, 1988)

Além disso, para a doutrina inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002), deve ser contextualizado conforme o próprio Código Civil, devendo ser respeitada a manifestação da vontade dos nubentes, a autonomia privada e consequentemente responsabilidades como o princípio da eticidade, da confiança entre as partes e a boa-fé objetiva.

Quanto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Miguel Reale ensina que esse princípio afirma-se na liberdade do homem e se concretiza pela autonomia privada.

O princípio da dignidade humana implica em reconhecer-se aos seres humanos a capacidade para a autodeterminação, pois não há dignidade na completa heteronomia, que é a escravidão. A autodeterminação constitui-se numa questão filosófica fundamental, qual seja a do exercício da liberdade humana. Uma das formas de expressão jurídica da liberdade é, no campo negocial, o princípio da autonomia privada. (REALE JUNIOR, MARTINS, 2005, p. 222).

O entendimento do referido jurista não se encontra isolado na doutrina, partilhando Eduardo de Oliveira Leite de idêntica compreensão:

A coerência e cientificidade de Reale mais uma vez se impõe: desconsiderar os efeitos decorrentes do regime de separação convencional revela-se, senão difícil, impossível, e desconsiderar a vontade manifesta das partes materializada no pacto antenupcial implicaria invalidar um ato jurídico formal, que produziu todos os efeitos durante a vida em comum do casal e, pois, não poderia deixar de valer após a morte de um de seus subscritores. (LEITE, 2009, p. 276).

Além do mais, esta parte da doutrina defende a lógica de que a sucessão nada mais é do que a continuidade da personalidade do falecido em outra pessoa e se o de cujos optou pela incomunicabilidade de seu patrimônio com seu cônjuge em vida, porque não querer após a sua morte. (REALE JUNIOR, MARTINS, 2005, p. 222).

Miguel Reale Jr. e Judith Martins Costa (2005, p.215), argumentam que:

É evidente que haveria quebra da unidade sistemática do Código a não-extensão, por analogia (*eadem ratio*), da solução dada aos casados em separação total de bens por imposição legal. Mais ainda, haveria quebra da coerência lógica, pois se estaria, concomitantemente, (i) reconhecendo aos nubentes a possibilidade de autodeterminação para escolherem a separação patrimonial e (ii) negando essa mesma possibilidade pela imposição de uma comunicabilidade *post mortem*.

Dessa forma, até o ano de 2014 o STJ, adotou-se o mesmo entendimento:

Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. (BRASIL, 2010, p. 820).

Portanto, resta-se evidente que o tema ainda possui muito a ser discutido, conforme exposto, pois a jurisprudência ainda não é pacífica, vez que alterada recentemente. Ademais, parte da doutrina ainda discorda do atual entendimento jurisprudencial.

Cahali e Hironaka (2007, p. 167), em nota de rodapé de sua obra, concordam que, de fato, se apura divergência quanto à possibilidade de o cônjuge viúvo casado pelo regime de separação convencional ocupar a posição de herdeiro, embora considerem claro o texto legal.

Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2009, p. 97), admitem que o tema suscita, interpretações divergentes, como observado em comentários da doutrina. Assim, ao duto

Miguel Reale (REALE JUNIOR, MARTINS, 2005), em artigo publicado na imprensa, pareceu que, não havendo concorrência na herança para o casado no regime de separação obrigatória, também não poderia haver esse concurso no regime de separação convencional.

3 DISCUSSÕES E RESULTADOS

Parte da doutrina, assim como o Judiciário em diversos julgados atualmente defendem e fundamentam, pela inclusão do cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens a condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes do falecido. Nessa senda, observa-se que a doutrina e a jurisprudência atual, optam pela interpretação literal da letra de lei do artigo 1829, inciso I, do Código Civil (BRASIL, 2002), objetivando a proteção do cônjuge sobrevivente, garantindo a ele o mínimo para uma sobrevivência digna após a morte do cônjuge.

É nesse contexto, que o Código Civil (BRASIL, 2002), é visto como um marco para reger a evolução familiar, tratando-se de um avanço para o ordenamento jurídico, diante da nova roupagem trazida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), nas relações familiares.

Em contrapartida outros doutrinadores defendem que o cônjuge viúvo casado sob o regime de separação convencional não herda em concorrência com os descendentes do de cujos.

Desse modo, objetivam a valorização da proteção e da preservação da autonomia da vontade dos nubentes, haja vista que o pacto antenupcial é regido pela força obrigatória do contrato, *pacta sunt servanda*, logo passa a constituir verdadeira lei entre as partes.

Além disso, tutelam a primazia dos princípios jurídicos que incidem sobre o regime da separação convencional, bem como a confiança jurídica no momento da escolha do regime de casamento escolhido pelos nubentes.

Importante esclarecer que, por esse entendimento, mesmo que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional seja impossibilitado de concorrer à herança do falecido, estará protegido, pois ainda permanece beneficiado pelo direito real de habitação.

Pois, o artigo 1.831 do Código Civil (BRASIL, 2002), traz uma proteção à pessoa que perdeu seu esposo ou companheiro, garante ao viúvo ou viúva, o direito de continuar morando no imóvel que era residência do casal ou família, sem que tenha que pagar aluguéis a eventuais outros herdeiros, além de impedir que o imóvel seja vendido para partilha.

Contudo, a garantia de moradia somente será assegurada quando não houverem, mais

bens residências a serem partilhados no inventário do falecido e cessará com a morte do beneficiário ou quando o mesmo constituir novo casamento ou união estável, com disposto no artigo 7º da Lei 9.278/96 (BRASIL, 1996).

Além de que, neste sentido, deve-se observar que tanto o regime de separação convencional de bens, como o de separação legal de bens, parte da mesma fonte, qual seja, a separação de bens, e, deveriam para tanto, irradiar os mesmos efeitos.

Consequentemente, diante da divisão doutrinária, e das divergências jurisprudenciais, inclusive dentro do próprio Tribunal Superior de Justiça que altera seu entendimento com o passar dos anos, apoiando ou não o afastamento do cônjuge sobrevivente na sucessão no regime da separação convencional, verifica-se que tais circunstâncias causam insegurança jurídica e contrariam os princípios gerais do direito.

4 ASPECTOS METODOLÓGICO

O estudo apresenta seus resultados por meio de objetivos exploratórios e explicativos, através de um levantamento bibliográfico de como a nossa legislação resolve as situações sobre o caso que será trabalhado, para que assim, após uma análise de todo o material, apresentar uma solução conforme estabelece o nosso ordenamento jurídico do direito que terá o cônjuge sobrevivente na partilha de bens, no regime de separação convencional de bens em concorrência com os outros herdeiros.

Para isto, serão utilizadas pesquisas bibliográficas, através de doutrinas, recorrendo a autores como Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Fábio Ulhoa Coelho, Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce, Miguel Reale Jr., Judith Costa Marins, Eduardo Oliveira Leite, bem como jurisprudências, livros, artigos científicos entre outros que tenham como conteúdo o Direito de Família, no direito das sucessões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo buscou analisar as diferentes interpretações em relação à aplicação do inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil, a respeito da exclusão ou não do cônjuge sobrevivente na sucessão hereditária no regime de separação convencional de bens.

Diante disso o estudo teve como objetivo geral determinar se o cônjuge sobrevivente concorrerá na sucessão como herdeiro necessário no regime de separação convencional de bens. Constata-se que o objetivo geral, foi atendido, pois efetivamente o estudo conseguiu identificar se o cônjuge sobrevivente poderá na sucessão ser considerado herdeiro necessário ou não no regime de separação convencional.

Com a situação, constata-se que a jurisprudência atual perfila o entendimento pela

aplicação literal do disposto no Código Civil, uma vez que o legislador optou por não colocar expressamente a não concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes quando casado sob o regime de separação convencional de bens.

Assim deve prevalecer na aplicação do direito, como apontado, por parte da doutrina, que coaduna o mesmo entendimento, que referida aplicação, garante o instituto familiar e proteção ao mínimo necessário para sobrevivência do cônjuge sobrevivente.

Ante o exposto, muito embora a tese defensora de que a concorrência garantirá o mínimo necessário para a sobrevivência do viúvo, essa não pode prosperar, uma vez que, mesmo o cônjuge não concorrendo com os descendentes, terá resguardado o direito de habitação, conforme estabelece o artigo 1.831 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Por isso, deve-se ter em mente que a norma jurídica não deve prevalecer somente da sua literalidade, mas também de seu valor intrínseco. Haja vista que o objetivo e a finalidade do regime de separação convencional, são de que os bens não serão partilhados na constância do casamento ou pelo seu término, em razão do divórcio ou da morte de um dos cônjuges.

O artigo 1687 do Código Civil (BRASIL, 2002), dispõe que, estipulada o regime de separação convencional de bens estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, consistindo a incomunicabilidade absoluta dos bens, antes, durante, e após o casamento.

Dessa forma, admitindo-se o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, isso refletirá consideravelmente na eficácia do regime de separação convencional de bens, pois em nada se aproveitará a escolha desse regime de casamento, se após a morte de um dos cônjuges o outro vier a se beneficiar com parte dos bens do falecido.

Não obstante, se às partes interessarem pela concorrência, como manifestação de sua vontade, durante a constância do casamento será permitido fazê-lo por meio da alteração do regime de bens, como estabelece o artigo 1.639 do Código Civil (BRASIL, 2002), também por meio de doação em vida ou por disposição testamentária.

Por fim, indica-se o estudo para pesquisas futuras tendo em vista que devido as diferentes interpretações e controvérsias existentes no regime de separação convencional de bens, essas possam ser analisadas mais profundamente, com a intenção de encerrar a celeuma jurídica existente sobre o regime de separação convencional de bens estudado nesse trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 3.071. **Código Civil de 1916**. Disponível em: http://w.w.w.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1916/110406_compilada.htm. Acesso em : 15 novembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://w.w.w.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406_compilada.htm. Acesso em : 23 jun de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: <http://w.w.w.planalto.gov.br/constituicao>. Acesso em: 23 jun. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 992749 MS 2007/0229597-9**. Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros, Recorrido: Paula Rosa de Souza. Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília. 05/02/2010 STJ, vol. 217, p. 820. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> > STJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1925606 PR 2021/0063119-7**. Recorrente: Sandra Mara Hauagge de Oliveira Von Linsingen, Recorrido: Gláucia Regina Silvério Soares. <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> > STJ.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e sucessões**. 9ª edição. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual do Direito Civil: 4ª edição**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Euclides Benedito; AMORIM, Sebastião Luiz. **Direito das Sucessões. Inventários e Partilhas: teoria prática**. 22ª edição. São Paulo: Universitária 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel; COSTA MARTINS, Judith. **Direito Civil. Sucessões. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos**

nubentes. Pacto Antenupcial de Separação total de bens e frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. 14ª edição. Rio de Janeiro: Padma, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. Biblioteca virtual do Centro Universitário Vale do Rio Verde. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: Acesso em: 05 nov. 2022. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

A INEFICIÊNCIA DA SANÇÃO PENAL AO INFRATOR PSICOPATA

Raissa Coutinho de Carvalho; Prof. Esp. Giovanni Jonatas de Souza

Graduanda em Direito. Centro Universitário Vale do Rio Verde. raissa.coutinho@aluno.unincor.edu.br. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5539-0339>

Docente. Centro Universitário Vale do Rio Verde. prof.giovanni.souza@unincor.edu.br. ORCID. (<https://orcid.org/0000-0002-7215-3933>)

RESUMO

O estudo da mente criminoso sempre fora considerado um tema importante em matéria criminal. Observar a peculiaridade de cada personalidade, em conformidade com a legislação penal, é de suma importância no momento da aplicação da lei penal ao caso concreto. Por alguns psicopatas terem tendência a cometerem fatos criminosos, é de extrema importância haver um estudo sobre esta realidade, a fim de encontrar a sanção adequada a estes infratores e evitar que voltem a reincidir. Para que seja aprimorada a efetividade e os meios de tratamentos aplicados e assim, incentivar novas políticas criminais que protejam a sociedade, nesta pesquisa, de metodologia bibliográfica, o infrator psicopata, será o tema central. No que tange aos objetivos, o trabalho trará a conceituação de psicopatia; a finalidade da pena no direito penal brasileiro e por fim, examinará a sanção adequada para estes indivíduos. Além de estudar a figura do psicopata na execução penal brasileira, bem como discutir a reincidência criminal do psicopata. Assim, conclui-se que deve ser observada as peculiaridades destes infratores, deve a execução penal pelos psicopatas, com fulcro no próprio princípio da igualdade em seu aspecto material, ocorrer de forma diferenciada dos demais sentenciados.

Palavras-Chave: direito penal; psicologia jurídica; psicopatia; execução penal.

ABSTRACT

The study of the criminal mind had always been considered an important topic in criminal matters. Observing the peculiarity of each personality, in accordance with criminal legislation, is of paramount importance when applying the criminal law to the specific case. Because some psychopaths tend to commit criminal acts, it is extremely important to study this reality in order to find the appropriate sanction for these offenders and prevent them from re-offending. In order to improve the effectiveness and the means of treatments applied and thus encourage new criminal policies that protect society, in this research, of bibliographic methodology, the psychopathic offender will be the central theme. Regarding the objectives, the work will bring the conceptualization of psychopathy; the purpose of the penalty in Brazilian criminal law and, finally, it will examine the appropriate sanction for these individuals. In addition to studying the figure of the psychopath in Brazilian criminal execution, as well as discussing the criminal recidivism of the psychopath. Thus, it is concluded that the peculiarities of these offenders must be observed, the criminal execution by psychopaths, based on the principle of equality in its material aspect, must occur in a different way from the other convicts.

Keywords: criminal law; Juridical Psychology; psychopathy; criminal execution.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da mente criminoso sempre fora considerado um tema importante em matéria criminal.

Observar a peculiaridade de cada personalidade, em conformidade com a legislação penal, é de suma importância no momento da aplicação da lei penal ao caso concreto.

Por alguns psicopatas terem tendência a cometerem fatos criminosos, é de extrema importância haver um estudo sobre esta realidade, a fim de encontrar a sanção adequada a estes

infratores, e evitar que voltem a reincidir.

Para que possamos aprimorar a efetividade e os meios de tratamentos aplicados e assim, incentivar novas políticas criminais que protejam a sociedade, nesta pesquisa, o infrator psicopata, será o tema central.

Nesta senda, demonstraremos a necessidade de o direito penal adequar-se as condições específicas de cada infrator, para que assim garanta uma ressocialização adequada e eficiente.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Da Psicopatia

A psicopatia, também denominada de transtorno de personalidade antissocial, de acordo com o DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) destaca-se por suas peculiaridades psiquiátricas e neurológicas preocupantes e alarmantes.

A característica essencial do transtorno de personalidade antissocial é um padrão difuso de indiferença e violação dos direitos dos outros, o qual surge na infância ou no início da adolescência e continua na vida adulta. Esse padrão também já foi referido como: psicopatia, sociopatia ou transtorno da personalidade dissocial. Visto que a falsidade e a manipulação são aspectos centrais do transtorno da personalidade antissocial. (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 659.).

Nas palavras de Jorge Trindade (2012, p. 165):

A psicopatia não é um transtorno mental da mesma ordem da esquizofrenia, do retardo ou da depressão, por exemplo. Não sem críticas, pode-se dizer que a psicopatia não é propriamente um transtorno mental. Mais adequado parece considerar a psicopatia como um transtorno de personalidade, pois implica uma condição mais grave de desarmonia na formação da personalidade.

O transtorno de personalidade começa a dar sinais bem cedo, de acordo com o psiquiatra Hugo Marietan (apud SZKLARZ, 2019, p. 5), da Universidade de Buenos Aires, que estuda psicopatas há mais de 20 anos:

A professora do jardim de infância nota que a criança não obedece a ordens, comete atos muito agressivos e age de forma independente do grupo. Isso acontece porque o psicopata é uma unidade em si mesmo. Enquanto as outras pessoas se apoiam em redes afetivas, seja de parentes seja de amigos, ele não necessita de ninguém.

Para os especialistas de psiquiatria, acredita-se que a psicopatia tenha um componente genético. Conforme esta teoria, apenas uma boa educação não seria capaz de impedir que a criança se tornasse má. No máximo atenuar o transtorno (SZKLARZ, 2019, p. 11)

A psiquiatra forense Hilda Morana (2019, p. 2), do Instituto de Medicina Social e de Criminologia do Estado de São Paulo (Imesc) afirma que “de 1% a 3% da população tem este transtorno. Entre os presos, esse índice chega a 20%”.

A título exemplificativo pode-se dizer que a cada 30 pessoas, uma poderia ser diagnosticada como psicopata e só no Brasil existem cerca de 5 milhões de psicopatas. Cumpre-se dizer, que dessa porcentagem, apenas a minoria tende a ser violenta.

Segundo o psicólogo canadense Robert Hare (apud NARLOCH e VERSIGNASSI, 2019).

Os psicopatas que não são assassinos estão em escritórios por aí, muitas vezes ganhando uma promoção atras da outra enquanto puxam o tapete de colegas. Também dá para encontrá-los de baciada entre políticos que desviam dinheiro de merenda para suas contas bancárias, entre médicos que deixam pacientes morrer por descaso, entre “amigos” que pegam dinheiro emprestado e nunca devolvem.

Por ser um tema recorrente em filmes, seriados e livros, a figura do psicopata gera uma certa curiosidade e confusão na sociedade em geral, que costuma idealizá-los apenas como assassinos, fazendo que ignorem os psicopatas no convívio diário.

Existem níveis variados da gravidade da psicopatia, dentre eles moderados e graves. Os de nível grave provavelmente cometerão crimes como assassinatos (SILVA, 2018).

Por isto, mesmo com o fato deste transtorno de personalidade atingir uma parcela mínima da sociedade, estes têm o poder de deixar um rastro de destruição.

Diagnosticar um psicopata não é um trabalho simples, a ciência já possui meios de identificação de um psicopata, a Escala Hare PCL-R. Conforme explica Jorge Trindade (2012, p. 173), criada pelo psicólogo canadense Robert Hare, em 1991, é uma lista de 20 itens que englobam as principais características de um psicopata, como tendência a mentir e falta de culpa ou remorso.

A *Psychopathy Checklist* (PCL), é considerada por especialistas como uma das formas mais efetiva utilizada por profissionais para diagnosticar indivíduos com o transtorno de personalidade psicopata (TRINDADE, 2012, p. 174).

2.2 Do conceito de crime e da finalidade da pena

O Código Penal Brasileiro, não conceitua crime, deixando à elaboração da doutrina.

Adota-se no Brasil o critério dicotômico - bipartido –, ou seja, entende-se, de um lado, os crimes e os delitos como expressões sinônimas, e, do outro, as contravenções penais. Quando

quisermos nos referir indistintamente a qualquer um destes, devemos nos utilizar a expressão infração penal, como gênero (GRECO, 2011, p. 144).

A Lei de Introdução ao Código Penal (BRASIL, 1941, p. 1) em seu artigo 1º, nos esclarece:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativa.

Através desta descrição do Código Penal, temos a nosso conhecimento somente o critério, analisando o tipo penal incriminador, de distinção entre crime e contravenção e não o conceito literal de crime, que cabe aos doutrinadores.

Doutrinariamente, usa-se os termos infração como gênero e, crimes, delitos e contravenções como espécie.

Para a criação de um crime, o fato típico é fundamental, é necessário observá-lo de início e só após deve-se observar os demais elementos do crime. O fato típico é composto por alguns elementos necessários, e na ausência de algum deles a conduta deverá ser considerada atípica, sendo eles a conduta, o resultado, a relação de causalidade ou nexos causal e a tipicidade (ROCHA, 2021).

Assim, sob o aspecto formal, conceitua-se crime sob o aspecto da técnica jurídica, o crime é a violação da lei penal, ou seja, fato típico. É a contradição do fato a uma norma de direito.

Quanto a finalidade da pena, o direito brasileiro visa a retribuição a conduta praticada e a prevenção a novos delitos. Pois, o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1941, p. 11) dispõe que:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (grifou-se)

Em complemento a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984, p. 1), em seu artigo 1º, faz referência à finalidade do processo de execução, “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Com isso observa-se a preferência do legislador pela reprovação e pela prevenção

A ressocialização deve-se ser realizada respeitando a individualização da pena, em um

ambiente prisional saudável, com toda assistência prevista na legislação. (CORSI, 2016).

Desta forma, a Lei de Execução Penal brasileira além de estimular a recuperação do infrator, através dos diversos meios assistencialistas previstos, visa a ressocialização adequada do indivíduo.

2.3 Da atual sanção penal

O psicopata possui plena consciência de seus atos, e são indiferentes com os resultados de suas ações.

Assim, como já mencionado, de acordo com a DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) a psicopatia não se trata de uma doença mental, e por esta razão não se enquadra no *caput* do artigo 26 do Código Penal “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” (BRASIL, 1941, p. 6)

A Lei de Execução Penal vigente, em seus artigos 5º e 6º dispõe que a Comissão Técnica de Classificação é a responsável por classificar todos os condenados, conforme a personalidade e antecedentes, com o fim de instruir a individualização da pena. *In verbis*:

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (BRASIL, 1984, p. 1)

No mesmo título, tem-se o artigo 8º discorrendo sobre a necessidade do condenado ser submetido a um exame criminológico, exame este que visa obter uma classificação adequada e, conseqüentemente, uma individualização da pena apropriada.

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto. (BRASIL, 1984, p. 1)

No ano de 2010 o deputado Marcelo Itagiba apresentou um Projeto de Lei com a justificativa de alterar a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984). Previa-se no projeto, mudanças quanto à aplicação da pena aos psicopatas criminosos, com intuito de criar uma

comissão técnica de forma independente da administração prisional, junto com a realização de avaliações criminológicas do psicopata condenado em casos de progressão de regime (BRASIL, 2010).

Após a Lei nº 13.167, de 6 de outubro de 2015 alterar o artigo 84 da LEP, passaram a ser considerados alguns critérios para a separação dos presos provisórios e condenados nos estabelecimentos penais.

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 13.167, de 2015)

I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II. (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015) (...)

§ 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III. (BRASIL, 1984, p. 18)

Contudo, ainda não foi estabelecido nenhum critério para manter os presos psicopatas separados dos demais.

Assim, conforme exposto, ainda hoje não há uma legislação criminal específica para os infratores psicopatas, o que torna ineficaz as sanções aplicadas.

2.4 Da reincidência do infrator psicopata

De acordo com Hilda Morana (2005, p. 144), que traduziu e adaptou a escala Hare para o Brasil, a respeito da reincidência criminal dos psicopatas, esta apresenta-se cerca de três vezes mais do que a dos demais criminosos comuns. Pois, eles acreditam que são imunes a punições.

Nas palavras de Jorge Trindade (2012, p. 225).

Como no Brasil não há pena perpétua nem legislação específica para psicopatas, o PCL-R seria importante para estimar o risco de reincidência dos psicopatas. Nesse aspecto, estabeleceu-se o ponto de corte 23 (vinte e três), tendo sido verificado que, a partir desse ponto, já se manifestam as características prototípicas da psicopatia. Contudo, independentemente do valor do ponto de corte atribuído, um escore elevado

Nos países onde a *Psychopathy Checklist* foi aplicada com o intuito de identificar os psicopatas dos demais criminosos, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais graves e violentos (SOUZA, 2020).

Atualmente, no Brasil não existe nenhuma forma específica para lidar com o psicopata criminoso. O sistema carcerário brasileiro, superlotado, não apresenta infraestrutura suficiente para atingir as finalidades da pena.

Eduardo Szklarz (2019), em seu artigo “Meu filho é um psicopata” para a Revista online Superinteressante expõe que as pessoas com transtorno antissociais são tecnicamente incapazes de controlar seus impulsos.

De acordo com os profissionais da psiquiatria, o teste PCL-R pode ser uma grande arma contra a criminalidade, já que pode revelar, por exemplo, se um infrator tende a continuar praticando crimes ou se foi apenas um ato isolado (CALVI, 2018).

Quanto à credibilidade do PCL-R, assim discorre Jorge Trindade (2012, p. 174):

No momento, parece haver um consenso de que o PCL-R é o mais adequado instrumento, sob a forma de escala, para avaliar psicopatia e identificar fatores de risco de violência. Com demonstrada confiabilidade, tem sido adotado em diversos países como instrumento de eleição para a pesquisa e para o estudo clínico da psicopatia, como escala de predição de recidivíssimo, violência e intervenção terapêutica.

Há vinte itens e fatores presentes na Escala de Hare que são pontuados em uma escala de zero a três pontos. Composta de dois fatores estruturais, sendo o Fator 1 relacionado às trações afetivos e interpessoais e o Fator 2 ligado aos aspectos comportamentais, além de itens relações sexuais e a versatilidade criminal. (MORANA, 2011)

2.5 Da sanção penal adequada

Conforme já aduzido, no atual sistema penal brasileiro, aos infratores são impostas, como espécies de sanção criminal, a pena ou a medida de segurança (sistema unitário).

Por ser a psicopatia, considerada um transtorno de personalidade, o qual não afeta sua capacidade de entendimento quanto ao caráter do ilícito e nem sua capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, o infrator psicopata considerado imputável pela legislação penal vigente, e assim deve ser imposta uma pena como sanção penal adequada.

Por estes indivíduos apresentarem um comportamento criminoso reiterado e uma

incapacidade de correção e aprendizado com os erros. Não são influenciáveis pelas medidas educacionais, assim como não parecem sofrer de qualquer mudança por parte de meios coercitivos ou correccionais modificação (GARCIA, 1979, p. 204).

Para Antônio de Pádua Serafim (apud SZKLARZ, 2019):

Na cadeia, tendem a se transformar em líderes e agir no comando de rebeliões, por exemplo, nessas condições o índice de reincidência dos criminosos comuns já é elevado, colocar um psicopata criminoso nesse cenário, misturando-o com os demais presos, é uma maneira de garantir a reincidência de forma muito mais presente e elevada.

Utilizam-se de suas habilidades eloquentes e manipuladoras em proveito próprio, para consequentemente, ganhar benefícios.

Nas palavras de J. Alves Garcia (1979, p. 206) “é inútil qualquer tentativa de reeducação ou regeneração, pois não existe na sua personalidade o móvel ético sobre o que se possa influir”.

Assim, para um cumprimento de pena adequado, deve-se buscar métodos efetivos, para pelo menos atenuar a condição desses indivíduos frente aos demais prisioneiros.

Por serem considerados imputáveis, a internação para tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial em hospitais de custódia, são considerados inadequados.

Ademais, Jorge Trindade (2012, p. 176/177) discorre em sua doutrina que até o presente momento não existe evidência de que os tratamentos psiquiátricos aplicados aos psicopatas tenham se mostrado eficaz na redução da criminalidade, em suma, alguns tratamentos que demonstram eficientes para outros criminosos, não indicados para os psicopatas.

Em tempo, Jorge Trindade (2012, p. 176/177) afirma que:

Os especialistas afirmam que os psicopatas desestruturam as próprias instituições de tratamento, burlam as normas de disciplinas, contribuindo para aumentar a fragilidade do sistema, além de que instalam um ambiente negativo onde quer que se encontrem.

Isto posto, a junção do psicopata juntamente com os demais criminosos, revela-se negativa, para o sistema prisional despreparado.

Razão pela qual, faz-se necessário um local específico para o cumprimento de pena destes sujeitos, ou na ausência destes, coloca-los em celas individualizadas, em relação aos demais presos.

Desta forma, respeitando suas peculiaridades, e a ausência de tratamento para este transtorno antissocial, deve o direito penal, visando cumprir suas diretrizes, providenciar uma forma de execução penal que ocorra de forma diferenciada dos demais sentenciados.

3 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para atingir os objetivos propostos no trabalho, fora necessário realizar pesquisas aplicadas no campo das ciências sociais, com o objetivo de gerar conhecimento e soluções para problemas específicos, como os que envolvem a aplicação e o cumprimento de penas aos criminosos psicopatas.

Dessa forma, o presente estudo apresentou seus achados sob a ótica de objetivos exploratórios e explicativos, o primeiro decorrente da necessidade de pesquisa e análise bibliográfica sobre a interpretação e aplicação da legislação brasileira em situações problemáticas, a fim de apresentar uma definição explicativa da possível solução após uma análise de todo o material.

Assim, o método utilizado fora a pesquisa bibliográfica através de uma abordagem qualitativa tanto do conteúdo quanto do discurso, iniciando com uma avaliação doutrinal e passando aos autores como Trindade, Jorge e Greco, Rogério, e demais doutrinas, artigos entre outros materiais que teve como conteúdo Execução penal, psicologia jurídica e psicopatia frente ao Direito penal brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A psicopatia sempre fora um desafio para médicos e estudiosos da área da saúde, e não é diferente no âmbito da aplicação penal.

De início tem-se a emblemática questão de definir o que seria a psicopatia e como seria possível identificá-la no infrator, nesta senda, necessário se fez decidir se o psicopata deveria ser considerado imputável, semi imputável ou inimputável, permitindo a aplicação da sanção penal adequada.

Verifica-se no presente trabalho, que por ser a psicopatia considerada um transtorno mental, o infrator psicopata é considerado imputável, ou seja, ao cometer uma infração penal deve ao infrator psicopata ser aplicado penas em detrimento das medidas de segurança.

Contudo, devido às peculiaridades da personalidade do psicopata, a função preventiva e a função de ressocialização, conforme exposto, haja vista o índice de reincidência do psicopata ser 3 vezes maior da pena, não se efetiva aos infratores psicopatas.

Sendo assim, com objetivo de respeitar a individualização da pena na fase de execução, deve o Estado identificar os psicopatas que estão inseridos no sistema prisional.

Ao longo do trabalho, uma das hipóteses para identificação destes indivíduos, fora o

PCL, psychopathy checklist, ou PCL-R, em sua versão brasileira, adaptada pela psiquiatra forense Hilda Morana, que visa através de seus itens, identificar quem são infratores psicopatas.

Entretanto, para sua aplicação no sistema prisional brasileiro, seria necessária a edição de uma lei específica, na qual adotaria o teste como elemento de identificação.

Ademais, faz-se necessário a realização de uma avaliação interdisciplinar técnica antes do deferimento dos benefícios previstos na execução penal, haja vista sua facilidade e capacidade de manipulação, evitando assim, a reinserção social precoce e a reincidência criminal.

Conclui-se assim, que para uma aplicação de pena adequada e efetiva no caso de infratores psicopatas, deve o direito penal adequar-se sua forma de execução para estes indivíduos, respeitando suas peculiaridades.

Com locais específicos, bem como profissionais qualificados e preparados para lidarem com estes infratores, para seu efetivo cumprimento de pena, de modo que, aplique de forma eficiente a sanção penal.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION - APA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM - IV. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BRASIL, **Decreto - lei nº 3.914**. 9 de dezembro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 23 mai. de 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 29 mai. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6858/2010**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal. Brasília. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290>. Acesso em: 31 mai. 2022.

CALVI, Pedro. **Sociopatia**: mentira, violência e ameaça aos direitos humanos. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sociopatia-mentira-violencia-e-ameaca-aos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 mai. 2022.

CORSI, Éthore Conceição. Pena: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena. **Âmbito Jurídico**. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pena-origem-evolucao-finalidade-aplicacao-no-brasil-sistemas-prisionais-e-politicas-publicas-que-melhorariam-ou-minimizariam-a-aplicacao-da-pena/>. Acesso em: 30 mai. 2022.

GARCIA, J. Alves. **Psicopatologia forense**: para médicos, advogados e estudantes de medicina e direito. 3a ed. refundida e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

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

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. Reincidência criminal: é possível prevenir?. **Revista Medicina CFM**. São Paulo, ano XX, n. 154, abr. 2005. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/42838541_Reincidencia_criminal_e_possivel_prevenir. Acesso em: 23 mai. 2022.

MORANA, Hilda C P. PCL-R: Psychopathy checklist revised. **Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias**. 2011. Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/15%20-%20Artigo%20D.N.%20-%20PCL-R%20-%20Psychopathy%20Checklist%20Revised.pdf. Acesso em: 29 mai. 2022.

NARLOCH, Leandro; VERSIGNASSI, Alexandre. Seu amigo psicopata. **Super Interessante**. 2019. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/seu-amigo-psicopata/>. Acesso em: 29 mai. 2022.

ROCHA, Maria Eugênia P. F. Fato típico. **Jus**. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94360/fato-tipico>. Acesso em: 29 mai. 2022.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes Perigosas**: O psicopata mora ao lado. Fontanar. 2018.

SOUZA, Luiza Catarina S. O PCL-R como instrumento de avaliação da psicopatia no Brasil. **Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública**. 2020. Disponível em: <https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/8255/7826>. Acesso em: 30 mai. 2022.

SZKLARZ, Eduardo. Meu filho é um psicopata: A mente das crianças perversas. **Super Interessante**. 2019. Disponível em: <https://super.abril.com.br/especiais/meu-filho-e-um-psicopata/>. Acesso em: 29 mai. 2022.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

A INEFICIÊNCIA DA SANÇÃO PENAL AO INFRATOR PSICOPATA

Raissa Coutinho de Carvalho; Prof. Esp. Giovanni Jonatas de Souza

Graduanda em Direito. Centro Universitário Vale do Rio Verde. raissa.coutinho@aluno.unincor.edu.br. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5539-0339>

Docente. Centro Universitário Vale do Rio Verde. prof.giovanni.souza@unincor.edu.br. ORCID. (<https://orcid.org/0000-0002-7215-3933>)

RESUMO

O estudo da mente criminoso sempre fora considerado um tema importante em matéria criminal. Observar a peculiaridade de cada personalidade, em conformidade com a legislação penal, é de suma importância no momento da aplicação da lei penal ao caso concreto. Por alguns psicopatas terem tendência a cometerem fatos criminosos, é de extrema importância haver um estudo sobre esta realidade, a fim de encontrar a sanção adequada a estes infratores e evitar que voltem a reincidir. Para que seja aprimorada a efetividade e os meios de tratamentos aplicados e assim, incentivar novas políticas criminais que protejam a sociedade, nesta pesquisa, de metodologia bibliográfica, o infrator psicopata, será o tema central. No que tange aos objetivos, o trabalho trará a conceituação de psicopatia; a finalidade da pena no direito penal brasileiro e por fim, examinará a sanção adequada para estes indivíduos. Além de estudar a figura do psicopata na execução penal brasileira, bem como discutir a reincidência criminal do psicopata. Assim, conclui-se que deve ser observada as peculiaridades destes infratores, deve a execução penal pelos psicopatas, com fulcro no próprio princípio da igualdade em seu aspecto material, ocorrer de forma diferenciada dos demais sentenciados.

Palavras-Chave: direito penal; psicologia jurídica; psicopatia; execução penal.

ABSTRACT

The study of the criminal mind had always been considered an important topic in criminal matters. Observing the peculiarity of each personality, in accordance with criminal legislation, is of paramount importance when applying the criminal law to the specific case. Because some psychopaths tend to commit criminal acts, it is extremely important to study this reality in order to find the appropriate sanction for these offenders and prevent them from re-offending. In order to improve the effectiveness and the means of treatments applied and thus encourage new criminal policies that protect society, in this research, of bibliographic methodology, the psychopathic offender will be the central theme. Regarding the objectives, the work will bring the conceptualization of psychopathy; the purpose of the penalty in Brazilian criminal law and, finally, it will examine the appropriate sanction for these individuals. In addition to studying the figure of the psychopath in Brazilian criminal execution, as well as discussing the criminal recidivism of the psychopath. Thus, it is concluded that the peculiarities of these offenders must be observed, the criminal execution by psychopaths, based on the principle of equality in its material aspect, must occur in a different way from the other convicts.

Keywords: criminal law; Juridical Psychology; psychopathy; criminal execution.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da mente criminoso sempre fora considerado um tema importante em matéria criminal.

Observar a peculiaridade de cada personalidade, em conformidade com a legislação penal, é de suma importância no momento da aplicação da lei penal ao caso concreto.

Por alguns psicopatas terem tendência a cometerem fatos criminosos, é de extrema importância haver um estudo sobre esta realidade, a fim de encontrar a sanção adequada a estes

infratores, e evitar que voltem a reincidir.

Para que possamos aprimorar a efetividade e os meios de tratamentos aplicados e assim, incentivar novas políticas criminais que protejam a sociedade, nesta pesquisa, o infrator psicopata, será o tema central.

Nesta senda, demonstraremos a necessidade de o direito penal adequar-se as condições específicas de cada infrator, para que assim garanta uma ressocialização adequada e eficiente.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Da Psicopatia

A psicopatia, também denominada de transtorno de personalidade antissocial, de acordo com o DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) destaca-se por suas peculiaridades psiquiátricas e neurológicas preocupantes e alarmantes.

A característica essencial do transtorno de personalidade antissocial é um padrão difuso de indiferença e violação dos direitos dos outros, o qual surge na infância ou no início da adolescência e continua na vida adulta. Esse padrão também já foi referido como: psicopatia, sociopatia ou transtorno da personalidade dissocial. Visto que a falsidade e a manipulação são aspectos centrais do transtorno da personalidade antissocial. (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 659.).

Nas palavras de Jorge Trindade (2012, p. 165):

A psicopatia não é um transtorno mental da mesma ordem da esquizofrenia, do retardo ou da depressão, por exemplo. Não sem críticas, pode-se dizer que a psicopatia não é propriamente um transtorno mental. Mais adequado parece considerar a psicopatia como um transtorno de personalidade, pois implica uma condição mais grave de desarmonia na formação da personalidade.

O transtorno de personalidade começa a dar sinais bem cedo, de acordo com o psiquiatra Hugo Marietan (apud SZKLARZ, 2019, p. 5), da Universidade de Buenos Aires, que estuda psicopatas há mais de 20 anos:

A professora do jardim de infância nota que a criança não obedece a ordens, comete atos muito agressivos e age de forma independente do grupo. Isso acontece porque o psicopata é uma unidade em si mesmo. Enquanto as outras pessoas se apoiam em redes afetivas, seja de parentes seja de amigos, ele não necessita de ninguém.

Para os especialistas de psiquiatria, acredita-se que a psicopatia tenha um componente genético. Conforme esta teoria, apenas uma boa educação não seria capaz de impedir que a criança se tornasse má. No máximo atenuar o transtorno (SZKLARZ, 2019, p. 11)

A psiquiatra forense Hilda Morana (2019, p. 2), do Instituto de Medicina Social e de Criminologia do Estado de São Paulo (Imesc) afirma que “de 1% a 3% da população tem este transtorno. Entre os presos, esse índice chega a 20%”.

A título exemplificativo pode-se dizer que a cada 30 pessoas, uma poderia ser diagnosticada como psicopata e só no Brasil existem cerca de 5 milhões de psicopatas. Cumpre-se dizer, que dessa porcentagem, apenas a minoria tende a ser violenta.

Segundo o psicólogo canadense Robert Hare (apud NARLOCH e VERSIGNASSI, 2019).

Os psicopatas que não são assassinos estão em escritórios por aí, muitas vezes ganhando uma promoção atras da outra enquanto puxam o tapete de colegas. Também dá para encontrá-los de baciada entre políticos que desviam dinheiro de merenda para suas contas bancárias, entre médicos que deixam pacientes morrer por descaso, entre “amigos” que pegam dinheiro emprestado e nunca devolvem.

Por ser um tema recorrente em filmes, seriados e livros, a figura do psicopata gera uma certa curiosidade e confusão na sociedade em geral, que costuma idealizá-los apenas como assassinos, fazendo que ignorem os psicopatas no convívio diário.

Existem níveis variados da gravidade da psicopatia, dentre eles moderados e graves. Os de nível grave provavelmente cometerão crimes como assassinatos (SILVA, 2018).

Por isto, mesmo com o fato deste transtorno de personalidade atingir uma parcela mínima da sociedade, estes têm o poder de deixar um rastro de destruição.

Diagnosticar um psicopata não é um trabalho simples, a ciência já possui meios de identificação de um psicopata, a Escala Hare PCL-R. Conforme explica Jorge Trindade (2012, p. 173), criada pelo psicólogo canadense Robert Hare, em 1991, é uma lista de 20 itens que englobam as principais características de um psicopata, como tendência a mentir e falta de culpa ou remorso.

A *Psychopathy Checklist* (PCL), é considerada por especialistas como uma das formas mais efetiva utilizada por profissionais para diagnosticar indivíduos com o transtorno de personalidade psicopata (TRINDADE, 2012, p. 174).

2.2 Do conceito de crime e da finalidade da pena

O Código Penal Brasileiro, não conceitua crime, deixando à elaboração da doutrina.

Adota-se no Brasil o critério dicotômico - bipartido –, ou seja, entende-se, de um lado, os crimes e os delitos como expressões sinônimas, e, do outro, as contravenções penais. Quando

quisermos nos referir indistintamente a qualquer um destes, devemos nos utilizar a expressão infração penal, como gênero (GRECO, 2011, p. 144).

A Lei de Introdução ao Código Penal (BRASIL, 1941, p. 1) em seu artigo 1º, nos esclarece:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativa.

Através desta descrição do Código Penal, temos a nosso conhecimento somente o critério, analisando o tipo penal incriminador, de distinção entre crime e contravenção e não o conceito literal de crime, que cabe aos doutrinadores.

Doutrinariamente, usa-se os termos infração como gênero e, crimes, delitos e contravenções como espécie.

Para a criação de um crime, o fato típico é fundamental, é necessário observá-lo de início e só após deve-se observar os demais elementos do crime. O fato típico é composto por alguns elementos necessários, e na ausência de algum deles a conduta deverá ser considerada atípica, sendo eles a conduta, o resultado, a relação de causalidade ou nexos causal e a tipicidade (ROCHA, 2021).

Assim, sob o aspecto formal, conceitua-se crime sob o aspecto da técnica jurídica, o crime é a violação da lei penal, ou seja, fato típico. É a contradição do fato a uma norma de direito.

Quanto a finalidade da pena, o direito brasileiro visa a retribuição a conduta praticada e a prevenção a novos delitos. Pois, o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1941, p. 11) dispõe que:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (grifou-se)

Em complemento a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984, p. 1), em seu artigo 1º, faz referência à finalidade do processo de execução, “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Com isso observa-se a preferência do legislador pela reprovação e pela prevenção

A ressocialização deve-se ser realizada respeitando a individualização da pena, em um

ambiente prisional saudável, com toda assistência prevista na legislação. (CORSI, 2016).

Desta forma, a Lei de Execução Penal brasileira além de estimular a recuperação do infrator, através dos diversos meios assistencialistas previstos, visa a ressocialização adequada do indivíduo.

2.3 Da atual sanção penal

O psicopata possui plena consciência de seus atos, e são indiferentes com os resultados de suas ações.

Assim, como já mencionado, de acordo com a DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) a psicopatia não se trata de uma doença mental, e por esta razão não se enquadra no *caput* do artigo 26 do Código Penal “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” (BRASIL, 1941, p. 6)

A Lei de Execução Penal vigente, em seus artigos 5º e 6º dispõe que a Comissão Técnica de Classificação é a responsável por classificar todos os condenados, conforme a personalidade e antecedentes, com o fim de instruir a individualização da pena. *In verbis*:

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (BRASIL, 1984, p. 1)

No mesmo título, tem-se o artigo 8º discorrendo sobre a necessidade do condenado ser submetido a um exame criminológico, exame este que visa obter uma classificação adequada e, conseqüentemente, uma individualização da pena apropriada.

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto. (BRASIL, 1984, p. 1)

No ano de 2010 o deputado Marcelo Itagiba apresentou um Projeto de Lei com a justificativa de alterar a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984). Previa-se no projeto, mudanças quanto à aplicação da pena aos psicopatas criminosos, com intuito de criar uma

comissão técnica de forma independente da administração prisional, junto com a realização de avaliações criminológicas do psicopata condenado em casos de progressão de regime (BRASIL, 2010).

Após a Lei nº 13.167, de 6 de outubro de 2015 alterar o artigo 84 da LEP, passaram a ser considerados alguns critérios para a separação dos presos provisórios e condenados nos estabelecimentos penais.

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 13.167, de 2015)

I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II. (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015) (...)

§ 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III. (BRASIL, 1984, p. 18)

Contudo, ainda não foi estabelecido nenhum critério para manter os presos psicopatas separados dos demais.

Assim, conforme exposto, ainda hoje não há uma legislação criminal específica para os infratores psicopatas, o que torna ineficaz as sanções aplicadas.

2.4 Da reincidência do infrator psicopata

De acordo com Hilda Morana (2005, p. 144), que traduziu e adaptou a escala Hare para o Brasil, a respeito da reincidência criminal dos psicopatas, esta apresenta-se cerca de três vezes mais do que a dos demais criminosos comuns. Pois, eles acreditam que são imunes a punições.

Nas palavras de Jorge Trindade (2012, p. 225).

Como no Brasil não há pena perpétua nem legislação específica para psicopatas, o PCL-R seria importante para estimar o risco de reincidência dos psicopatas. Nesse aspecto, estabeleceu-se o ponto de corte 23 (vinte e três), tendo sido verificado que, a partir desse ponto, já se manifestam as características prototípicas da psicopatia. Contudo, independentemente do valor do ponto de corte atribuído, um escore elevado

Nos países onde a *Psychopathy Checklist* foi aplicada com o intuito de identificar os psicopatas dos demais criminosos, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais graves e violentos (SOUZA, 2020).

Atualmente, no Brasil não existe nenhuma forma específica para lidar com o psicopata criminoso. O sistema carcerário brasileiro, superlotado, não apresenta infraestrutura suficiente para atingir as finalidades da pena.

Eduardo Szklarz (2019), em seu artigo “Meu filho é um psicopata” para a Revista online Superinteressante expõe que as pessoas com transtorno antissociais são tecnicamente incapazes de controlar seus impulsos.

De acordo com os profissionais da psiquiatria, o teste PCL-R pode ser uma grande arma contra a criminalidade, já que pode revelar, por exemplo, se um infrator tende a continuar praticando crimes ou se foi apenas um ato isolado (CALVI, 2018).

Quanto à credibilidade do PCL-R, assim discorre Jorge Trindade (2012, p. 174):

No momento, parece haver um consenso de que o PCL-R é o mais adequado instrumento, sob a forma de escala, para avaliar psicopatia e identificar fatores de risco de violência. Com demonstrada confiabilidade, tem sido adotado em diversos países como instrumento de eleição para a pesquisa e para o estudo clínico da psicopatia, como escala de predição de recidivíssimo, violência e intervenção terapêutica.

Há vinte itens e fatores presentes na Escala de Hare que são pontuados em uma escala de zero a três pontos. Composta de dois fatores estruturais, sendo o Fator 1 relacionado às trações afetivos e interpessoais e o Fator 2 ligado aos aspectos comportamentais, além de itens relações sexuais e a versatilidade criminal. (MORANA, 2011)

2.5 Da sanção penal adequada

Conforme já aduzido, no atual sistema penal brasileiro, aos infratores são impostas, como espécies de sanção criminal, a pena ou a medida de segurança (sistema unitário).

Por ser a psicopatia, considerada um transtorno de personalidade, o qual não afeta sua capacidade de entendimento quanto ao caráter do ilícito e nem sua capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, o infrator psicopata considerado imputável pela legislação penal vigente, e assim deve ser imposta uma pena como sanção penal adequada.

Por estes indivíduos apresentarem um comportamento criminoso reiterado e uma

incapacidade de correção e aprendizado com os erros. Não são influenciáveis pelas medidas educacionais, assim como não parecem sofrer de qualquer mudança por parte de meios coercitivos ou correccionais modificação (GARCIA, 1979, p. 204).

Para Antônio de Pádua Serafim (apud SZKLARZ, 2019):

Na cadeia, tendem a se transformar em líderes e agir no comando de rebeliões, por exemplo, nessas condições o índice de reincidência dos criminosos comuns já é elevado, colocar um psicopata criminoso nesse cenário, misturando-o com os demais presos, é uma maneira de garantir a reincidência de forma muito mais presente e elevada.

Utilizam-se de suas habilidades eloquentes e manipuladoras em proveito próprio, para consequentemente, ganhar benefícios.

Nas palavras de J. Alves Garcia (1979, p. 206) “é inútil qualquer tentativa de reeducação ou regeneração, pois não existe na sua personalidade o móvel ético sobre o que se possa influir”.

Assim, para um cumprimento de pena adequado, deve-se buscar métodos efetivos, para pelo menos atenuar a condição desses indivíduos frente aos demais prisioneiros.

Por serem considerados imputáveis, a internação para tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial em hospitais de custódia, são considerados inadequados.

Ademais, Jorge Trindade (2012, p. 176/177) discorre em sua doutrina que até o presente momento não existe evidência de que os tratamentos psiquiátricos aplicados aos psicopatas tenham se mostrado eficaz na redução da criminalidade, em suma, alguns tratamentos que demonstram eficientes para outros criminosos, não indicados para os psicopatas.

Em tempo, Jorge Trindade (2012, p. 176/177) afirma que:

Os especialistas afirmam que os psicopatas desestruturam as próprias instituições de tratamento, burlam as normas de disciplinas, contribuindo para aumentar a fragilidade do sistema, além de que instalam um ambiente negativo onde quer que se encontrem.

Isto posto, a junção do psicopata juntamente com os demais criminosos, revela-se negativa, para o sistema prisional despreparado.

Razão pela qual, faz-se necessário um local específico para o cumprimento de pena destes sujeitos, ou na ausência destes, coloca-los em celas individualizadas, em relação aos demais presos.

Desta forma, respeitando suas peculiaridades, e a ausência de tratamento para este transtorno antissocial, deve o direito penal, visando cumprir suas diretrizes, providenciar uma forma de execução penal que ocorra de forma diferenciada dos demais sentenciados.

3 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para atingir os objetivos propostos no trabalho, fora necessário realizar pesquisas aplicadas no campo das ciências sociais, com o objetivo de gerar conhecimento e soluções para problemas específicos, como os que envolvem a aplicação e o cumprimento de penas aos criminosos psicopatas.

Dessa forma, o presente estudo apresentou seus achados sob a ótica de objetivos exploratórios e explicativos, o primeiro decorrente da necessidade de pesquisa e análise bibliográfica sobre a interpretação e aplicação da legislação brasileira em situações problemáticas, a fim de apresentar uma definição explicativa da possível solução após uma análise de todo o material.

Assim, o método utilizado fora a pesquisa bibliográfica através de uma abordagem qualitativa tanto do conteúdo quanto do discurso, iniciando com uma avaliação doutrinal e passando aos autores como Trindade, Jorge e Greco, Rogério, e demais doutrinas, artigos entre outros materiais que teve como conteúdo Execução penal, psicologia jurídica e psicopatia frente ao Direito penal brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A psicopatia sempre fora um desafio para médicos e estudiosos da área da saúde, e não é diferente no âmbito da aplicação penal.

De início tem-se a emblemática questão de definir o que seria a psicopatia e como seria possível identificá-la no infrator, nesta senda, necessário se fez decidir se o psicopata deveria ser considerado imputável, semi imputável ou inimputável, permitindo a aplicação da sanção penal adequada.

Verifica-se no presente trabalho, que por ser a psicopatia considerada um transtorno mental, o infrator psicopata é considerado imputável, ou seja, ao cometer uma infração penal deve ao infrator psicopata ser aplicado penas em detrimento das medidas de segurança.

Contudo, devido às peculiaridades da personalidade do psicopata, a função preventiva e a função de ressocialização, conforme exposto, haja vista o índice de reincidência do psicopata ser 3 vezes maior da pena, não se efetiva aos infratores psicopatas.

Sendo assim, com objetivo de respeitar a individualização da pena na fase de execução, deve o Estado identificar os psicopatas que estão inseridos no sistema prisional.

Ao longo do trabalho, uma das hipóteses para identificação destes indivíduos, fora o

PCL, psychopathy checklist, ou PCL-R, em sua versão brasileira, adaptada pela psiquiatra forense Hilda Morana, que visa através de seus itens, identificar quem são infratores psicopatas.

Entretanto, para sua aplicação no sistema prisional brasileiro, seria necessária a edição de uma lei específica, na qual adotaria o teste como elemento de identificação.

Ademais, faz-se necessário a realização de uma avaliação interdisciplinar técnica antes do deferimento dos benefícios previstos na execução penal, haja vista sua facilidade e capacidade de manipulação, evitando assim, a reinserção social precoce e a reincidência criminal.

Conclui-se assim, que para uma aplicação de pena adequada e efetiva no caso de infratores psicopatas, deve o direito penal adequar-se sua forma de execução para estes indivíduos, respeitando suas peculiaridades.

Com locais específicos, bem como profissionais qualificados e preparados para lidarem com estes infratores, para seu efetivo cumprimento de pena, de modo que, aplique de forma eficiente a sanção penal.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION - APA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM - IV. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BRASIL, **Decreto - lei nº 3.914**. 9 de dezembro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 23 mai. de 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 29 mai. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6858/2010**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal. Brasília. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290>. Acesso em: 31 mai. 2022.

CALVI, Pedro. **Sociopatia**: mentira, violência e ameaça aos direitos humanos. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sociopatia-mentira-violencia-e-ameaca-aos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 mai. 2022.

CORSI, Éthore Conceição. Pena: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena. **Âmbito Jurídico**. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pena-origem-evolucao-finalidade-aplicacao-no-brasil-sistemas-prisionais-e-politicas-publicas-que-melhorariam-ou-minimizariam-a-aplicacao-da-pena/>. Acesso em: 30 mai. 2022.

GARCIA, J. Alves. **Psicopatologia forense: para médicos, advogados e estudantes de medicina e direito.** 3a ed. refundida e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

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

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. Reincidência criminal: é possível prevenir?. **Revista Medicina CFM.** São Paulo, ano XX, n. 154, abr. 2005. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/42838541_Reincidencia_criminal_e_posssivel_prevenir. Acesso em: 23 mai. 2022.

MORANA, Hilda C P. PCL-R: Psychopathy checklist revised. **Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias.** 2011. Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/15%20-%20Artigo%20D.N.%20-%20PCL-R%20-%20Psychopathy%20Checklist%20Revised.pdf. Acesso em: 29 mai. 2022.

NARLOCH, Leandro; VERSIGNASSI, Alexandre. Seu amigo psicopata. **Super Interessante.** 2019. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/seu-amigo-psicopata/>. Acesso em: 29 mai. 2022.

ROCHA, Maria Eugênia P. F. Fato típico. **Jus.** 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94360/fato-tipico>. Acesso em: 29 mai. 2022.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado.** Fontanar. 2018.

SOUZA, Luiza Catarina S. O PCL-R como instrumento de avaliação da psicopatia no Brasil. **Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública.** 2020. Disponível em: <https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/8255/7826>. Acesso em: 30 mai. 2022.

SZKLARZ, Eduardo. Meu filho é um psicopata: A mente das crianças perversas. **Super Interessante.** 2019. Disponível em: <https://super.abril.com.br/especiais/meu-filho-e-um-psicopata/>. Acesso em: 29 mai. 2022.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** 6 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

A INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO UMA DAS ALTERNATIVAS PARA A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS NO BRASIL

Rafael Navarro Paiva Nilo¹; Carlos Eduardo Pinheiro Marcelino de Oliveira²

¹Graduando em Direito. Centro Universitário Vale do Rio Verde (UNINCOR). Email: rafaelnavarro.nilo@hotmail.com. ORCID: 0000-0002-4363-8050.

²Professor Mestre do Curso de Direito da Unincor. prof.carlos.oliveira@unincor.edu.br

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a pertinência da instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) como alternativa apta a contribuir para a redução das desigualdades sociais sob a ótica do princípio da solidariedade. Para tanto, num primeiro momento foram realizados breves apontamentos acerca do sistema tributário nacional, evidenciando que “o pobre paga mais que rico”. Seguindo nessa abordagem, no tópico seguinte foi estudado o princípio da solidariedade e sua força normativa na Constituição Federal de 1988, caminhando, na sequência, para a compreensão da instituição do IGF no Brasil, momento em que foi abordado, sutilmente, o mais recente Projeto de Lei Complementar a seu respeito. Ao final, foram analisados os efeitos da instituição do IGF no direito comparado, de modo a demonstrar como a lógica de uma tributação mais progressiva carrega em si o potencial de contribuir para a redução das desigualdades sociais vivenciadas, hoje, em nosso país. A pesquisa foi primordialmente bibliográfica, utilizando-se o método lógico dedutivo. Concluiu-se que a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas previsto em nossa Constituição poderia tornar o sistema tributário mais justo ao amenizar a discrepância existente entre a taxa sobre consumo e renda e o produto de sua arrecadação certamente poderia financiar programas de saúde/educação, por exemplo, além de políticas públicas. E esse é um debate que merece ser amadurecido e encarado com seriedade, sobretudo ao considerar que o princípio da solidariedade figura-se como vetor hermenêutico da ideia republicana, apto a orientar, portanto, os diversos ramos do Direito.

Palavras-Chave: Desigualdade; Imposto sobre Grandes Fortunas; Princípio da Solidariedade.

ABSTRACT

This article aims to analyze the relevance of the institution of the Tax on Great Fortunes (IGF) as an alternative able to contribute to the reduction of social inequalities from the perspective of the principle of solidarity. Therefore, at first, brief notes were made about the national tax system, showing that “the poor pay more than the rich”. Following this approach, in the following topic, the principle of solidarity and its normative force in the Federal Constitution of 1988 was studied, moving, in sequence, to the understanding of the institution of the IGF in Brazil, at which time the most recent Project was subtly addressed. of Complementary Law concerning it. In the end, the effects of the institution of the IGF on comparative law were analyzed, in order to demonstrate how the logic of a more progressive taxation carries the potential to contribute to the reduction of social inequalities experienced today in our country. The research was primarily bibliographic, using the logical deductive method. It was concluded that the institution of the Great Wealth Tax provided for in our Constitution could make the tax system fairer by mitigating the existing discrepancy between taxation on consumption and income and the product of its collection could certainly finance health/education programs, for example, in addition to public policies. And this is a debate that deserves to be matured and taken seriously, especially when considering that the principle of solidarity appears as a hermeneutic vector of the republican idea, able to guide, therefore, the various branches of Law.

Keywords: Inequality; Wealth Tax; Solidarity Principle.

1 INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil, desde a proclamação da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Carta Cidadã, caracteriza-se como um Estado Democrático de

Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e harmonia social, tendo como valores supremos a fraternidade, o pluralismo e a não discriminação, voltados, portanto, para a garantia do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça (BRASIL, 1988).

Não obstante um dos objetivos da Carta Magna, consoante seu art. 3º, inciso III, seja a erradicação da pobreza e marginalização, notadamente através da redução das desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988), o país ainda figura como uma das nações mais desiguais, cenário que se agravou em virtude da pandemia do COVID-19.

O paradoxo que emerge desse cenário, incita, pois, o questionamento acerca desse triste quadro fático-social, sobretudo em virtude dos 34 anos de vigência da Constituição, o que, de antemão, leva à constatação de que muitos dos mandamentos constitucionais não saíram, de fato, do papel.

Analisando esse contexto sob o viés tributário, tem-se que as camadas financeiramente mais vulneráveis, atualmente, acabam suportando uma carga tributária maior do que aquelas dotadas de maiores condições socioeconômicas, na contramão, portanto, do princípio da capacidade contributiva.

Isto posto, a pesquisa ora proposta, partindo da necessidade de um sistema tributário mais progressivo, intenta realizar uma análise acerca da pertinência da instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) como alternativa apta a contribuir para a redução das desigualdades sociais latentes, hoje, em nossa sociedade, partindo de sua previsão constitucional e sob a ótica, sobretudo, do princípio da solidariedade.

Na realização desse trabalho, será empregada a pesquisa bibliográfica, utilizando-se de autores renomados de Direito Tributário e Direito Constitucional, assim como de artigos já publicados que versem sobre o assunto, empregando-os de maneira conjunta para um melhor entendimento.

O primeiro tópico se destinará à realização de breves apontamentos acerca do sistema tributário nacional, evidenciando que “o pobre paga mais que rico”. Seguindo nessa abordagem, no tópico seguinte será estudado o princípio da solidariedade e sua força normativa na Constituição Federal de 1988, caminhando, na sequência, para a compreensão da instituição do IGF no Brasil, momento em que será abordado, sutilmente, o mais recente Projeto de Lei Complementar a seu respeito. Ao final, serão analisados os efeitos da instituição do IGF no direito comparado, de modo a demonstrar como a lógica de uma tributação mais progressiva carrega em si o potencial de contribuir para a redução das desigualdades sociais vivenciadas, hoje, em nosso país.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Breves considerações acerca do sistema tributário brasileiro e o paradoxo de que “o rico paga mais que o pobre”

A análise do Imposto sobre Grandes Fortunas, popularmente conhecido como IGF, perpassa, necessariamente, pela compreensão da lógica tributária brasileira, pelo que se faz necessário realizar, de início, breves apontamentos a respeito do sistema tributário nacional.

O Direito Tributário, conforme leciona Sabbag (2014), nada mais é do que fruto da necessidade do Estado, enquanto autêntico provedor das necessidades coletivas, de captar recursos para a manutenção de sua estrutura, notadamente no que concerne à disponibilização ao cidadão-contribuinte daquilo que lhe compete.

No Brasil, a instituição e consequente cobrança de tributos verifica-se como principal fonte de receita pública, cujo intuito se volta, principalmente:

[...] ao atingimento dos objetivos fundamentais da República, insertos no art. 3º da Constituição Federal, tais como **a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, tendente à redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar da coletividade**. Daí haver a necessidade de uma positivação de regras que possam certificar o tão relevante desiderato da percepção de recursos – o que se dá por meio da ciência jurídica intitulada Direito Tributário [...] (grifo nosso) (SABBAG, 2014, p. 33).

O próprio CTN (Código Tributário Nacional) trouxe a definição de tributo, em seu art. 3º, o qual o conceitua como sendo “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966, *online*).

Ademais, cuidou o referido texto normativo de estabelecer, em seu art. 2º -e em nome do princípio da legalidade-, que o sistema tributário nacional se orienta pelo estabelecido na Emenda Constitucional 18/1965, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal e, nos limites das respectivas competências, em leis dos demais entes (união, estados e municípios) (BRASIL, 1966).

Há de se destacar que tributo é gênero, do qual imposto é espécie. Nesse passo, considerando o tema aqui proposto, traz-se à evidência a conceituação de imposto, dado pelo art. 16 do CTN, *in verbis*: “Art. 16: Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador

uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. (BRASIL, 1966, *online*).

De acordo com José Eduardo Soares de Melo, o imposto é, portanto:

[...] um tipo de tributo que tem como elemento fundamental um ato, negócio ou situação jurídica respaldada em substrato econômico, pertinente a uma pessoa privada, sem qualquer participação direta e imediata do Poder Público [...] (MELO, 2008, p. 55).

Nota-se, nesse sentido, que “o contribuinte age e ele próprio arca com o gravame”, porquanto o fato gerador do imposto será “uma situação que não se supõe nem se conecta com nenhuma atividade do Estado” a ele dirigida, de modo que a sua exigência se dará independente da prestação estatal de determinada atividade (SABBAG, 2014, p. 418).

Superada a necessária distinção entre os conceitos acima abordados, vale destacar que os impostos se dividem em espécies, sendo elas: “a) impostos diretos e indiretos; b) impostos pessoais e reais; c) impostos fiscais e extrafiscais; d) impostos divididos segundo a classificação do CTN e e) impostos progressivos, proporcionais e seletivos” (SABBAG, 2014, p. 424-427).

Os impostos previstos em nosso ordenamento jurídico, hoje, são aqueles relativos, em a) nível municipal: i) à propriedade territorial e urbana (IPTU), ii) à serviços de qualquer natureza (ISS), iii) à transmissão de causa mortis ou doação (ITCMD); b) em nível estadual: i) à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) e ii) à propriedade de veículos automotores (IPVA) e c) em nível federal, i) à propriedade territorial rural (ITR), ii) a operações financeiras (IOF), iii) à importação de produtos estrangeiros (II) e iv) a produtos industrializados (IPI) (SABBAG, 2014).

O Direito Tributário, assim como os demais ramos da ciência jurídica, norteia-se por princípios, sendo eles o da legalidade tributária, da isonomia, da irretroatividade, da anterioridade, da capacidade contributiva, entre outros (SABBAG, 2014).

Adentrando na hipótese para a qual esse estudo se volta, qual seja, a instituição do IGF como alternativa para redução das desigualdades sociais, tem-se que, conquanto a Constituição o preveja, sua regulamentação tem se prolongado ao longo dos anos, sobretudo em virtude da grande controvérsia que o tema impõe, cujo argumento máximo sustentado pelos seus críticos reside na dificuldade de interpretá-lo, além do suposto potencial de expulsão de capital estrangeiro do país, corrente capitaneada por Ives Gandra Martins, sob a seguinte percepção:

[...] se o tributo incidisse apenas sobre grandes fortunas, deixando de fora "fortunas normais" e "riquezas normais", poucos seriam os contribuintes sujeitos a ele. E, se viesse a incidir sobre qualquer valor de expressão, fora daquilo que, pelos padrões econômicos, constitui uma "grande" (o adjetivo é relevante na lei) "fortuna", seria

inconstitucional [...] desestimularia a poupança, com efeitos negativos sobre o desenvolvimento econômico; geraria baixa arrecadação, criando mais problemas que soluções (nos países que o adotaram, a média da arrecadação correspondeu de 1% a 2% do total dos tributos arrecadados); o controle seria extremamente complexo, com a necessidade de um considerável número de medidas para regulá-lo e fiscalizar a sua aplicação; por fim, poderia gerar fuga de capitais para países em que tal imposição inexistente (a esmagadora maioria não tem o IGF) [...] (MARTINS, 2008, *online*).

Em que pese os argumentos do tributarista acima mencionado, os quais podem ser refutados através de inúmeras pesquisas, fato é que a política tributária brasileira se verifica paradoxal ao buscar pelo tão exaltado “desenvolvimento econômico” e, ao mesmo tempo, contribuir sobremaneira para o favorecimento das classes mais altas, na contramão, portanto, dos objetivos constitucionais elencados na Constituição Federal de 1988 (QUINTELA; SÉRGIO, 2018).

Em recente pesquisa levada à cabo por Quintela e Sergio, restou evidenciado que:

[...] o próprio IBGE identificou na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), que, em 2017, 10% da população concentravam quase metade da massa de rendimentos do país. Ademais, a prevalência dos impostos indiretos no Brasil, incidentes principalmente sobre o consumo, em detrimento dos impostos diretos, ocasiona uma tributação desproporcional entre ricos e pobres. **O modelo tributário atual penaliza as classes média e baixa e favorece os ricos, mediante aumentos desordenados da carga tributária.** Os cidadãos com renda média, principalmente, pagam diversos tributos cuja receita é gasta em benefício das pessoas físicas e jurídicas mais ricas, que recebem diversos incentivos e benefícios fiscais [...] **Assim, o sistema tributário contribui diretamente com os elevados índices de desigualdade social e de concentração de renda. Desigualdade expressa em números aviltantes: cinco bilionários brasileiros concentram patrimônio equivalente à renda da metade mais pobre da população do Brasil** [...] (grifo nosso) (QUINTELA; SÉRGIO, 2018, p. 33-34).

É diante desse quadro fático social, portanto, que emerge a necessidade de tornar “o sistema tributário nacional mais progressivo”, conforme aduzem Quintela e Sergio (2018, p. 36), sobretudo porque:

[...] a tributação de quem possui mais riquezas significa, para o contribuinte rico, a abdicação de um bem supérfluo, enquanto para o titular de um rendimento mais baixo significa a privação de um mínimo essencial à sobrevivência digna. O detentor de grande fortuna desfruta das vantagens de viver em um estado de direito e tem a capacidade de suportar a carga tributária com menor sacrifício [...] (QUINTELA; SÉRGIO, 2018, p. 34).

2.2 O princípio da solidariedade

Diante da abordagem acima realizada, a instituição do IGF, deve ser compreendida

enquanto oriunda da intenção do legislador em corrigir a histórica desigualdade tributária brasileira, permitindo, conforme assevera Carraza apud Santos, a representação do entendimento de que “a lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade [...] não pode atingir apenas um ou alguns contribuintes, deixando a salvo outros que, comprovadamente, se achem nas mesmas condições” (CARRAZA, 2002, p. 67 apud (SANTOS, s. a., p. 08).

Dentro desse raciocínio, a implementação do IGF serviria, inclusive, para o fortalecimento do § 1º, do artigo 145, CF, “de modo a atender aos preceitos teleológicos que cercam o princípio da capacidade econômico-tributária” (SANTOS, s. a., p. 08).

Isso tudo em nome dos preceitos constitucionais de construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, cuja intenção não deve ser interpretada apenas como um ideal esvaído de qualquer eficácia normativa. Ao revés, a solidariedade deve ser interpretada como “um princípio jurídico dotado de eficácia imediata, vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo” (SARMENTO, 2006, p. 295).

Nos dizeres de Vandrê Augusto Búrigo:

Decorrente da noção de fraternidade, a solidariedade apresenta-se como princípio ético. Com a crise do estado liberal, fundado no paradigma liberal burguês de proteção do indivíduo contra o poder e o estado, impulsionado pelas conquistas dos trabalhadores e o surgimento do estado do bem-estar, de função mais promocional do que repressiva, o discurso da solidariedade constitucionalizou-se. **Por sua função social, comprometido com o bem comum, foi no estado contemporâneo que a lógica da solidariedade passa a ocupar, junto com os temas da liberdade, da justiça e da segurança, o centro da ideia republicana, disseminando-se, ao longo do século XX, em textos constitucionais de países como Portugal, Espanha, Itália e Brasil.** Identificado com toda a gama de direitos fundamentais, o princípio da solidariedade se percebe presente por quase toda a ordem constitucional brasileira. Especificamente nas disposições atinentes ao sistema tributário nacional é possível verificar diversos reflexos desse princípio, que pode ser tomado inclusive como princípio estrutural (grifo nosso) (BÚRIGO, 2007, p. 370).

Ao se pensar, então, na solidariedade enquanto “base positiva para definir a atividade do Estado, através dela, a democracia estaria a serviço da sociedade e o Estado encontraria sua missão social” (BÚRIGO, 2007, p. 378). Centrando no foco da presente pesquisa, destaca-se o posicionamento de Diniz:

Na medida em que os indivíduos não atingem, per se, ou para si, o nível de realização destes direitos na dinâmica das relações econômicas, cabe ao Estado, por exigência constitucional, assumir a tarefa de garantir o mínimo vital de cada um e de todos ao mesmo tempo. Estas tarefas estatais são suportadas pela arrecadação de impostos, pois todos os direitos têm os respectivos custos; n'outras palavras, a conta dos direitos fundamentais, com ênfase nos direitos sociais -ainda que submetidos à “Espada de Dâmocles”, “da reserva do possível” (possibilidade financeira) e do poder de

2.3 Breve análise do PL 101/2021

Caminhando para análise da instituição do IGF no Brasil, tem-se que o referido imposto é tema de pelo menos 5 (cinco) projetos de lei em tramitação no Senado (PINCER, 2021). O mais recente deles, qual seja, o Projeto de Lei Complementar 101/2021, de autoria do senador Randolfe Rodrigues, do partido Rede-AP, prevê a instituição do referido imposto sobretudo em razão dos efeitos devastadores da pandemia COVID-19, a qual “resultou na declaração de Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus” (BRASIL, 2021, *online*) e contribuiu, significativamente, para o aumento das desigualdades sociais e regionais no país.

Os principais pontos do referido PL seguem detalhados na tabela abaixo colacionada:

Tabela 1 – Principais pontos do PL 101/2021 que prevê a instituição do IGF no Brasil

Patrimônio a ser tributado	acima de R\$ 4,67 milhões
Alíquota a incidir	entre 0,5% e 5%, conforme o patrimônio do contribuinte.
Alcance do imposto em pessoas	aproximadamente 200 mil contribuintes
Alcance do imposto em percentual	0,1% da população brasileira
Arrecadação projetada	R\$ 38,9 bilhões
Destino da arrecadação	½ o financiamento de ações e serviços de saúde e ½ ao financiamento da complementação do auxílio destinado às famílias mais vulneráveis.

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de Araújo e Oliveira (2021, *online*)

A justificativa apresentada pelo Senador Randolfe Rodrigues, de acordo com Araújo e Oliveira (2021, *online*), segue transcrita abaixo:

[...] mostra-se, portanto, razoável que aqueles contribuintes com maior capacidade contributiva, que, em sua maioria, tiveram aumento patrimonial enquanto a grande massa da população vem sofrendo com os efeitos perversos da crise sanitária e econômica, contribuam com o país neste momento de forte recessão [...]

Há de se considerar, nesse passo, o inegável acaloramento da discussão que já permeava

a sociedade há décadas frente aos efeitos da pandemia do novo Coronavírus, presente desde o ano de 2019 em nosso país, cujo resultados têm sido mais sentidos pelas camadas economicamente hipossuficientes.

2.4 A instituição do IGF no direito comparado

O Imposto sobre Grandes Fortunas é, hoje, previsto em países europeus como Espanha, Noruega, Bélgica e Suíça. Na América Latina, é adotado, também, pela Argentina, Colômbia e Uruguai.

A tabela abaixo demonstra como esse imposto se dá nesses países e o que ele tem agregado para essas sociedades:

Tabela 2 – Análise do IGF no direito comparado

PAÍS	INCIDÊNCIA	% do PIB/ano
NORUEGA	Apenas sob pessoas físicas cujo patrimônio seja acima de 1,48 milhão de coroas norueguesas. Alíquotas entre 0,7% e 0,15%.	0,5%
SUIÇA	Apenas sob pessoas físicas cujo patrimônio seja acima de 180 mil euros. Alíquotas entre 0,3% e 1%.	1,2%
ESPANHA	Apenas sob pessoas físicas cujo patrimônio seja acima de 700 mil euros. Alíquotas entre 0,5% e 2,5%.	0,2%
BÉLGICA	Apenas sob pessoas físicas cujo patrimônio seja acima de 500 mil euros. Alíquota de 0,15%.	-
ARGENTINA	Apenas sob pessoas físicas cujo patrimônio seja acima de 2 milhões de pesos argentinos. Alíquota de 0,25%.	0,1%
URUGUAI	Cobrado tanto de pessoas como de empresas, cujo patrimônio exceda 113 mil euros. Alíquotas entre 0,5% e 1,5%, podendo chegar à 2,8% no caso de empresas.	1%
COLÔMBIA	Apenas sob pessoas físicas cujo patrimônio exceda 266 mil euros. Alíquotas entre 0,125% e 1,5%.	0,65%

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de Carvalho Junior e Morgan (2020, p. 111-115).

Conforme elucidam Carvalho Júnior e Morgan, ainda que a experiência internacional permita a conclusão de que a arrecadação com o IGF se mostre relativamente baixa em alguns países, embora mais relevantes em outros, há de se destacar que seu objetivo deve ser tão somente reduzir a desigualdade, pelo que a instituição de um imposto sobre a fortuna denota uma forma “democrática e transparente de rastrear e avaliar diretamente a distribuição da riqueza entre a população” (CARVALHO JÚNIOR; MORGAN, 2020, p. 121).

Assim, traz-se à evidência o raciocínio de Sbaraini e Veiga Júnior de que:

O debate sobre o IGF não deve estar definitivamente em redistribuição de renda baseada em penalizar o rico pela acumulação de riqueza, mas sim tornar o nosso sistema tributário mais justo, de forma que os pobres paguem menos impostos (sobre o consumo), os ricos paguem mais impostos sobre a renda e, porque não, sobre a acumulação de fortuna como um imposto complementar voltado para fins de apoio ao combate às desigualdades sociais? (SBARAINI; VEIGA JÚNIOR, 2020, p. 359)

Há de ser superado, portanto, o entendimento que tem equalizado o IGF à uma espécie de roubo das classes economicamente mais favorecidas reflete a doutrinação neoliberal existente em nosso país, segundo a qual os impostos são compreendidos como “riquezas que se transfere de quem trabalha para e produz para atividades improdutivas e parasitárias do Estado”, haja vista que o sistema tributário tal como se encontra, isto é, regressivo, tem contribuído sobremaneira para que pobres tenham maior parte da sua renda comprometida com impostos, enquanto o contrário não se aplica aos mais ricos (GOMES, 2020).

Nesse passo, torna-se imperioso caminhar para uma compreensão solidária e justa do Direito, em detrimento de sua concepção individualista em prol de uma justiça distributiva e social. Isso porque figura-se como objetivos da República erradicar as desigualdades sociais e misérias, no que incumbe seu dever de criar normas que sejam capazes de “concretizar a cooperação em prol do bem-estar coletivo”, sobretudo porque “nenhum ser humano pode estar à margem de sua própria sociedade” (QUINTELA; SÉRGIO, 2018, p. 35-36).

3 MATERIAIS E MÉTODOS

O procedimento a ser empregado no presente trabalho será o de natureza bibliográfica, pautado em livros, doutrinas, artigos científicos, legislação, bem como literatura disponibilizada na internet (GIL, 2002) e dados estatísticos, a fim de oferecer as bases necessárias para o estudo do IGF e investigar sua adequabilidade enquanto possível alternativa para redução das desigualdades sociais no Brasil, esta consubstanciada nos objetivos

fundamentais da República, sobretudo o princípio da solidariedade, com vistas a promover um sistema tributário mais progressivo.

A abordagem utilizada será a de caráter qualitativo, tanto de conteúdo, como de discurso, através do levantamento bibliográfico de doutrinas de renomados juristas, como as de Eduardo Sabbag, Daniel Sarmiento, entre outras que sejam pertinentes ao tema proposto.

Ademais, será realizado um breve estudo da legislação comparada, por meio de trabalhos científicos já publicados, de maneira que reste demonstrado a experiência internacional quanto à previsão do referido tributo.

Assim, a presente pesquisa apresentará seus resultados por meio de objetivos exploratórios, utilizando-se do método dedutivo, segundo o qual as conclusões seguem necessariamente as premissas, de maneira que se o raciocínio dedutivo for válido e as premissas forem verdadeiras, a conclusão não pode ser mais nada senão verdadeira.

CONCLUSÃO

A partir da elaboração do presente artigo, foi possível concluir que a atual configuração tributária brasileira tem contribuído sobremaneira para a concentração de renda e consequente acentuação das desigualdades sociais e regionais. Como restou comprovado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano de 2017, 5 bilionários concentravam patrimônio equivalente à renda da metade mais pobre da população do país.

Essa situação alarmante denuncia a contradição existente em nossa sociedade e leva, por conseguinte, à seguinte indagação: se, enquanto em Estado Democrático de Direito que objetiva fundamentalmente a redução das desigualdades sociais e regionais, fundado na dignidade da pessoa humana, tendo como valor supremo a fraternidade e voltado para a garantia da igualdade e da justiça, por que as camadas financeiramente mais vulneráveis suportam uma carga tributária maior?

Não seria a prevalência de impostos indiretos sobre impostos diretos responsável pela tributação desproporcional que hoje se faz latente em nossa sociedade, contrariando, portanto, de um dos princípios basilares da ciência tributária, qual seja, da capacidade contributiva?

Nesse contexto, tomando por base o projeto de lei e a experiência internacional analisada, entende-se que a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas previsto em nossa Constituição poderia contribuir para a redução das desigualdades sociais, na medida em que amenizaria a discrepância existente entre a taxação sobre consumo e renda e o produto de sua arrecadação certamente poderia financiar programas de saúde/educação, por exemplo, além de

políticas públicas.

E esse é um debate que merece ser amadurecido e encarado com seriedade, de modo a abandonar sua compreensão enquanto “penalização dos ricos” e entendê-lo em sua essência, qual seja, tornar o sistema tributário mais progressivo e justo.

Isso tudo em virtude de o princípio da solidariedade figurar como vetor hermenêutico da ideia republicana, apto a orientar, portanto, os diversos ramos do Direito, em detrimento de sua concepção individualista que restou superada sobretudo após a promulgação da Carta Cidadã de 1988.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Lúcia; OLIVEIRA, Patricia. Projeto Prevê Imposto Sobre Grandes Fortunas Para Ajudar No Combate À Pandemia. **Agência Senado**, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/21/projeto-preve-imposto-sobregrandes-fortunas-para-ajudar-no-combate-a-pandemia> Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 18 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm Acesso em: 18 mai. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar nº 101, de 2021**. Institui a Contribuição Extraordinária sobre Grandes Fortunas para aliviar os efeitos da pandemia de Covid-19 que resultou na declaração de Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149004> Acesso em: 20 mai. 2022.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. Implicações do princípio da solidariedade no sistema tributário nacional: breves apontamentos. **Revista Eletrônica de Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 2, p. 370-385, 2007. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/7599> Acesso em: 20 mai. 2022.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro HB; MORGAN, Marc. Tributação da riqueza: princípios gerais, experiência internacional e lições para o Brasil. In: CASTRO, Jorge Abrahão de; POCHMANN, Marcio (orgs.). **Brasil: Estado Social contra a barbárie**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2020.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado Social e Princípio da Solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 31-48, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6136426> Acesso em: 20 mai. 2022.

GOMES, Ciro. **Projeto Nacional: o dever da esperança**. São Paulo: LeYa, 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Imposto sobre Grandes Fortunas. **Portal Jus**, 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10977/o-imposto-sobre-grandes-fortunas> Acesso em: 20 mai. 2022.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

PINCER, Pedro. Taxação de grandes fortunas é tema de vários projetos em tramitação no Senado. **Agência Senado**, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2021/07/taxacao-de-grandes-fortunas-e-tema-de-varios-projetos-em-tramitacao-no-senado> Acesso em: 20 mai. 2022.

QUINTELA, Guilherme Camargos; SÉRGIO, Samille Rodrigues. O Imposto sobre Grandes Fortunas como instrumento de redução de desigualdades sociais e regionais: uma análise com base no princípio da solidariedade federativa. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, [s. l.], v. 6, n. 7, p. 33-68, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/37077/26808> Acesso em: 20 mai. 2022.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Gustavo Abrahão dos. **O Imposto sobre Grandes Fortunas e a redução das desigualdades sociais e regionais**, [s.a.]. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170531142551.pdf Acesso em: 20 mai. 2022.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SBARAINI, Davi Alberto; VEIGA JÚNIOR, João Carlos Valentim. O imposto sobre grandes fortunas no direito comparado: análise de implantação à luz do cenário político-econômico brasileiro. **Revista Academia de Direito**, [s. l.], v. 2, p. 345-362, 2020. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2345>. Acesso em: 20 mai. 2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA COMO PRÁTICA ABUSIVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Jaíne Alves da Silva¹; Prof. Esp. Edson Camara de Drummond Alves Junior²

¹Graduanda do Curso de Direito. Unincor. Jaíne.alves@aluno.unincor.edu.br. <https://orcid.org/0000-0002-4835-994X>

²Professor graduado em Direito/Especialista, Unincor. Prof.edsonjunior@unincor.edu.br. <https://orcid.org/0000-0001-5817-153X>

RESUMO

O presente artigo visa conceituar a prática da obsolescência programada, trazendo as mudanças no mercado de consumo ao longo do tempo, analisando seus tipos e como estes incidem sobre o Código de Defesa do Consumidor. O estudo foi baseado em pesquisa bibliográfica qualitativa, utilizando-se de doutrinas, artigos já publicados, jurisprudência e legislação pertinente ao tema. Inicialmente, analisar-se-á o conceito de Direito do Consumidor e o surgimento deste, seguido da definição de obsolescência programada e seus diferentes tipos, demonstrando como estes incidem sobre o CDC como prática abusiva, abordando a hipossuficiência do consumidor frente ao mercado de consumo. Por fim, serão demonstrados os dispositivos normativos que visam escudar o consumidor frente a prática da obsolescência.

Palavras-Chave: Obsolescência Programada. Prática Abusiva. Proteção ao Consumidor.

ABSTRACT

This article aims to conceptualize the practice of programmed obsolescence, bringing changes in the consumer market over time, analyzing its types and how they affect the Consumer Defense Code. The study was based on qualitative bibliographic search, using doctrines, articles already published, jurisprudence and legislation relevant to the topic. Initially, the concept of Consumer Law and its emergence will be analyzed, followed by the definition of programmed obsolescence and its different types, demonstrating how they affect the CDC as an abusive practice, addressing the consumer's hyposufficiency in the consumer market. Finally, the normative devices that aim to shield the consumer from the practice of obsolescence will be demonstrated.

Keywords: Scheduled obsolescence. Abusive Practice. Consumer protection.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual presenciou inúmeras transformações ao longo dos anos, boa parte destas se deu em relação à indústria e ao modelo consumerista que impulsiona o mercado e gera lucro aos fornecedores e empresas.

Diante da reorganização, implantando táticas visando o aumento do consumo surgiu a estratégia denominada obsolescência programada, que consiste na redução proposital da vida útil de um produto, o produzindo de maneira que venha a falhar ou mesmo perder sua serventia em um curto espaço de tempo.

Isto posto, objetiva-se com o presente artigo demonstrar de que modo a obsolescência programada se constitui como prática abusiva frente ao ordenamento pátrio, demonstrando a violação ao princípio da boa-fé objetiva, analisando as práticas instauradas e demonstrando a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor ante a situação e a necessidade de

dispositivos normativos que visem prevenir e proteger aqueles que possuem seus direitos violados.

Justifica-se a realização do presente artigo com base na observação do consumo exagerado, bem como a tutela do consumidor frente às práticas abusivas perante a Lei Consumerista, compreendendo o que é necessário para que a parte vulnerável tenha seus direitos resguardados, considerando que a proteção ao consumidor se trata de um direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Deste modo, o presente estudo se respalda no fato de que a obsolescência programada fere dispositivo constitucional bem como a transparência em relação ao que é comercializado e colocado à disposição dos consumidores.

Na realização deste, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, qualitativa, orientando-se em autores renomados, jurisprudência e artigos já publicados que versem sobre o assunto, empregando-os de maneira conjunta para melhor entendimento.

Analisar-se-á primeiramente o que é o Direito do Consumidor e por qual motivo este surgiu, seguido do conceito de “obsolescência programada” e o pretexto pelo qual tal prática é utilizada no mercado de consumo; passando-se a observação dos diferentes tipos de obsolescência e nos modos que cada uma é aplicada a fim de influenciar o comprador, sendo, ao final, apresentado como a obsolescência programada se caracteriza como prática abusiva à luz do disposto pelo Código de Defesa do Consumidor, demonstrando a fragilidade do consumidor e sua hipossuficiência em relação ao mercado de consumo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O que é o Direito do Consumidor

A sociedade está sempre em desenvolvimento, desde os primórdios da humanidade o consumo esteve presente, segundo Aquino et. al. (1982, p. 121), após a Revolução Industrial, no século XVIII, esse consumo cresceu gradativamente, sendo um marco para a modernização ocidental.

Com a crescente inovação, as sociedades passaram a se desenvolver de maneira gradativa, surgindo a necessidade normativa para disciplinar tal avanço, conforme discorre Xavier (2016, p. 2)

(...) Vivemos em uma comunidade consumerista, e por isso que devemos estar sempre atentos aos nossos direitos e deveres. Em razão do aumento da oferta e demanda de produtos e serviços, notadamente tivemos uma ampliação exorbitante das relações negociais. Começamos, então, a observar a necessidade de criação de institutos que fossem capazes de dirimirem conflitos advindos dos atos negociais ocorridos entre consumidores e fornecedores. (...) A proteção e defesa do consumidor tiveram acento na Constituição da República de 1988, não sendo ponderada em Constituições anteriores. Em suas prescrições podemos notar a determinação da competência do Estado em promover, na forma prevista em Lei, a defesa do consumidor.

A proteção ao consumidor possui viés constitucional, classificada como garantia fundamental, prevista no artigo 5º, inciso XXXII (BRASIL, 1988, p. 3) da Magna Carta, cabendo ao Estado, na forma da lei, promover tal defesa.

Conceituado pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, pode-se definir consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviços como destinatário final (BRASIL, 1990, p. 1)”. Assim, o CDC é o conjunto de princípios jurídicos e regras que regulam as relações de consumo de bens ou serviços.

Parafraseando Maria Helena Diniz (1995, p. 459), citando Del Vecchio, relação de consumo consiste no vínculo entre pessoas, existindo somente quando os sujeitos praticarem certas ações atinentes ao caráter moral das normas aplicáveis à situação. Desta forma, a relação de consumo é formada pelo conjunto dos elementos presentes nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 1).

Fornecedor pode ser pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, nacional ou estrangeira, sendo possível verificar a conceituação deste no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 1)

(...) toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (Artigo 3º, Lei Federal 8.078/90).

Cabe ressaltar que, a pessoa que atuar de forma isolada, uma única vez, ou até esporadicamente, com ou sem intuito de lucro, não poderá ser caracterizada como fornecedor, haja vista a necessidade do desenvolvimento de atos coordenados que visam uma finalidade específica, como, por exemplo, alguém que após anos de uso de um veículo resolve vendê-lo, não poderá ser enquadrado como fornecedor. No mesmo sentido, é possível destacar a lição de Azevedo (2009, p. 400) “para que haja atividade, há necessidade: (i) de uma pluralidade de atos; (ii) de uma finalidade comum que dirige e coordena os atos; (iii) de uma dimensão temporal, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo”.

Ante o exposto, parafraseando Tartuce e Neves (2021, p. 67), para que exista, portanto, a relação é preciso que haja elementos subjetivos (o consumidor e o fornecedor) e elementos objetivos (o produto ou o serviço), sendo que a falta de qualquer um destes enseja na descaracterização da relação, afastando a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Deste modo, finda-se o presente tópico, reiterando a necessidade imprescindível dos elementos subjetivos e objetivos para a formação da relação de consumo e, por conseguinte, para que o CDC possa ter aplicabilidade sobre esta. A ausência de qualquer dos elementos mencionados ensejará para a caracterização da relação em apenas como jurídica comum, aplicando-se, neste caso, as normas do Código Civil.

2.2 O que é Obsolescência Programada

Também chamada de “obsolescência planejada”, consiste na diminuição da vida útil dos produtos/serviços de maneira proposital, aumentando assim a demanda e obrigando os consumidores a adquirirem um novo produto/serviço em um espaço menor de tempo. Todo produto fabricado vai em algum momento se tornar obsoleto, contudo, de forma natural, a prática da obsolescência é justamente reduzir a vida útil destes produtos, de maneira planejada, estimulando o consumo repetitivo.

É importante destacar a diferenciação entre a simples obsolescência e a obsolescência programada. A primeira se refere a diminuição da vida útil através de fatores naturais, já a segunda, trata da diminuição da vida útil por influência externa, ocorrendo de maneira proposital, forçando sua substituição.

Neste sentido, conforme Vio (2004, p. 193), a obsolescência programada consiste na “redução artificial da durabilidade de um bem de consumo, de modo a induzir os consumidores a adquirirem produtos substitutos dentro de um prazo menor e, conseqüentemente, com uma maior frequência, do que usualmente fariam”.

Tal situação desrespeita a utilidade do produto, esta, que segundo Neves (2013, p. 01-18) é classificada por sua composição fática (qualidade na fabricação); propósito funcional (a durabilidade da necessidade que visa atender); cuidados em seu uso e, por fim, a capacidade do produto em atender as necessidades do usuário.

A obsolescência programada é utilizada como tática de comercialização, sendo popularizada e utilizada por vários fabricantes, visando assim maximizar os lucros e a demanda. Silva (2018, p. 11), ao citar a obra “*The Waste Makers*”, de Packard, destaca as estratégias mais utilizadas, sendo estas: a indução a compra de mais de um produto (figura 1), produzindo novas

categorias de algo que realize a mesma função; promoção do descarte de produtos para que novo sejam adquiridos; apoiar o acesso ao crédito, estimulando o consumo (figura 2); ofuscar o valor real dos produtos, omitindo informações determinantes para a decisão do consumidor; incitar o prazer pela posse de bens materiais; influenciar o aumento populacional, aumentando consequentemente o número de consumidores.

Figura 1 – Oferta promocional (2018)



Fonte: Facebook.com/MinasShopping.

Figura 2 – Propaganda (s.d.)



Fonte: Tudosobreprodutos.com.br

Desta maneira é possível verificar que a redução da vida útil de um produto enseja induzir o consumidor a realizar uma nova compra, seja pelos vícios que começam a aparecer, pela falta de peças para reparação ou até mesmo pelo lançamento de uma nova versão do produto, provocando o descarte antecipado, gerando assim uma alta taxa de desperdício, sendo que em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC, 2014) e a *Market Analysis*, verificou-se que 81% dos brasileiros preferem adquirir um novo aparelho de celular, cujo antigo possui menos de três anos de uso, do que recorrer à assistência técnica.

O processo de industrialização, trouxe, como consequência diversas modificações quanto ao oferecimento de produtos, colocando no mercado produtos “adulterados”, induzindo o consumidor a adquirir outro artigo devido à baixa durabilidade, haja vista o processo de produção estratégico, já premeditando o descarte antes mesmo da compra. Desta feita, em relação ao consumidor, é negligenciada a preocupação com a parte hipossuficiente, ignorando direitos e maximizando lucros. Como já poetizado por Humberto Gessinger (2002) “satisfação

garantida, obsolescência programada. Eles ganham a corrida, antes mesmo da largada”.

Deste modo, passa-se a análise de cada tipo de obsolescência.

2.2.1 Tipos de Obsolescência

2.2.1.1 Obsolescência de Função

Caracterizada pelo lançamento de um novo produto, cuja promessa é executar a função de maneira superior aos antigos, desta forma, o anterior é visto como obsoleto quando comparado ao lançamento. Isto se deve ao avanço tecnológico, permitindo que o mercado receba produtos que oferecem maior tecnologia e eficiência, moldando a sociedade a se tornar cada vez mais consumerista. Parafraseando Polidoro (2018, p.45) ao citar Slade, esta categoria surgiu basicamente na década de 1910, quando os carros de partida elétrica foram desenvolvidos, tornando os outros modelos ultrapassados e substituídos rapidamente.

De acordo com Pavão (2003, s.p.):

Esta forma de obsolescência é a mais louvável, haja vista a criação de produtos novos que executam de maneira superior a função designada, por exemplo, um medicamento que não produza mais efeitos colaterais para uma dada doença, tem por consequência a melhora na qualidade de vida do indivíduo que necessita da droga.

Nos dias atuais, verifica-se a utilização deste tipo de obsolescência principalmente no setor tecnológico, em suas mais diversas áreas, sendo comum as empresas aguardarem o momento oportuno, tais como “Natal” e “Dia das Mães”, sendo épocas de alta demanda consumerista, para realizar o lançamento dos produtos.

É preciso ressaltar que, embora o artigo 12, §2º do CDC (BRASIL, 1990, p. 4) dispõe que um produto não será considerado defeituoso caso um de melhor qualidade seja colocado no mercado, a prática da obsolescência programada é considerada como abusiva, ainda que seja de difícil identificação.

Sob essa perspectiva, destaca Bergstein (2013):

Assim, a partir de uma análise tecnológica da norma, conclui-se que, na hipótese de serem lançadas novas versões ou edições de produtos, os fornecedores deverão oferecer meios para aqueles que anteriormente adquiridos pelos consumidores permaneçam funcionando adequadamente até que precisem ser descartados em função de seu desgaste natural. As técnicas empregadas para burlar esta regra é que caracterizam a prática ilícita da obsolescência programada.

Inúmeros são os exemplos que podem ser citados nesse caso, um dos mais comuns é o avanço dos telefones celulares, estes eram basicamente utilizados para realizar ligações e tão raramente para o envio de mensagem (os chamados SMS), sendo que a evolução os transformou nos *smartphones*, que possuem funções capazes de oferecer desde a realização de ligações até serviços bancários. No entanto, as empresas muitas vezes realizam poucas modificações em relação ao produto que está sendo lançado e o já disponibilizado no mercado.

2.2.1.2 Obsolescência Psicológica

Este tipo de obsolescência possui caráter subjetivo vez que o consumidor é convencido pelas estratégias de marketing, não importando que o produto esteja em plenas condições de uso, as campanhas publicitárias passam a empregar o produto antigo como defasado e insatisfatório, instigando o desejo de adquirir algo novo. A abusividade se vale da ignorância do consumidor, vez que este é convencido a substituir seus bens cada vez mais rápido, acreditando que, de fato, precisa consumir.

É neste ponto que a propaganda e o marketing se tornam a peça chave para induzir ao consumo, conforme Polidoro (2018, p.43) ao mencionar Packard, sendo que o primeiro caso conhecido ocorreu na década de 1920, nos Estados Unidos, sendo aplicados pelos produtores de carros, se expandindo rapidamente para as indústrias de relógios e rádios.

A propaganda é a responsável por aproximar o produto do consumidor, instigando-o e persuadindo, criando uma demanda até então inexistente, para tanto, são utilizadas todas as técnicas possíveis, vinculando o público a publicidade.

Dentre os vários exemplos, é possível destacar o setor da moda, pois este se encontra em constante mutação, substituindo os saltos grossos por finos, o comprimento na barra de saias e vestidos e colocando em alta cores de acordo com a temporada ou estação.

De acordo com Bauman (2008, p. 31):

Nos mercados de consumidores-mercadorias, a necessidade de substituir objetos de consumo “defasados”, menos que plenamente satisfatórios e/ou não mais desejados está inscrita no design dos produtos e nas campanhas publicitárias calculadas para o crescimento constante das vendas. A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem).

Embora este não esteja ligado a qualidade, é importante para o setor industrial manter um mercado ativo e cativar os consumidores, convencendo-os de que o lançamento se refere a uma nova tendência, o que para Leonard (2011, p. 177):

A publicidade está tão sofisticada que já não se dedica mais a destacar os produtos por suas qualidades ou características, mas os diferencia de tantos outros que existem no mercado com base na imagem a qual ele se associa. Já não é mais necessário informar sobre o produto, dizer para que serve ou a quem se destina, basta associá-lo a uma ideia, estilo de vida, status social ou público pré-estabelecido.

Partindo da visão produtiva, esta técnica é mais vantajosa para o setor industrial, se comparada a obsolescência de função, uma vez que o valor a ser investido é menor e a demanda é alta, já que os consumidores são persuadidos a trocar seus produtos simplesmente por uma questão de estilo.

2.2.1.3 Obsolescência de Qualidade

Refere-se a qualidade do produto ofertado, para que a durabilidade deste seja mínima, se desgastando mais rápido ou quebrando com facilidade. Como aduz Vanessa Polidoro (2018, p. 47) ao referenciar Packard:

A obsolescência programada de qualidade refere-se a prática da indústria que deliberadamente reduz a vida útil dos produtos para que os consumidores adquiram novas unidades. A abreviação na durabilidade pode ocorrer pela introdução de estratégias ou técnicas para que o produto deixe de funcionar antes do tempo que ele poderia durar ou mesmo pela baixa qualidade dos materiais empregados na fabricação da mercadoria.

Iniciada no final do século XIX (POLIDORO, 2018, p. 37), através da redução da durabilidade das lâmpadas elétricas, nesta categoria é essencial a fiscalização durante a fabricação haja vista poder ser considerada como a mais prejudicial ao consumidor, uma vez que a qualidade é o que garante a segurança ao destinatário, destacando-se o “princípio da precaução”, que visa não somente prevenir a ocorrência das condutas indesejáveis e causadoras de danos, mas amparar com eficiência os consumidores.

Conforme Macedo (2020), um exemplo marcante desta foi o caso ocorrido em 2003, nos Estados Unidos, com os consumidores do chamado “iPod”, da Apple, situação em que o aparelho fora fabricado com a bateria acoplada e programada para funcionar pelo prazo máximo de dezoito meses, tal questão chegou ao Judiciário, através de ação coletiva, onde fora decidida a substituição de todas as baterias dos aparelhos vendidos até maio de 2004, bem como o aumento da garantia destes.

Este tipo pode manifestar-se de duas maneiras, sendo a primeira em produtos cujo vício não pode ser superado através do conserto do produto, tendo como exemplo os *smartphones* que não oferecem acesso à bateria, ou que as peças para a devida reparação não estão

disponíveis no mercado. A segunda maneira dispõe sobre os produtos cujo conserto possui um valor econômico exacerbado, ainda que as peças para reposição estejam disponíveis, a compra delas se torna inviável.

2.3 Incidência do Código de Defesa do Consumidor quanto à obsolescência programada

O abuso de direito é considerado como preocupante frente à legislação normativa, criando-se assim uma camada de proteção ao consumidor através da chamada responsabilidade civil. O Código Civil (BRASIL, 2002, p. 16) dispõe, em seu artigo 187, o conceito de abuso de direito, considerando como ato ilícito aquele que, exercido por um titular de direito, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, bem como a boa-fé ou os bons costumes.

O Capítulo VI, Seção II do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 10), dispõe sobre as Cláusulas Abusivas no âmbito do Direito do Consumidor, apesar de tratarem de cláusulas contratuais, podem ser aplicadas às práticas comerciais, podendo ser conceituadas como condutas que causem instabilidade entre a parte hipossuficiente da relação (consumidor) e o fornecedor, como bem lecionam Tartuce e Neves (2021, p. 319):

As cláusulas são consideradas ilícitas pela presença de um abuso de direito contratual. Além da nulidade absoluta, é possível reconhecer que, presente o dano, às cláusulas abusivas podem gerar o dever de reparar, ou seja, a responsabilidade civil do fornecedor ou prestador.

A proteção ao consumidor pode ser observada não somente no âmbito nacional, é possível destacar, por exemplo, a legislação consumerista francesa, que dispõe sobre o resguardo em relação aos produtos e serviços, neste sentido, destaca Polidoro (2018, p. 53):

A legislação consumerista francesa se ocupa dessa questão há alguns anos. O *Code Du Consommation* francês foi acrescido, em agosto de 2015, de um artigo que visa coibir a prática da obsolescência programada. (...)

Art. L. 213-4-1.-

I – A obsolescência programada é definida como o conjunto de técnicas pelas quais um profissional de marketing visa reduzir deliberadamente a vida de um produto para aumentar sua taxa de substituição. II – A obsolescência programada é punível com sentença de dois anos de prisão e multa de € 300.00. III – O montante da multa pode ser aumentado, na proporção dos benefícios decorrentes da adulteração, para 5% do volume de negócios médio anual, calculado sobre o volume de negócios dos três anos anteriores à data dos fatos.

Apesar da legislação brasileira ser omissa especificamente na questão da obsolescência programada, não tratando de maneira explícita sobre o assunto, é possível verificar a existência de julgados recentes, que instigam o direito à informação e a boa-fé objetiva nas relações consumeristas, apesar de ser uma situação delicada de manifestação, haja vista a mencionada

omissão, o Juiz de Direito Relator Alexandre Morais da Rosa, proferiu o Voto no Recurso Inominado n. 2013.100261-0 da Primeira Turma de Recursos da Comarca da Capital/SC, da seguinte maneira:

A prática da obsolescência programada é abusiva e fere o princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo e o direito básico à informação clara e precisa. É dever do fornecedor, em atenção à boa-fé contratual e as legítimas expectativas do consumidor, alertá-lo sobre a provável obsolescência do produto quando sabe inequivocamente da iminência de substituição ou atualização (SANTA CATARINA, 2013).

Deste modo, é preciso verificar o princípio da boa-fé em relação a legislação consumerista, conforme reconhece o Enunciado n. 26 do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2002), aprovado na I Jornada de Direito Civil, reconhecendo ser a exigência de lealdade entre os participantes negociantes, inerente a todas as partes e fases negociais, independentemente de previsão no instrumento. O Judiciário, através do REsp 984.106, julgado em 2012, o STJ se manifestou da seguinte forma:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO E RECONVENÇÃO. JULGAMENTO REALIZADO POR UMA ÚNICA SENTENÇA. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO EM PARTE. EXIGÊNCIA DE DUPLO PREPARO. LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STF. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO FORNECEDOR. VÍCIO DO PRODUTO. MANIFESTAÇÃO FORA DO PRAZO DE GARANTIA. VÍCIO OCULTO RELATIVO À FABRICAÇÃO. CONSTATAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EXEGESE DO ART. 26, § 3º, DO CDC. (...) 8. *Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem.* 9. *Ademais, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum.* Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo. 10. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido. (BRASIL, 2012) (Grifos inexistentes no original).

É preciso destacar que o mencionado princípio implica no dever de agir de maneira leal, transparente, honesta e ética, promovendo a cooperação entre as partes no âmbito da relação e, para tanto, é possível sua aplicação em todas as formas de obsolescência programada.

Assim, é possível verificar que o fornecedor deve garantir ao consumidor, por um período razoável de tempo, a continuidade normal daquele produto, ainda que apresente algum defeito, devendo, para tanto, ter disponível no mercado as peças necessárias para reparação.

Destaca-se que a ausência de peças de reposição no mercado contraria o disposto no artigo 32 do CDC (BRASIL, 1990, p.7), vez que os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta dessas enquanto a fabricação ou importação do produto não cessar e, cessadas, a oferta ainda deverá ser mantida por período razoável de tempo.

No mesmo sentido, destaca-se o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), tal dispositivo utiliza como parâmetro o respeito à dignidade, saúde e segurança, ao final do mencionado artigo verifica-se a menção a transparência e harmonia das relações de consumo, bem como o inciso VI, do mesmo que faz alusão à repressão dos abusos praticados no mercado de consumo que possam causar prejuízo aos consumidores.

Deste modo, todas as práticas da obsolescência programada mencionadas devem ser questionadas sob a ótica do CDC, inclusive sendo passíveis de reparação pelos danos praticados pelos fornecedores.

Neste sentido, destaca Santos (2017, p. 51)

(...) é patente o enquadramento da obsolescência no âmbito das práticas consideradas abusivas pelo CDC, em que pese a ausência de dispositivo específico em relação ao tema. Tais práticas representam uma verdadeira dissonância da conduta do fornecedor com o que prima a lei consumerista, caminhando arreadas aos princípios titulados pelo ordenamento.

Como o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não dispõe expressamente sobre a obsolescência programada, existem Projetos de Lei (PL) que visam à proteção ao consumidor ante a prática, destacando-se o PL 7875/2017, 3019/2019 e 1791/2021, ambos objetivam adicionar incisos no artigo 39 do CDC coibindo o comportamento lesivo, estes se encontram apensos e prontos para entrar na pauta de votações na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços.

A vulnerabilidade do consumidor é aproveitada pelos fornecedores atingindo aspectos socioeconômicos, vez que maximizam os lucros, já que violam direitos e, por fim, informacionais, prevalecendo-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, manipulando-os de maneira psicológica e muitas vezes emocional, incentivando a aquisição de novos produtos.

Usualmente, como o CDC não dispõe de uma norma específica para tratar sobre a obsolescência programada, é aplicado o disposto no seu artigo 18 (BRASIL, 1990, p. 3), relativo aos vícios de qualidade, propondo, ao consumidor algumas opções caso o fornecedor não solucione o vício do produto no prazo legal, podendo ser a substituição do produto por outro de mesma espécie, observadas as perfeitas condições de uso; a restituição imediata do valor pago, atualizado monetariamente, não afetando eventuais perdas e danos; ou, abatimento proporcional ao preço.

Como bem discorre Bezerra (2017, p. 55), ao mencionar Vasconcelos e Luna

(...) é necessário que se entenda que a proteção do consumidor anda de mãos dadas com fomento à atividade privada, tanto na indústria quanto no comércio. Posicionamentos radicais na defesa dos direitos dos consumidores podem dar a aparência de que cooperam em favor destes, quando na verdade os prejudicam de forma indireta. O consumo só existe enquanto houver algo para ser consumido. Sem produtos e sem comércio não há consumidor, mas é preciso haver equilíbrio e os abusos precisam ser combatidos.

No entanto, outras medidas podem ser adotadas para evitar ou combater a obsolescência programada, dentre as quais o dever de fornecer ao consumidor informações de maneira clara e precisa, possibilitando sua defesa e permitindo-o questionar a conduta ante às práticas enganosas. Neste entendimento, destaca-se o posicionamento de Tomasetti Junior (1992) em relação ao direito à informação, destacando os principais objetivos deste, sendo:

- i) Conscientização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito;
- ii) Possibilitação de que sejam averiguados, de acordo com critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço;
- iii) Criação e multiplicação de oportunidades para comparar os diversificados produtos;
- iv) Conhecimento das posições jurídicas subjetivas próprias e alheias que se manifestam na contextualidade das séries infundáveis de situações de consumo;
- v) Agilização e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora, ou decisória, de conflitos do mercado de consumo.

Neste sentido, destaca-se a extrema importância dos órgãos técnicos que atuam em defesa do consumidor, atuando através de laboratórios e institutos de pesquisa, realizando, de maneira conjunta, uma fiscalização, possibilitando aos consumidores que não possuem conhecimentos específicos uma garantia mínima em relação ao que estão adquirindo.

O artigo 39, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) faz clara menção sobre a disposição em mercado de produtos que estejam em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou entidades credenciadas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO), parafraseando Tartuce e Neves (2021, p. 446) ao citarem Rizzato Nunes, ao tratar dos tipos de normas técnicas existentes no Brasil, a saber: NBR 1: normas compulsórias, de uso obrigatório nacional; NBR 2: normas de referência, de uso obrigatório do Poder Público; NBR 3: registradas com caráter voluntário e, por fim, NBR 4: que são probatórias, ainda em fase de experimento.

A não observância das normas supramencionadas estará sujeita às sanções administrativas dispostas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, havendo possibilidade de apreensão de produtos, sem prejuízo da responsabilização civil

correspondente.

Ante o exposto, os institutos mencionados visam à proteção ao consumidor, observando o disposto na Carta Magna, ainda que seja uma prática de difícil constatação, é preciso que a obsolescência programada seja combatida, vez que sua utilização é bastante recorrente e viola, não somente os princípios norteadores do CDC, mas direitos constitucionalmente previstos.

Com base na legislação normativa vigente, verifica-se a necessidade de fortalecer a informação ao consumidor, o instruindo acerca do consumo consciente, bem como impedir os fornecedores das práticas abusivas relacionadas à obsolescência programada, aperfeiçoando a maneira que se comportam frente ao mercado consumerista, reconhecendo a hipossuficiência de uma das partes e a imprescindibilidade da sua proteção, utilizando do auxílio dos órgãos técnicos e da legislação, mas sempre fazendo vista à livre iniciativa, ao mercado e a sociedade como um todo, uma vez que os avanços tecnológicos são imprescindíveis para a sobrevivência e progresso da humanidade.

3 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Na realização do presente artigo, foi empregada a pesquisa bibliográfica qualitativa, no campo das Ciências Sociais Aplicadas, visando conhecimentos e soluções para o problema específico versado no presente.

Através de objetivos exploratórios e explicativos, utilizando levantamento bibliográfico e jurisprudencial e, após colher e analisar todo o material, apresentar uma definição explicativa da solução.

A pesquisa foi realizada utilizando como referencial Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves e Júlio Gonzaga Andrade, bem como jurisprudência e legislação normativa vigente que verse sobre o tema. Partindo de uma análise geral sobre a obsolescência programada e como a prática se caracteriza como abusiva à luz do Código de Defesa do Consumidor, vislumbrando-se que o presente Código possui dispositivos que norteiam e protegem o consumidor quanto a esta situação.

Ademais, o presente trabalho foi realizado a partir da análise conjunta de legislação, jurisprudência e doutrinas que, de maneira resumida, visam analisar maneiras de combater e proteger o consumidor da obsolescência programada, o que, diante do exposto, verifica-se a extrema importância do equilíbrio entre a finalidade dos fornecedores, qual seja, o lucro, e os direitos dos consumidores, consumindo produtos que estejam de acordo com o ofertado.

O progresso é algo impossível de frear, sendo necessário para o desenvolvimento da humanidade, deste modo, cabe ao Poder Público a atuação no que se refere à ausência de peças de reposição, mantendo-se atento e assegurando o direito da parte hipossuficiente da relação, trabalhando em conjunto com os órgãos técnicos e competentes para fiscalização.

Neste interim, resta comprovada a abusividade da prática, ainda que esta não esteja disposta de maneira expressa no Código de Defesa do Consumidor, excedendo os limites impostos à atuação. No entanto, pode ser enfrentada e reprimida com os dispositivos constantes no CDC, o que, até o presente momento tem sido eficaz, mas não impossibilita o fortalecimento e efetivação dos direitos básicos do consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática da obsolescência programada está enraizada no mercado de consumo, tal qual a necessidade de ampliação da demanda para atender os consumidores, voltada para as prioridades do próprio mercado, partindo desta premissa, verificou-se que a estratégia mercadológica utilizada se baseou reduzindo a durabilidade de um produto, deixando de fornecer peças para reposição ou, até mesmo, através da propaganda, influenciando o psicológico dos consumidores, sendo uma alternativa para diminuir os gastos e expandir os lucros.

Neste sentido, destaca-se que a obsolescência programada que pode se manifestar de diferentes maneiras, no entanto, sempre com o mesmo objetivo, qual seja, estimular o consumo repetitivo.

O presente artigo permite compreender essa prática, bem como expor os institutos presentes no atual ordenamento jurídico capazes de atestar seu caráter abusivo, violando o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, funcionando como pilares para a relação de consumo e defesa da parte hipossuficiente nesta.

A falta de informação ao consumidor fere o princípio da boa-fé objetiva, não demonstrando a transparência necessária e o ludibriando, frustrando expectativas e omitindo informações que podem ser consideradas relevantes e necessárias, desequilibrando a balança da relação de consumo.

De fato, constata-se que a obsolescência programada se utiliza da vulnerabilidade do consumidor, sendo um pressuposto absoluto para a aplicação das leis que visam sua defesa, no entanto, o amparo contra a prática é um tema pouco difundido no âmbito do ordenamento

jurídico brasileiro, sendo escassos os precedentes judiciais, não existindo um dispositivo específico no Código de Defesa do Consumidor, apesar de existirem Projetos de Lei visando tal regulamentação.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Rubim Santos Leão de; ALVARENGA, Francisco Jacques Moreira de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das sociedades**. Das sociedades modernas às sociedades atuais. Rio de Janeiro, Ao Livro Técnico, 1982.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **(Parecer). Responsabilidade civil ambiental**. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador da sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil e ambiental e nas ações de regresso. Novos pareceres e estudos de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERGSTEIN, Laís Gomes. **Obsolescência programada: breves notas**, 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/173165/obsolescencia-programada--breves-notas>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

BEZERRA, Camila Rocha. **A obsolescência programada como prática abusiva ante o sistema de proteção ao consumidor instituído no Brasil**, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/31574/1/2017_tcc_crbezerra.pdf. Acesso em: 15 de set. de 2022.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 de mar. de 2022.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 20 de mar. de 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de mar. de 2022.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 26**. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/672>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - TJ - **REsp: 984106 SC 2007/0207915-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/10/2012, T4 - QUARTA**

TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2012 RSTJ vol. 229 p. 462. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866231297/recurso-especial-resp-984106-sc-2007-0207915-3/inteiro-teor-866231305>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 7ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 459.

GESSINGER, Humberto. **3ª do Plural**. Rio de Janeiro. Universal Music. 2002. 3:14.

IDEC. **Mais da metade dos equipamentos eletrônicos é substituída devido à obsolescência programada**. 2014. Disponível em: <https://idec.org.br/o-idec/sala-de-imprensa/release/mais-da-metade-dos-equipamentos-eletronicos-e-substituida-devido-a-obsolescencia-programada>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

LEONARD, Annie. **A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos**. Tradução Heloísa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

MACEDO, Roberto F. de. **Obsolescência Programada?**, 2020. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://ferreiramacedo.jusbrasil.com.br/artigos/854751871/obsolescencia-programada/amp&ved=2ahUKEwjtiNLSqND3AhXDqJUCHVOIDUYQFnoECAwQAQ&usg=AOvVaw09xqP-3dGW8J9b8j92VaMd>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. **A obsolescência programada: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 23, 2013. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 20 de mar. de 2022.

PAVÃO, Pedro Paulo R. **Obsolescência Programada de Produtos**, 2003. Disponível em: <http://www.liraatlaw.com/conteudo/obsolescencia-programada-de-produtos>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

POLIDORO, Vanessa. **A prática da obsolescência programada de qualidade e os recursos consumeristas de enfrentamento**, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/187957/TCC%20Vanessa%20Polidoro%20BU.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

SANTA CATARINA, 2013. Primeira Turma de Recursos da Comarca da Capital/SC. **Recurso inominado n. 2013.100261-0. Relator: Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa. DJE, 28 de fevereiro de 2013**. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/leitura/obsolescencia-programada-viola-direito-a-informacao-e-constitui-pratica-abusiva>. Acesso em: 30 de mar. de 2022.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. **A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder: perspectivas jurídicas do consumo**, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252/18870>. Acesso em: 08 de set. de 2022.

SANTOS, Maria Carolina de Melo. **Da vulnerabilidade do consumidor à vulnerabilidade ambiental: análise dos impactos da obsolescência programada no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em:

<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/18744/1/VulnerabilidadeConsumidorVulnerabilidade.pdf>. Acesso em: 08 de set. de 2022.

SILVA, João Vítor Borges. **A obsolescência programada como prática abusiva nas relações de consumo,** 2018. Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/12871/1/21412450.pdf>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** direito material e processual, volume único. 10ª. Ed. Rio de Janeiro, Forense; Método, 2021.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. **O objetivo da transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para o consumo.** Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TUDO SOBRE PRODUTOS. **Tudo sobre carta de crédito de veículo de 25.000 em 50 meses 590,00 – Consórcio Magalu.** Disponível em: <https://tudosobreprodutos.com.br/tudo-sobre-carta-de-credito-de-veiculo-de-5-000-em-50-meses-590-00-consorcio-magalu>. Acesso em: 29 de mar. de 2022.

VIO, Daniel de Ávila. **O poder econômico e a obsolescência programada de produtos.** *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo: Malheiros, ano CLIII, v.133, jan./mar. 2004.

XAVIER, Rafael Alencar. **Direitos do Fornecedor:** equilíbrio na relação de consumo. 2016, p. 2. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/05/DoutrinaParapublicacao.pdf>. Acesso em: 15 de mar. de 2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

A PSICOPATIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: uma análise da resposta atual ao agente psicopata

Letícia Matuck Pinto Mancilha¹; Paulo Vitor Aparecido Ferreira²

¹Graduanda em Curso de Direito Instituição Centro Universitário Vale do Rio Verde. leticiamancilha@hotmail.com ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1578-5341>

² Professor Especialista em Direito no Centro Universitário Vale do Rio Verde. Prof.paulo.ferreira@unincor.edu.br ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2512-8006>

RESUMO

O presente artigo descreve o conceito de psicopatia, grau de periculosidade e o tratamento respectivo no direito brasileiro, com objetivo de verificar se a legislação penal brasileira, relacionadas aos meios sancionatórios ao psicopata, tem a capacidade de promover sua ressocialização. O trabalho foi elaborado por meio utilizando o método de pesquisas de revisão bibliográficas, usando obras pertinentes ao direito penal e ao estudo da psicopatia, partindo-se do levantamento conceitual, recorrendo a autores e especialistas na área da psicologia jurídica e da psiquiatria buscando explicar como a legislação atual funciona perante o indivíduo perturbado. Com o estudo, foi possível verificar que sistema penal brasileiro, visto que a finalidade é sua ressocialização, é ineficaz quanto ao psicopata, sendo necessária criação de lei específica, com tratamento específico para esse tipo de agente criminoso.

Palavras-Chave: Psicopatia; ausência de norma específica; reintegração; imputabilidade penal.

ABSTRACT

This article describes the concept of psychopathy, the degree of dangerousness and the respective treatment in Brazilian law, with the aim of verifying whether the Brazilian criminal legislation, related to the means of sanctioning psychopaths, has the capacity to promote their resocialization. The work was elaborated using the research method of bibliographic review, using works pertinent to criminal law and the study of psychopathy, starting from the conceptual survey, resorting to authors and specialists in the area of legal psychology and psychiatry, seeking to explain how current legislation operates before the troubled individual. With the study, it was possible to verify that the Brazilian penal system, since the purpose is its resocialization, is ineffective regarding the psychopath, requiring the creation of a specific law, with specific treatment for this type of criminal agent.

Keywords: Psychopathy; absence of a specific rule; reintegration; criminal liability.

1 INTRODUÇÃO

Enquanto Ciência, o Direito se relaciona com as demais Ciências Sociais e Naturais, com a finalidade de poder compreender o comportamento humano, frente as legislações existentes no ordenamento jurídico.

Na sua atuação o direito se comprometerá a regular os comportamentos humanos na sociedade, buscando sempre a pacificação das relações, ao fim de manter a estabilidade sem comprometer a liberdade dos sujeitos.

No entanto, mesmo que o direito busque regular todos os comportamentos, há ainda situações que constituem lacunas e que devem ser objeto de estudo para o alcance dos objetos

pelo qual o direito existe.

Um dos casos é a resposta do direito ao agente criminoso psicopata, pois, diante de sua peculiaridade, seria a legislação penal brasileira eficaz na reeducação e ressocialização? Assim, é importante fazer uma análise completa do que é a psicopatia, as penas atualmente aplicadas pelo Código Penal nesses casos e se há eficácia da penalização aos psicopatas.

Será necessário inicialmente definir o conceito de psicopatia, bem como a imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade, como o direito penal é em relação aos psicopatas, demonstrando ainda as análises dos efeitos das condenações, a postura da sociedade com o psicopata solto, “apto” pela legislação a ser ressocializado, e posteriormente um tratamento adequado para o mesmo.

Acresce que, há graus de periculosidade dentro da psicopatia, sendo de total relevância a análise correta para que possa ser identificada sua condição especial, e assim estar submetido à uma sanção adequada ao seu grau de periculosidade, e conseqüentemente um tratamento para posteriormente estar apto a voltar para sociedade.

Nesta seada, realiza-se uma análise superficial na legislação aplicada à outros países para os psicopatas, qual vem a ser a punição cumprida em determinados casos, bem como o resultado alcançado com esse tipo de punição. Instigando um estudo sobre a legislação estrangeira, observando como esses indivíduos são vistos por esses países, qual a forma de punição será aplicada.

Para o alcance esses objetivos, faz-se necessário a realização de um estudo aplicado no campo das ciências sociais, visando gerar conhecimento, na tentativa de encontrar respostas e possíveis soluções para o problema, perante o anseio social na obtenção de justiça.

Justifica-se a presente pesquisa que a responsabilidade penal do psicopata se trata de um tema com aspectos e definições equivocadas, visto que são poucos os estudos voltados para o problema que os casos apresentam. Dessa forma, com base nos dados psiquiátricos colhidos no decorrer do presente projeto e por meio de estudos de análise do perfil de indivíduos diagnosticado com psicopatia, juntamente com o sistema jurídico brasileiro, busca-se uma alteração adequada na legislação atual, fazendo com que esses indivíduos tenham o tratamento correto e a sua dignidade assegurada, bem como para a maior segurança da sociedade.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Psicopatia

A mente do indivíduo, cuja capacidade varia de ser humano para ser humano, revela-se um universo a ser descoberto, muito embora muito já se saiba.

As variações comportamentais do ser humano, causada por esse complexo da própria mente humana, traz ao sistema jurídico uma dificuldade considerável para tratar todas as situações que se apresentam oriundas do comportamento intelectual.

O direito sempre se preocupou com tais variações psíquicas do ser humano, tanto que o tratamento para aquele que possui uma mente sã é um e para aquele que possui uma mente perturbada por alguma anomalia poderá ser outro. No entanto, nesses dois extremos da sanidade e da insanidade, existe o comportamento do psicopata, que vaga entre esses dois extremos e que o direito, até o presente momento, não encontrou uma solução adequada a esse comportamento. (SANTOS, 2013, p. 30)

A palavra psicopatia traz a impressão de que se trata de uma patologia, pois a partir de sua etimologia, extrai-se o significado de doença mental (do grego, psyche=mente; e pathos=doença). (SILVA, A., 2008, p. 32).

Mas para se compreender o tema corretamente, é necessário o entendimento da Organização mundial de Saúde, segundo a Classificação Internacional de Doenças (CID-10), a psicopatia é um transtorno de personalidade, havendo um desvio considerável de seu comportamento e obrigações sociais, ou seja, mesmo com suas experiências adversas, seu comportamento “anormal” não é alterado. (BESTETTI, 2020).

Deste modo, os indivíduos portadores desse transtorno não possuem uma mente adoecida, mas sim de um raciocínio frio e calculista, sendo incapazes de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos (SILVA, A., 2008, p. 32).

Acresce que, sujeitos com transtornos, como se entendem, possuinte de um transtorno de personalidade, sofrem de uma conduta anômala, ou seja, são indivíduos que não pensam no próximo, não tem ressonância afetiva, são altamente egoístas e que cobiçam por delinquir.

O psiquiatra canadense Robert Hare, com notório saber no assunto, citado por Ana Beatriz Barbosa Silva no best-seller ‘Mentes Perigosas’ (HARE, apud SILVA, A., 2008, p. 40), esclarece que:

Os psicopatas têm total ciência de seus atos, (a parte cognitiva ou racional é perfeita), ou seja, sabem perfeitamente que estão infringindo regras sociais e porque estão agindo dessa maneira. A deficiência deles [...] está no campo dos afetos e das emoções [...] tanto faz ferir, maltratar ou até matar alguém que atravesse o seu caminho ou os seus interesses, mesmo que esse alguém faça parte de seu convívio íntimo.

Constata-se então, que os portadores desta patologia, os psicopatas, possuem

discernimento dos atos criminosos que cometem, até porque alguns planejam antes de cometerem. O verbo delinquir está aliado à sua personalidade, seja por prazer ou por egoísmo, mas que traz uma distinção pontual entre os sujeitos normais.

2.2 Grau de periculosidade dos psicopatas e o tratamento no regime jurídico atual

Atualmente no ordenamento jurídico, está previsto três graus de imputabilidade penal: os imputáveis, semi-imputáveis e os inimputáveis.

Com isso, a imputabilidade é uma condição humana, de sanidade mental, sendo o indivíduo capaz de entender o caráter criminoso dos fatos e compreender o dever de não violar a norma jurídica. Nada mais é, que um conjunto de características individuais com que o agente possa ser juridicamente responsabilizado pelos atos praticados quando puníveis. De forma ainda mais explicativa, Nucci traz o conceito de imputabilidade:

É o conjunto de condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse entendimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade (NUCCI, 2012, p. 310)

Do mesmo modo, a inimputabilidade é o comprometimento da sanidade mental do autor ao tempo da prática ou omissão do ato criminoso. (BRASIL, 1940).

O Código Penal presume os inimputáveis como sendo os agentes portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que era ao tempo da ação ou omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento. Sendo isentos os menores de 18 (dezoito) anos, onde estarão sujeitos ao ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 1940).

Masson atenta para o fato de que o termo doença mental deve ser interpretado para efeito de inimputabilidade, em sentido amplo. Em suas palavras, devem ser consideradas como doença mental “todas as alterações mentais ou psíquicas que suprimem do ser humano a capacidade de entender o caráter ilícito e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (MASSON, 2015, p. 206).

O indivíduo tido como semi-imputável deve dispor de uma condição que, embora interfira com sua inteligência e vontade, não elimina completamente sua capacidade de compreensão do ilícito. Ou ainda, condenado e sofrer medida de segurança, caso exista necessidade terapêutica. Nas palavras de Masson: “na semi-imputabilidade subsiste a culpabilidade, devendo o réu ser condenado, mas, por se tratar de pessoa com menor grau de

censurabilidade, a pena há de ser obrigatoriamente reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)” (MASSON, 2015, p. 209).

Sendo assim, Hilda explica que “a taxa de reincidência é três vezes maior para psicopatas do que para criminosos comuns. Em relação a crimes violentos, essa taxa é quatro vezes maior em psicopatas quando comparados a não-psicopatas” (MORANA, 2009).

Assim, não existe um consenso, dentro da psiquiatria, de que o psicopata esteja apreciado dentro do que proclama a norma para os semi-imputáveis, mas é unânime o entendimento de que, para este tipo específico de criminoso, é mais comum a reincidência criminal, ou seja, a prática de um novo delito após já ter sido condenado, o que reforça o argumento relativo a periculosidade destes indivíduos.

No ordenamento jurídico brasileiro há leis que nos concedem segurança em meio a vasta diversidade de personalidades dentro da sociedade, ou pelo menos assim deveria ser.

Neste diapasão, explica Damásio Evangelista de Jesus: “Não havendo a imputabilidade, primeiro elemento da culpabilidade, não há culpabilidade e, em consequência, não há pena. Assim, em caso de inimputabilidade, o agente que praticou o fato típico e antijurídico deve ser absolvido, aplicando-se medida de segurança (JESUS, 1999, p. 499).”

Assim, o psicopata, sujeito com transtornos de personalidade, consegue manipular boa parte das pessoas que os agradam, trazem para a sociedade uma insegurança, pois há uma inexistência na legislação e conseqüentemente uma inexistência de tratamento para que seja eficaz, ou seja, a legislação é falha quando se trata de psicopatas criminosos.

Atualmente, há medidas de segurança que segundo Nucci (2007, p. 479) são: “Forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.”

O artigo 99 do Código Penal (BRASIL, 1940) dispõe que o:

“internado será recolhido a dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”, impedindo que o internamento ocorra em estabelecimento penal comum. O hospital de custódia e tratamento psiquiátrico “trata- 10 se de um hospital-presídio, destinado a tratamento e, paralelamente, à custódia do internado”.

Ana Silva (2008, p. 165) preleciona que a psicoterapia pode chegar a agravar o problema, ao citar que:

Para as pessoas "de bem", as técnicas psicoterápicas sem dúvida alguma são fundamentais para a superação das suas angústias ou dos seus desconfortos. No entanto, para os psicopatas as sessões terapêuticas podem muni-los de recursos preciosos que os aperfeiçoam na arte de manipular e trapacear os outros. Embora eles

continuam incapazes de sentir boas emoções, nas terapias os psicopatas aprendem "racionalmente" o que isso pode significar e não poupam esse conhecimento para usá-lo na primeira oportunidade. Além disso, eles acabam obtendo mais subsídios para justificar seus atos transgressores, alegando que estes são fruto de uma infância desestruturada. De posse dessas informações, eles abusam de forma quase "profissional" do nosso sentimento de compaixão e da nossa capacidade de ver a bondade em tudo.

Sendo assim, frente a falta de um tratamento eficaz, o psicopata não está dotado de recursos que o façam ressocializar, criando um modo de vida minimamente produtivo e socialmente aceito.

2.3 Reintegração do psicopata à sociedade

Muito se discute entre doutrinadores e profissionais da área da psiquiatria sobre a dificuldade de ressocialização do psicopata, pois a maioria define uma possibilidade maior de inexistência de recuperação.

Não há evidências de que possam existir métodos curativos de cunho psiquiátrico com eficiência real na redução da violência ou criminalidade contra psicopatas. Estudos apontam que eles desestruturam as próprias instituições de terapia, burlam as normas de disciplinas, contribuindo para si mesmo, ao tirarem proveito de tal desestruturação. (TRINDADE, 2012, p.176-177).

Com efeito, a reintegração pode apresentar um caráter de proteção populacional, sabendo que a psicopatia é uma das características que podem estar diretamente ligada aos serial killers tipo de criminoso que comete uma série de assassinatos com eventos separados, geralmente, mas nem sempre, por um criminoso atuando sozinho. Os crimes podem ocorrer durante um período de tempo que varia de horas a anos. Muitas vezes o motivo é psicológico e o comportamento do criminoso e as provas materiais observadas nas cenas do crime refletem nuances sádicas e sexuais (SCHECHTER, 2013, p.18).

Em suma, só com criação de um sistema carcerário específico para essas pessoas, e procedimentos do tipo PCL-R (Psychopathy Checklist-Revised), pois é este que analisa e constata o nível de psicopatia individual de cada agente, podendo assim, existir a possibilidade de recuperação. Mesmo que hodiernamente a possibilidade de reinserção seja quase inexistente, não deve ser deixado de lado essa situação, permitindo que a lei regule a individualização da pena, situação que é assegurada pelo artigo 5º, XLVI da Constituição Federal, excerto que é possível a possibilidade de reinserção direta com a sociedade, levando em conta as suas características próprias para manter o ajuste ao programa de execução (AVELINO, 2018; BRASIL, 1998).

Destarte, o psicopata será avaliado através do procedimento para identificar os traços característicos da psicopatia, bem como os psicopatas criminosos mais sujeitos à reincidência criminal.

2.4 Comparação da punição aplicada em outros países

Em posse do conteúdo apresentado ao longo do artigo, é interessante observar a forma como esses criminosos são punidos em outros países, mesmo com as diferenças na legislação penal, já que a psiquiatria forense é um mecanismo do direito fundamental à identidade do psicopata, até os dias atuais é pouco estudada pelo Direito penal brasileiro se comparado no exterior.

Nesse sentido, países como EUA, Austrália, Holanda, Noruega e China, utilizam o instrumento denominado PCL-R ou Psychopathy checklist-Revises, criada pelo psicólogo canadense Robert Hare para avaliação do grau de psicopatia e do risco de reincidência geral do crime. Segundo Robert Hare, países que utilizaram esse método apresentaram redução de reincidência criminal considerável (HARE, 1998).

Nos Estados Unidos, por exemplo, Sampaio (2015) afirma que o tratamento jurídico de combate ao psicopata, face ao risco que ele oferece à sociedade, os meios de punição mais comuns seriam necessariamente a pena de morte e a prisão perpétua, visando a completa retirada do indivíduo do convívio social.

Já países como Suécia e Alemanha já adotam uma postura voltada aos psicopatas praticantes de crimes sexuais, utilizando meios que possam reduzir o risco de novas ocorrências por meio da castração química. (OLIVEIRA P., 2015, p. 7).

No Brasil, diferente do que já ocorre em outros países, não se é utilizado o PCL-R para que seja identificado os portadores de psicopatia. A psiquiatra Ana Beatriz Silva assevera sobre a temática:

A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela tradução, adaptação e validação do PCL para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para eles. A ideia virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado.” (SILVA, 2008^a, p. 4)

Priscyla Oliveira (2015) refere que “devido às diferenças na legislação penal dos países, pouco se consegue extrair das comparações dos resultados no que tange a utilização de mecanismos para dirimir determinados casos”.

Ademais:

Clarividente esta que, pelo menos até o momento, o Brasil está muito aquém no que tange à aplicação de uma sanção eficaz aos psicopatas homicidas, se comparado com outros países que seguem um sistema [sic] de punição mais severo. Motivos para este atraso vão desde um maior empenho na busca por soluções realmente eficazes, como pelas limitações oriundas dos próprios direitos fundamentais e princípios [sic] da Carta Magna [sic] brasileira. Com o crime, cabe ao Estado punir adequadamente o agente do ilícito [sic] [...] (OLIVEIRA P., 2015, p. 7).

“Acerca dessa temática, mister asseverar algumas medidas tomadas por outros países a respeito das sanções aos psicopatas e que, até o momento, não foram recepcionadas pelo atual ordenamento jurídico brasileiro [...]” (OLIVEIRA P., 2015, p. 8).

Nesse diapasão:

Países como Alemanha, Estados Unidos, Suécia, Dinamarca entre outros realizam a aplicação de hormônios femininos a estes indivíduos, reduzindo o nível de testosterona e, conseqüentemente, a libido sexual. Assim configurase a Castração Química, sendo uma modalidade de pena aos crimes sexuais cometidos em série nestes países. Na França existe uma linha inovadora de castração química, na qual há um centro de acompanhamento médico-psicológico para os apenados, local que teria avaliações constantes. Este projeto do presidente Nicholas Sarkozy seria destinado aos reincidentes de crimes de cunho sexual que houvessem cumprido parte de sua pena e, posteriormente, optassem pelo tratamento. Outro mecanismo utilizado pelos Estados Unidos, em vários de seus estados, bem como pelo Canadá, é a criação de leis específicas para os psicopatas. Isso demonstra que esses países já entenderam que os crimes podem ser cometidos por pessoas com personalidade e condutas díspares e que, por este motivo, merecem uma visão individualizada a fim de evitar a reincidência. [...] (OLIVEIRA P., 2015, p. 8).

No que tange à pena de prisão perpétua, Oliveira faz a seguinte ressalva:

[...] Nos Estados Unidos, Canadá e alguns países da Europa, há previsão na lei acerca da prisão perpétua [sic] com cela de isolamento [...] Existe também a possibilidade desses tipos de criminosos ficarem presos por tempo indeterminado em países como Itália, Suécia e Reino Unido. No Brasil, no entanto, não há estrutura para acolher estes assassinos contumazes. Com isso, criminosos de altíssima periculosidade são liberados e voltam a reincidir [...] Na Ucrânia, a pena de morte também era concebida, contudo, por meio de fuzilamento [...] (OLIVEIRA P., 2015, p. 9).

Destaca-se ainda a ampla utilização do já mencionado instrumento PCL-R, desenvolvido por Robert Hare:

O PCL-R é usado em países, como USA, Austrália, Nova Zelândia, GrãBretanha, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Suécia, Noruega, China, Hong- 49 Kong, Finlândia, Alemanha, entre outros (Hare, 1991). Sendo considerado o instrumento mais fidedigno para identificar criminosos, mais sujeitos à reincidência criminal, vem a substituir, com vantagens o atualmente extinto exame criminológico. Outra vantagem sua, é não sofrer alteração segundo a cultura e grau de instrução do indivíduo (MORANA, 2005, p. 18-19).

Desse modo, afirma Oliveira A (2015) ser possível observar como o ordenamento jurídico brasileiro, na sua totalidade, está aquém de outros países que ao deparar-se com as

peculiaridades dos psicopatas, buscaram encontrar soluções específicas para tais indivíduos.

Curioso observar que, países como Inglaterra e Estados Unidos lidam desde cedo com a psicopatia, desde seus primeiros traços. Através de estudos realizados pelo FBI, a maioria dos psicopatas tem sua carreira iniciada na infância, torturando e matando animais, sendo julgados de forma diferenciada nesses países. Portanto, esses países já perceberam a importância de tomar uma medida preventiva, detendo estes indivíduos desde os seus primeiros indícios. (OLIVEIRA P., 2015, p. 4)

Em relação ao Brasil, essa questão ainda não foi percebida nem questionada, longe de solucionar as questões relacionadas à psicopatia, fazendo com que a reincidência criminal e o número de casos não se estagnem, caracterizando o erro no ordenamento jurídico brasileiro.

Há em outros países, crimes de cunho sexual, países como Alemanha, Suécia e Dinamarca utilizam como método a aplicação de hormônio femininos aos psicopatas, para que seja reduzido gradativamente o nível de testosterona e assim, configurar a “Castração Química”. (OLIVEIRA P., 2015, p. 4)

Ana Beatriz (2008a) afirma que “em países como Austrália e Canadá e em alguns estados americanos, há diferenciação legal entre os criminosos psicopatas e os não psicopatas” Outro mecanismo utilizado pelos Estados Unidos, em vários estados, inclusive pelo Canadá, é a criação de leis específicas aos psicopatas, demonstrando que os crimes podem ser cometidos por pessoas de condutas e personalidade diferentes, e então, merecem uma visão individualizada para que se evite a reincidência:

Quanto a se discutir eventual liberação pela suspensão da medida de segurança, quase há um consenso, com poucas discórdias em torno dele, no sentido de que tais formas extremas de psicopatia que se manifestam através da violência são intratáveis e que seus portadores devem ser confinados. Deve-se a propósito deste pensamento considerar que os portadores de personalidade psicopática são aproximadamente de três a quatro vezes propensos a apresentar recidivas de seu quadro do que os não psicopatas. (PALOMBA, 2003, p. 186)

Clarividente esta que, até o presente momento, no Brasil, a legislação inclusive, possibilita penas menos severa, em virtude da inimputabilidade. Já observado em outros países que a maioria tem consciência da necessidade de tratamento individualizado aos criminosos portadores do transtorno de personalidade.

Entretanto é extremamente necessário a implementação de um regimento específico acerca da psicopatia, visando sempre alcançar o devido tratamento para estes indivíduos, assim como visto em outros países, já que, basicamente, de meios definitivos, penas de morte ou prisão perpétua, há de se manter um controle sobre este problema diante a sociedade.

2.5 Pedro Rodrigues Filho “Pedrinho matador”

Pedro nasceu em Santa Rita do Sapucaí – Minas Gerais, com ferimentos no crânio, resultado de chutes que o pai desferiu na barriga da mãe durante uma briga. Cometeu seu primeiro crime aos quatorze anos, a vítima era vice-prefeito de sua cidade natal, alvejado com tiros de espingarda, sob a justificativa de ter demitido seu pai injustamente. (SCHECHTER, 2013, p. 141).

Nessa linha, antes de completar dezoito anos, o rol de crimes cometidos por Pedrinho era extenso. Segundo o próprio, executou o próprio pai depois que este matou sua mãe, “arrancou-lhe o coração, mastigou uma parte e depois a cuspiu.” (SCHECHTER, 2013, p. 141).

Segundo os psiquiatras que o analisaram em 1982, para um laudo pericial, a maior motivação de sua vida era “a afirmação violenta do próprio eu.” Foi diagnosticado com “caráter paranoide e antissocial”. (...) Cumpriu pena pelos homicídios, mas foi condenado por participar de seis motins e privação de liberdade de um agente carcerário durante uma das rebeliões. Todas as penas somam quase quatrocentos anos de prisão” (SCHECHTER, 2013, p. 142).

Atualmente, Pedro está em liberdade, grava vídeos de documentário de crimes para o YouTube na função de comentarista, “em entrevista ao programa “Conexão Repórter” do SBT afirma que não se arrepende de quem matou, mas se arrepende dos anos que perdeu encarcerado por ter matado.” (MARQUES, 2019, p. 58).

2.6 Anatoly Yuriyovych Onoprienko

Anatoly Yuriyovych Onoprienko, (1959-2013) nascido na Ucrânia, também conhecido como “O exterminador”, seguia um padrão, invadia as casas de suas vítimas e matava todos os ocupantes. Em abril de 1996, Anatoly foi preso e confessou o assassinato de 52 vítimas inocentes em um período de seis anos. A causa provável para o cometimento de tais atrocidades, foi o abandono em um orfanato pelo seu pai viúvo, quando ainda era uma criança. Isso se consumou em grande fúria contra famílias normais e estáveis. (SCHECHTER, 2013, p. 142).

Apesar das evidências de que era paranoico esquizofrênico, foi considerado capaz para ser julgado e foi sentenciado à pena de morte com fuzilamento. (SCHECHTER, 2013, p. 142).

Assim como no caso citado anteriormente, no Brasil, ninguém é julgado e condenado a pena capital, neste caso em que houve a comprovação de que o indivíduo sofria de transtornos

mentais, haveria a aplicação da Lei nº 10.216/2001, Reforma Psiquiátrica, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

3 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para que se alcance os objetivos propostos no trabalho faz-se necessário a realização de pesquisa de natureza aplicada no campo das ciências sociais aplicadas, visando gerar conhecimento e possíveis soluções para o presente caso.

Quanto as situações que envolvem a relação da psicopatia dentro do sistema prisional brasileiro. Portanto o estudo apresentará seus resultados por meio de objetivos explorativos por existir a falta de legislação específica para o psicopata e objetivos explicativos para informar como a legislação atual funciona perante o indivíduo perturbado, apresentando uma definição explicativa da possível solução, consoante ordenamento jurídico brasileiro da psicopatia e seus reflexos.

Deste modo, o procedimento a ser utilizado será a pesquisa bibliográfica por meio das abordagens qualitativas, tanto de conteúdo como de discurso e partindo-se do levantamento de doutrinas, recorrendo a autores especialistas na área da psicologia jurídica e da psiquiatria, além de livros, artigos científicos entre outros materiais que tenham como conteúdo a psicopatia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal objetivo desse trabalho foi abordar quem são os psicopatas, como ele é visto pelo ordenamento jurídico, assim como pela própria sociedade, juntamente com estudos feitos em outros países para análise psicológica do seu perfil, bem como suas causas, graus e métodos para identifica-los e se é possível ressocializá-los diante da legislação brasileira atual.

Feita uma reflexão na possível responsabilização penal desses agentes, há de se perceber a capacidade que possuem de entenderem o caráter ilícito dos atos cometidos ou de determinarem-se de acordo com este entendimento, sendo destacado que a psicopatia não é, em si mesma, uma doença, mas meramente um distúrbio comportamental que deve receber um tratamento diferenciado dos crimes praticados por agentes não psicopatas.

Nesse sentido, verifica-se que no ordenamento jurídico não há um tratamento voltado a resolver o problema da psicopatia e sua impossibilidade de ressocialização, e a ausência de dispositivo normativo pelos crimes cometidos por esses sujeitos, ultrapassa a reprovabilidade

normal e natural da conduta criminosa, aterrorizando a sociedade e as colocando em risco, mostra a necessidade de atuação do poder legislativo para que haja um tratamento legal específico para combater esses criminosos psicopatas, visto que a sociedade está desprotegida pela ineficácia das leis e decisões judiciais atuais.

Expostos aos possíveis riscos que os agentes psicopatas acometem, é evidente que há omissão legal em face dos crimes, uma vez que a lei é omissa e danosa tanto ao infrator, na busca de seus direitos individuais e fundamentais, quanto à sociedade que sofre por conviver com indivíduos “anormais”, sem ao menos conseguirem identificá-los.

Nota-se nos países estrangeiros a presença das penas de morte, de prisão perpétua e a castração química se torna uma situação possível de ser tomada, tendo em vista a impossibilidade de reabilitação de tais indivíduos

Como citado anteriormente os psicopatas possuem maior índice de reincidência, logo as sanções penais visam ressocializar o indivíduo para que o mesmo não reincida aos crimes já praticados, não podendo ser as menos para o criminoso comum, deste modo, enquanto nos demais países as penas são mais severas aos psicopatas na busca de evitar sua reincidência, no Brasil, devido a incapacidade de configurar ser o psicopata inimputável, semi- imputável ou imputável, face ao risco oferecido, as penas previstas no ordenamento jurídico são consideradas brandas ou até mesmo inexistentes ao psicopata, sendo ineficazes para a diminuição ou estagnação de crimes cometidos por psicopatas, em contramão ao objetivo sancionatório do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

AVELINO, Luiza F. L. **Considerações acerca da punibilidade do psicopata no ordenamento jurídico brasileiro.** Sousa. PB, 2018.

BESTETTI, Yasmim Renner. Psicopatia. In.: FRANÇA, Leandro Ayres (coord.); QUEVEDO, Jéssica Veleda; ABREU, Carlos A F de (orgs.). **Dicionário Criminológico.** Porto Alegre: Editora Canal de Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/psicopatia/56>. ISBN 978-85-92712-50-1. Acesso em 01/11/2022

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

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 01/10/2022

HARE,R.D. **The Hare PCL-R:** some issues concerning its use and misuse. Legal Criminol. Psychol.,v.3, p.101-22, 1998.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARQUES, Gabrielle Renata Quaresmo. **A construção do psicopata brasileiro pelo judiciário e pela mídia: um estudo do caso “Pedrinho Matador”**. 2019. 64 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/12130/1/GRQMarques.pdf> Acesso em: 26 dez. 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. São Paulo: método, 2015.

MORANA, Hilda. Reincidência criminal: é possível prevenir? **De jure: revista jurídica do Ministério Público de Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 12, p.140-147, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28054>. Acesso em: 10 nov. 2022.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. Reincidência criminal: é possível prevenir? **Revista Medicina CFM, São Paulo**, ano XX, n. 154, abr. 2005, p. 18-19. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/42838541_reincidencia_criminal_e_possivel_prevenir. Acesso em: 12 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: revista dos tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, A. O psicopata e o direito penal brasileiro. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, jan. 2015. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-psicopata-e-o-direito-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 19 de maio. 2022.

OLIVEIRA, Priscyla. Direito Comparado e a punibilidade do psicopata homicida. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, nov. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>>. Acesso em: 12 out. 2022.

PALOMBA, Guido Artuno. **Tratado de Psicologia Forense: Civil e Penal**. São Paulo. Atheneu Editora, 2003.

SAMPAIO, Juliana Lustosa. **Criminoso psicopata: (in) imputabilidade**. Centro Universitário de Brasília - Uniceub, Brasília, 2015. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/8480>. Acesso em 12 out 2022.

SANTOS, Dayana Rosa. **O exame criminológico e sua valoração no processo de execução penal**. 149f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p 30.

SILVA, Ana B. B. **Psicanálise e Psicopatia: a luz da psicanálise sob o sombrio mundo dos psicopatas**. eBook Kindle, 1ª edição. 2017.

SILVA, Ana B. B. **Mentes Perigosas: psicopata Mora ao Lado**. Fontanar, ed. 1, 2008a.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2008b.

SCHECHTER, Harold. **Serial killers, anatomia do mal.** Rio de Janeiro: Darkside Books, 2013.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA FRENTE AOS CRIMES DE DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS

Alice Levenhagen Souza Clebicar¹; Paulo Vitor Aparecido Ferreira²

¹Graduando(a) em Curso Direito. Instituição. Centro Universitário Vale do Rio Verde Email. alice.levenhagen@aluno.unincor.edu.br ORCID (00000-0002-6696-2574 em <https://orcid.org/>)

²Docente/titulação. Instituição. Email. prof.paulo.ferreira@unincor.edu.br ORCID (0000-0002-2512-8006 em <https://orcid.org/>)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da Teoria da Cegueira Deliberada e a possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro, principalmente no que concerne aos crimes de desvio de verbas públicas. O método de pesquisa utilizado foi o dogmático, tendo ênfase em pesquisas bibliográficas, por meio de uma abordagem qualitativa, tanto de conteúdo, como de discurso, partindo-se do levantamento de doutrinas, além da leitura de leis e análise jurisprudencial, artigos científicos e documentários. Ao fim, foi possível concluir que a teoria poderá ser aplicada do ordenamento jurídico pátrio caso o legislador sane sua ausência de tratamento legal.

Palavras-chaves: Teoria da Cegueira Deliberada; Corrupção no Brasil; Desvio de verbas públicas;

ABSTRACT

The present work aims to study the Theory of Deliberate Blindness and the possibility of its application in Brazilian law, mainly with regard to crimes of embezzlement of public funds. The research method used was dogmatic, with emphasis on bibliographical research, through a qualitative approach, both in content and discourse, starting from the survey of doctrines, in addition to reading laws and jurisprudential analysis, scientific articles and documentaries. In the end, it was possible to conclude that the theory can be applied from the national legal system if the legislator corrects its lack of legal treatment.

Keywords: Theory of Willful Blindness; Corruption in Brazil; Misappropriation of funds;

1. INTRODUÇÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada, também conhecida como Doutrina da Cegueira Internacional (Willful Blindness Doctrine), Doutrina do Ato de Ignorância Consciente (Conscious Avoidance Doctrine) ou Teoria das Instruções da Avestruz (Ostrich Instructions), foi desenvolvida pela jurisprudência britânica, em apertada síntese, preconiza que, se o agente tinha conhecimento da elevada possibilidade de que as verbas ou bens eram provenientes de ato ilícito e agiu de forma indiferente deverá ser responsabilizado pelo crime.

Após a aplicação da teoria em tela pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio no furto no Banco Central em Fortaleza- CE a Teoria da Cegueira Deliberada tomou grande proporção no ordenamento jurídico Brasileiro.

Assim, ela também foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no caso do Mensalão para condenar deputados por crimes de lavagem de dinheiro, bem como, fora empregada no âmbito da Operação Lava Jato pelo Juiz Federal Sergio Moro.

É sabido que o Brasil é um país cujo índice de crimes envolvendo corrupção é alarmante, também é certo que nosso ordenamento pátrio manifesta-se ineficaz para coibir esses delitos que lesam o patrimônio público e de modo consequente coadunam com a desigualdade social do país.

Nesses confins, o presente estudo tem farta razão de ser, vez que, a aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico brasileiro poderia embasar acusações e condenações onde o sujeito que, diante o crime de desvio de verbas públicas, teria optado por alegar o desconhecimento da situação ilícita ou até mesmo o desconhecimento da origem do dinheiro ou bens, se colocando em situação de cegueira a fim de afastar uma eventual responsabilidade e, por consequência, uma possível condenação.

Desta feita, com o prisma de verificar a possibilidade e a eficácia da Instruções da Avestruz no ordenamento jurídico será inicialmente delineado o conceito, a origem e a aplicação da aludida teoria, dando ênfase aos processos jurídicos emblemáticos pelos quais foram aplicada a presente tese.

Posteriormente será abordado sucintamente sobre a corrupção no Brasil, tanto no que diz respeito a etimologia da palavra, bem como, sua origem, causas, fatores sociais e históricos que a sucedem.

De modo consequente, o terceiro capítulo buscará expor os efeitos oriundos do desvio de verbas públicas na coletividade, principalmente no que tange a classe hipossuficiente. Ao final desta parte, abordará de forma elucidativa como tal prática criminosa ameaça drasticamente os pilares do regime democrático.

Por derradeiro, será analisando a teoria do dolo, conforme preconizado pela doutrina brasileira. Ademais, será analisada a atual aplicação do dolo eventual na jurisprudência brasileira, em especial em crimes de colarinho branco.

O resultado da pesquisa é sistematizado na conclusão. Para esse propósito, a abordagem do objeto deste trabalho é qualitativa, uma vez que será feita com a análise da bibliografia relacionada ao tema em abordagem, notadamente jurisprudência, legislação e doutrina.

2. CONCEITO E ORIGEM DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A Teoria da Cegueira Deliberada ou *Willful Blindness Doctrine*, também conhecida como Evitação Consciente ou *Conscious Avoidence*, Ignorância Inventada ou *Contrived Ignorance*, Instruções de Avestruz ou *Ostrich Instrctions*, esta última em referência ao costume do avestruz esconder sua cabeça no chão, é um instituto criminal que originalmente surgiu da jurisprudência britânica, mas ganhou relevância pela sua aplicação nos tribunais americanos (ASSUMPÇÃO, 2017).

Conforme preceitua o livro *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance Criminal Mens Rea* Ira P. Robbins (1990 p. 196) sua primeira tentativa remonta ao caso ocorrido no ano de 1861 de Regina vs Sleep, muito embora o tribunal inglês recusou-se a condenar o réu por se apropriar indevidamente de bens de propriedade da marinha, uma vez que não restou provado que o seu conhecimento da propriedade dos bens ou que tivesse atuado deliberadamente para impedir o conhecimento da propriedade.

O processo em questão destinava-se a revisar condenação do ferrageiro Sleep, que embarcou em um navio mercante parafusos de cobre, alguns dos quais marcados com sinal em forma de flecha, indicativo de que se tratavam de propriedade da Coroa Britânica. O Acusado fora considerado culpado pelo júri sob a acusação de desvio de bens públicos, delito em que o conhecimento da titularidade estatal dos bens desviados (origem criminosa) constituía elementar do próprio tipo penal (ROBBINS, 1990, p.196)

Desde então, a teoria vem ganhando força principalmente nos tribunais estadunidenses em diversos litígios seja da ceara civil ou criminal. Entretanto, há de se levar em consideração que sua aplicação vem sendo cada vez mais debatida ante a ausência de tratamento legal sobre o tema, eis que surgiu exclusivamente por intermédio da evolução da jurisprudência (ASSUMPÇÃO, 2017).

Em suma, a Teoria da Cegueira Deliberada, nas palavras de Pedro Antônio Ardono Bandeira Assumpção (2017, p. 7) é a:

Busca criminalizar a conduta do indivíduo que se mantém deliberadamente em estado de ignorância sobre a natureza ilícita dos seus atos, em situações em que era possível se atestar tal natureza ilícita. Busca-se, portanto, impedir que o réu simplesmente alegue que não sabia exatamente o que estava fazendo, buscando com isso afastar o dolo de sua conduta.

Destarte, no mesmo trilhar conceitua a doutrina de João Biffe Junior, Joaquim Leitão Junior, (2017, p. 22) que a teoria fundamenta-se na seguinte premissa:

A teoria da Cegueira Deliberada, em apartada síntese, preconiza que, se o agente tinha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, dinheiros ou valores eram provenientes de infração penal e agiu de forma indiferente, deverá ser responsabilizado pelo crime em questão a título de dolo eventual.

É de bom alvitre mencionar que, segundo as cortes norte-americanas, existem três requisitos para equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual (BADARÓ, apud LIMA, 2014, p. 320):

- a) é essencial que o agente crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento, com a intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, caso ela ocorra;
- b) o agente deve representar que a criação das barreiras de conhecimento facilitará a prática de atos infracionais penais sem sua ciência;
- c) são imprescindíveis elementos concretos que gerem na mente do autor a dúvida razoável sobre a ilicitude do objeto sobre o qual realizará suas atividades;

Portanto, infere-se, que, da leitura dos trechos supracitados, a Teoria das Instruções da Avestruz fundamenta-se no fato de o agente “fechar os olhos” diante das circunstâncias de seu ato de tal modo os requisitos de “consciência” e “vontade” sejam preenchidos.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA EM PAÍSES ESTRANGEIROS

No que concerne a sua aplicação a Teoria da Cegueira Deliberada ganhou forças em todo sistema *common law* e também foi aceita em alguns países de sistema *civil law*, entretanto, ela não é unânime, principalmente em razão da ausência de previsão normativa que possa justificá-la.

Assim, temos que em algumas federações dos Estados Unidos na seara civil, a Teoria costuma ser aplicada em litígios societários e falimentares, como no caso em que uma corte federal americana condenou um réu por fraude falimentar por se recusar a efetuar o inventário de seus bens (ASSUNPÇÃO, 2017, p.7).

Já na seara criminal, aduz o autor ora citado, que os exemplos mais corriqueiros encontram-se no crime de tráfico de drogas, em que o indivíduo aceita viajar com uma mala recebida por um notório traficante, mas em momento algum olha na mala ou pergunta o que haveria dentro. Ao ser barrado na alfândega, o agente não poderia alegar que não tinha ciência do que estava carregando, a não ser que fosse razoável supor ter alcançado tal ciência.

Um exemplo emblemático envolvendo o tema, é o precedente *United States versus Sr. J*, este trata-se de crime de tráfico de drogas, consoante João Biffê Junior e Joaquim Leitão Junior (2017, p. 22):

Ocorrido nos Estados Unidos da América encontra-se o interessante precedente *United States versus J.*, no qual o indivíduo foi flagrado quando retornava do México transportando maconha em um compartimento secreto do veículo. Embora tenha alegado não possuir conhecimento de que a droga estava no carro, a Corte concluiu que o acusado evitara, de forma deliberada, o conhecimento do armazenamento da droga para afastar a responsabilização criminal.

Em 2011 a Suprema Corte dos Estados Unidos finalmente proferiu sua primeira decisão aplicando a Teoria, referendando a sua aplicação em casos criminais pelos tribunais americanos e instituindo balizas para a sua correta utilização. (ASSUNPÇÃO, 2017).

No caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, ressalta Pedro Assunção (2017) que a corte entendeu constitucional a adoção da Teoria, desde que restasse comprovado que: (i) o réu subjetivamente acredita que há uma alta probabilidade de o fato existir; e (ii) o réu deve deliberadamente atuar para evitar o conhecimento do fato. Havendo prova desses fatos, poder-se-ia afirmar que o réu teria um estado mental que ultrapassaria a mera culpa, permitindo se afirmar que o mesmo atuou com dolo, mesmo que eventual, ou seja, conscientemente.

Deste modo, é evidente que apesar da falta de tratamento legal os tribunais americanos majoritariamente tem se entendido que sua aplicação pode ser utilizada, desde que respeitados parâmetros mínimos estabelecidos pela jurisprudência, em especial a prova de que o réu teria agido para se escusar de ter ciência dos fatos de sua conduta. Assim agindo, seria possível considerar que agiu com culpabilidade tão reprovável quanto se tivesse consciência (ASSUNPÇÃO, 2017).

De forma sucinta, Mello e Hernandes (2017, p.2) explica:

A *willful blindness* tem sido utilizada pelos tribunais norte-americanos para admitir a imputação subjetiva no tipo penal de lavagem de capitais, notadamente nos casos em que o agente tinha consciência da elevada probabilidade de que os bens ou recursos envolvidos eram provenientes de infração antecedente e, ainda assim, agiu de modo indiferente a esse conhecimento.

Portanto, não há óbice que no âmbito internacional, principalmente nos países que adotam o sistema *common law*, a conduta desse indivíduo é devidamente punida mesmo que este fique em estado de ignorância, com base na teoria da cegueira deliberada.

4. TENTATIVA DE APLICAÇÃO NO BRASIL

Por oportuno, cabe analisar como a Teoria da Cegueira Delibera tem sido aplicada na jurisprudência brasileira.

Nesse sentido, costuma-se aplica-la na esfera da Lei de Lavagem de Capitais, Lei 9.613 (BRASIL, 1998), para que seja possível a punição do agente que alega não ter consciência da

origem ilícita dos bens, quando tenha, assim define João Biffe Junior e Joaquim Leitão Junior (2017, p. 22) na doutrina “Concursos públicos terminologias e teorias inusitadas”, coordenado por Cleber Masson:

A aplicação de tal teoria é importante no contexto da Lei 9.613/1998, pelo fato de o crime de lavagem de capitais prevê como elementar a prática de infração penal antecedente. Dessa forma, se o agente não conhece a procedência criminosa dos bens, não terá agido com dolo de lavagem, acarretando, assim, a atipicidade da conduta, pois a lei não incrimina a modalidade culposa. Sabendo disso, é comum que a pessoa que opera o esquema de lavagem de capitais alegue que não sabia da origem ilícita dos valores, evitando a consciência da procedência espúria.

Nesta mesma doutrina cita o caso que ocorreu no Brasil a qual foi aplicada a presente teoria pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio, logo após o assalto ao Banco Central de Fortaleza, vez que um dos suspeitos adquiriu onze carros de luxo no valor de quase um milhão de reais.

Na ocasião, os proprietários da concessionária de automóveis foram condenados pelo crime de lavagem de dinheiro com base na Teoria da Cegueira Deliberada, já que receberam a quantia de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), em notas de cinquenta acondicionadas em sacos de náilon sem questionar a origem dos valores, os quais eram provenientes do referido furto. Assim, o magistrado entendeu que ambos agiram, no mínimo, com dolo eventual com relação à origem ilícita dos valores.

Apesar disso, os agentes apelaram e foram absolvidos em segunda instância, sob a premissa de não haver comprovação de dolo direto. No julgamento do feito, o magistrado encarregado encontrou uma verdadeira lacuna legislativa para a aplicação da *ostrich instructions*, através do elemento subjetivo do dolo eventual, assim o entendimento é no sentido de que a *willful blindness* não serviria de alicerce ao elemento subjetivo do tipo penal discriminado na lei de lavagem.

Sendo assim, aduziu que não havia prova, ou demonstração, do dolo eventual nos autos do processo, onde “a própria redação do dispositivo exige que o agente saiba que o dinheiro é originado de algum dos crimes antecedentes”.

Outro caso emblemático a ser apreciado é o Mensalão dada ao escândalo de corrupção na política nacional, em que houve compra de votos de membros do Congresso Nacional entre os anos de 2005 e 2006. A ação penal fora instaurada contra 40 réus, onde fora relator o Ministro Joaquim Barbosa e Ministro revisor Ricardo Lewandowski.

Ação Penal 470021, caso Mensalão, neste por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou pela primeira vez da Cegueira Deliberada de modo incidental, pois o Ministro Celso de Mello, ao votar favoravelmente à condenação dos ex-deputados do PT Paulo Rocha e João Magno por lavagem de dinheiro, admitiu “a possibilidade de

configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como 'teoria da cegueira deliberada', que deve ser usado com muita cautela" (ASSUNPÇÃO, 2017, p. 11).

Entretanto, conforme dita o estudo, a teoria da evitação de consciência fora abordada de forma imprecisa nos autos da Ação Penal 470, de tal modo que, ao servir de fundamento para o feito, não foram traçados contornos nítidos de sua aplicação na seara brasileira. Da mesma forma que, requisitos basilares de aplicação do dolo, "consciência" e "vontade", não vislumbram-se respeitados, ou mesmo, aferidos no caso concreto.

Por oportuno, Assumpção (2017), aponta que a "Operação Lava Jato" também foi alvo da Teoria da Cegueira Deliberada, posto que, foi aplicada reiteradamente pelo Juiz Federal Sergio Moro.

Como é sabido, tal operação compreende-se como uma série de investigações e processos acerca de um esquema de lavagem de dinheiro referentes a construção da refinaria de petróleo no estado de Pernambuco, os acusados formavam uma organização criminosa que cometera crimes contra a administração pública: lavagem de dinheiro e corrupção principalmente.

Nesse ínterim, aponta Assumpção (2017) que a tese em apreço foi utilizada como embasamento para a condenação equiparando ao dolo eventual, o magistrado ainda reitera que "embora a Teoria tenha origens anglo-saxônicas, sua aplicação já muito foi referendada pelo Supremo Tribunal Espanhol, corte de tradição jurídica similar à nossa".

346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da "cegueira deliberada" ou "willful blindness" e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu.

347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

Por fim, revela registrar que Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 326) coaduna com este entendimento:

Daí a importância da denominada teoria da cegueira deliberada (willful blindness) - também conhecida como doutrina das instruções da avestruz (ostrich instructions) ou da evitação da consciência (conscious avoidance doctrine) -, a ser aplicada nas hipóteses em que o agente tem consciência da possível origem ilícita dos bens por ele ocultados ou dissimulados, mas, mesmo assim, deliberadamente cria mecanismos que o impedem de aperfeiçoar sua representação acerca dos fatos. Por força dessa teoria, aquele que renuncia a adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa de um crime responde por ele como se tivesse tal conhecimento.

Diante dos fatos acima narrados, Assumpção considera que torna-se incontroverso o fato de que a Teoria da Cegueira Deliberada é aplicada no âmbito da jurisprudência brasileira para embasar acusações e condenações de agentes que, diante do crime de desvio de verbas públicas teriam optado por alegar o desconhecimento da situação ilícita ou até mesmo o desconhecimento da origem do dinheiro, sendo por conseguinte importante instrumento de coibição de corrupção.

5. CORRUPÇÃO NO BRASIL

De proêmio, é preciso verificar a origem etimológica da palavra “corrupção”, nesse sentido, vale mencionar a definição trazida por Sena (2018) o qual ensina que o termo provém do verbo, em latim, *rumpere* e do substantivo *corruptio*. O primeiro traduz-se por romper, fender, separar, quebrar, decair, interromper; e o segundo pode ser traduzido por depravação, deterioração, prostituição, corrupção.

Sob uma perspectiva histórica, João Marcelo Negreiros Fernandes (2019, p. 109) dispõe sobre a origem do termo:

Remonta às reflexões sobre temas éticos geralmente associados a filósofos como Aristóteles e Maquiavel, e se relaciona com a perda da virtude cívica por meio de processos de degradação da vida social, instituições, governos, estados e nações. A palavra latina “*corrumpere*” alude inequivocamente ao desvio de finalidade direcionada para ganhos privados, elemento que integra a definição de corrupção.

Atualmente, reconhece-se que a corrupção é um fenômeno que advém de fatores econômicos, institucionais, políticos, sociais e históricos e que possui manifestações diversas de natureza privada, pública e social, razão pela qual tem sido estudada desde a sociologia, economia, psicologia, criminologia, ética, até ao direito.

É certo que esta vasta gama de estudos vem a enriquecer os conhecimentos sobre esse fenômeno, entretanto, também cooperam com a dificuldade em elaborar um conceito unitário do que vem a ser a corrupção. (CUENCA, 2009).

Merece destaque a lição de Sena (2018, p. 15), a qual esclarece:

Corrupção é o comportamento que se desvia dos deveres formais de um cargo público em razão de vantagens pecuniárias ou de status oferecidas a seu titular, familiares ou amigos íntimos; ou que viola normas que impedem o exercício de certas modalidades de influência do interesse de particulares, tais como: a) suborno (uso de recompensa para perverter o julgamento do ocupante de um cargo público); b) nepotismo (concessão de cargo público sem prévia avaliação do mérito do candidato); e c) peculato (apropriação ilegal de recursos públicos para uso particular).

Desta forma, o autor ainda cita que a corrupção é um fenômeno social definido como padrão de comportamento sendo que tal comportamento desviante se associa a uma particular motivação, que é o ganho privado a expensas do público. No ato corrupto existe sempre ganho para o corruptor e perda para outros, especialmente o público.

Lamentavelmente, este cenário tornou-se corriqueiro no Brasil, segundo informações divulgadas pelo G1 (2022, p.2), o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) principal indicador de corrupção do mundo, analisou que o Brasil ocupou a 96^o colocação entre 180 países.

Por oportuno, é de bom alvitre arrolar um estudo publicado no site da Câmara dos Deputados, feito pelo procurador da República da 2^a Vara Federal Criminal no Paraná, Deltan Dallagnol, que afirmou categoricamente que 97% dos casos de crimes de corrupção no Brasil há impunidade. O mesmo foi coordenador da força-tarefa da Operação Lava Jato e destacou: “A Lava Jato é a exceção que confirma a regra da impunidade” (DELLAGNOL, apud HAJE, 2016).

No mesmo artigo, relato o autor que o sistema opera como um escudo de impunidade para pessoas poderosas e que a probabilidade de punição de uma senhora que prende um papagaio em uma gaiola é maior do que a de um político que desvia milhões da população.

6. O DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE

Como visto a corrupção é um mal que assola o Brasil, em sua análise, não seria apenas uma falta grave com efeitos restritos ao transgressor, mas sim, um erro que põe em risco a sociedade como um todo, destruindo os fundamentos do regime democrático (SENA, 2018).

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1991, p. 18):

Sempre foi ela vista como um mal. E um mal gravíssimo, que solapa os alicerces do Estado e ameaça a sociedade. Assemelha-se à podridão do fruto. É o que assinala a etimologia do termo *Corruptio* em latim, é a explosão do âmago de um fruto em razão da sua podridão interna. O que se encara como corrupção não é apenas uma falta, grave sem dúvida, mas que não transcende a pessoa que comete. É uma falta que perverte, e por isso, ameaça o regime, porque solapa os seus fundamentos”.

Desta forma, esse fenômeno conforme preceitua Márcio Bonini Notari e Alessandra Celestino de Oliveira (2018, p. 5) vem se apresentando no âmbito das instituições públicas, privadas e democráticas, assim como, na sociedade civil, a partir de múltiplas faces e interfaces de condutas humanas, as quais, regra geral, está conexas ao abuso de alguma função pública.

Deste modo, ainda relatam que, a corrupção causa impacto significativo nos direitos individuais de primeira dimensão, nos direitos sociais de segunda dimensão e, ainda nos direitos de terceira dimensão e nas políticas públicas, atingindo os setores mais vulneráveis e marginalizados.

Os professores da FGV-EASP *Ciro Biderman* e *George Avelino Filho* (2013, p. 3) no estudo “A doença da corrupção: o desvio de fundos e a saúde pública nos municípios brasileiros” pontuaram que a corrupção ao afetar os serviços públicos influencia negativamente os resultados das ações do Estado e leva à degradação dos indicadores sociais.

A partir desta premissa conseguiram concluir que a corrupção prejudica os padrões de saúde relacionamos com a mortalidade em hospitais e estabelecimentos de saúde, isto porque acabam faltando diversos equipamentos adequados que deveriam ser adquiridos por meio dos recursos desviados.

Ato contínuo, evidenciam que no Brasil, em 4 de maio de 2006, foi noticiado um dos maiores escândalos de corrupção no setor de saúde chamada “Máfia dos Sanguessugas”, no qual 112 parlamentares foram acusados de ter recebido suborno de uma empresa de ambulâncias (Planam) para desviar recursos do orçamento de prefeituras, assim eles fraudavam a compra de ambulâncias em municípios. O rastro do suborno e do tráfico de influência alcança também o Executivo Federal, mais precisamente a porta do gabinete do ex-ministro da Saúde *Humberto Costa*. (AZEVEDO, 2020)

Como é sabido, a utilização de ambulâncias constitui uma ferramenta essencial no deslocamento de doentes para unidade de saúde, especialmente em situações de emergência. Segundo o estudo mencionado de *Biderman* e *Avelino* (2013) na falta desses equipamentos o percentual de mortes em hospitais diminui e o percentual de mortos em vias públicas e residências aumentaram.

Lado outro, também podemos observar que há diversos casos de desvio de verbas públicas relacionadas a Organizações Não Governamentais (ONGs), conforme consta na matéria divulgada pela revista *Veja* “Ongs: O Caminho Fácil Para A Corrupção” (*CASTRO*, 2011, p. 2), entre os anos 2000 e 2006, apenas o Ministério do Desenvolvimento Agrário já havia destinado 1 bilhão de reais às organizações.

Também fora divulgado pela mesma notícia o caso *Ágora* na qual foi apurado que uma entidade desviou cerca de R\$ 900.000 mil reais dos cofres públicos por falta de controle. Dinheiro este que deveria ser aplicado em qualificação profissional evaporou graças a um esquema que envolvia notas fiscais falsas. Segundo consta no vídeo da BRASIL PARALELO

“Cortina de Fumaça” (2021) o dinheiro chegou a ser usado em campanhas eleitorais, o partido PCdoB indicava fornecedores e obtinham notas fiscais frias para justificar a despesa.

Segundo a revista Amazonas Atual, em 2017, o Ministério Público do Estado do Amazonas identificou irregularidades em 41 instituições, assim afirmou a Promotora de Justiça, Sheyla Dantas de Carvalho (apud ZMANCHETE, 2017, p. 2):

Além do desvio de recursos e corrupção, algumas delas foram abertas tão somente para receber verbas. Dá para perceber que foram abertas no ano de eleição, fez alguma coisa e foi extinta. Aí o que acontece é que quando chega um próximo ano eleitoral ela atualiza a diretoria, muda de nome e volta à ativa. Existem casos que estão em andamento e que eu pude perceber, a princípio, em que parece ter sido um negócio, uma compra, em que determinada instituição é oferecida para alguém usar.

Não obstante, é importante frisar que o desvio de verbas também incide sobre a educação brasileira, direito este estabelecida no capítulo II da Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. 2). Segundo o texto publicado pela revista VEJA (2016, p. 3) a operação Mascotch, por exemplo, desarticulou uma quadrilha que desviou mais de R\$ 8 milhões de dinheiro da educação em 14 cidades do interior de Alagoas, os recursos deveriam alimentar crianças nas escolas, mas eram, na verdade, usados para comprar uísque e vinhos importados.

Assim, segundo a matéria publicada pela revista CNN apesar de todo investimento inserido na educação nacional, mais precisamente cerca de 5,6% do PIB, porcentagem acima da média global, o Brasil teve a pior avaliação entre as nações analisadas, alcançando a 64º posição (MAIA, HERÉDIA E COELHO, 2021).

A notícia feita pelos autores Maia, Herédia e Coelho (2021, p. 3) ainda apontam:

No que diz respeito ao investimento em educação no Brasil, um dos problemas está na qualidade e na execução dos gastos. O país teve um baixo desempenho no Pisa, a principal avaliação internacional de desempenho escolar, ocupando a 54ª posição, e no TOEFL, ocupando o 43º lugar no ranking. Além disso, o analfabetismo atinge 6,8% da população acima de 15 anos, sendo a média mundial de apenas 2,6%.

Nesse trilhar, partindo da noção de corrupção como modelo operacional baseado na escolha racional do agente em subverter o interesse da coletividade, com a certeza de que obterá vantagem ilícita, não há dúvida sobre o impacto negativo em relação à cláusula constitucional do Estado social de direito, colocando em sério risco direitos humanos (FERNANDES, 2019).

Dito isto, é evidente que a corrupção priva as pessoas de alcançarem seus direitos sociais, pois não há como se falar neles quando as verbas destinadas para tal fim são desviadas, beneficiando somente o corrupto. Com isso, os direitos fundamentais individuais estabelecidos na Constituição Federal também são afetados. (CRAVO, 2019).

Para Leal e Schneider (2014, p. 421):

Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos Direitos Humanos e Fundamentais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente (eis que, neste exemplo, outros expedientes podem ser atrasados ou deixados de lado).

Portanto, é impossível dizer que um país onde há este nível avassalador de corrupção coaduna com o Estado Democrático de Direito, tampouco respeita o direito à vida. É o que explica Chaiene Meira de Oliveira (2018, p. 25): “Ressalta-se que os efeitos da corrupção ultrapassam os efeitos econômicos, afetando diretamente o Estado Democrático de Direito e causando prejuízos incalculáveis, uma vez que atinge a cidadania e devasta perversamente toda a coletividade, colocando em risco a democracia e afetando os princípios basilares da Administração Pública”.

7. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para que se alcance os objetivos propostos no trabalho, faz-se necessário a realização de pesquisas aplicada no campo das Ciências Sociais, visando gerar conhecimentos e soluções para problemas específicos, como no presente caso, quanto as situações que envolvem o desvio de verbas públicas e a falta de punição do agente que comete o crime.

Deste modo, o presente estudo apresentará seus resultados por meio de objetivos exploratórios e explicativos, o primeiro pela necessidade do estudo e levantamento quanto a interpretação e aplicação da legislação brasileira no que concerne a Teoria da Cegueira Deliberada para que assim, possa, após análise de todo material, apresentar uma definição explicativa da possível aplicação do estudo em tela no direito penal brasileiro.

Para tanto, o método utilizado neste trabalho foi o dogmático, tendo ênfase em pesquisas bibliográficas, por meio de uma abordagem qualitativa, tanto de conteúdo, como de discurso, partindo-se do levantamento de doutrinas, recorrendo a autores como Cleber Masson e Ferreira Filho, além da leitura de leis, análise jurisprudencial, artigos científicos entre outros materiais que tenham como conteúdo o Direito Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Cegueira Deliberada tem como escopo atingir o agente que, propositalmente, não quer assumir a ilicitude da origem de bens, direitos ou valores, usando a analogia, comporta-se como um avestruz, escondendo a cabeça na terra quando o perigo está próximo, visando assim uma eventual vantagem.

Assim, a tese atinge o agente que age de forma voluntária, consciente e intencional criando obstáculos para que o Estado não chegue à conclusão de que possui conhecimento da ilicitude de sua conduta.

Após diversas outras decisões internacionais, julgados e entendimentos jurisdicionais que utilizaram como bojo a ciência da Cegueira Delibera, a teoria vem ganhando potência na jurisprudência brasileira, principalmente no que tange aos escândalos de corrupção intitulados como mensalão e decorrentes da Operação Lava Jato.

Assim, esses julgados demonstram que muito embora a tese tenha sido reportada por poucos Ministros, seus critérios para aplicação não foram repelidos, muito pelo contrário, foram até conceituados, demonstrando, portanto, uma possibilidade de incorporação ao conceito de dolo em casos que o agente se porte em estado de ignorância.

Revela importante registrar que a Teoria em estudo vem sendo utilizada de forma cautelosa ante a sua ausência de previsão normativa que disponha de forma clara sobre sua funcionalidade, pois muitos juristas entendem que a mesma deprecia o conceito do dolo.

Entretanto, é pertinente salientar que, especialmente, no que tange o contexto do crime de lavagem de capitais, a Cegueira Delibera é de suma relevância, em razão do referido delito não prever a modalidade culposa, assim se o agente alegar não conhecer a procedência criminosa dos bens não teria agido com dolo, acarretando assim, a atipicidade da conduta e contínua impunidade.

Sabendo disso, é comum que a tese de defesa sustente que o agente que opera em um esquema de lavagem de dinheiro não teria consciência sobre a origem espúria dos valores, logo, a vista disso, o trabalho trouxe que a teoria pode ser um instrumento de coibição perante a tese de ignorância nos crimes de corrupção que ameaçam vigorosamente a democracia.

Por derradeiro, conclui-se que a teoria em apreço deve ter uma margem de maior aplicação, inclusive, com inclusão expressa no ordenamento jurídico pátrio, a fim de não ferir a presunção de inocência, princípio da legalidade ou qualquer outro instituto da seara criminal já cativado, de todo modo faz-se necessário, diante das características da teoria, que o

magistrado se cerque de um lastro probatório robusto o suficiente que torne inquestionável sua decisão construída ao entorno da teoria da cegueira deliberada.

Verifica-se, portanto, a urgente necessidade de uniformização sobre o tema no Brasil, sobretudo nos casos de crimes de lavagem de capital, no que diz respeito a equiparação ao dolo eventual, pois ficando à mercê do entendimento de cada magistrado continuará causando divergências sobre a sua aplicação e, conseqüentemente, uma grande insegurança jurídica para aqueles que se socorrem ao judiciário.

Por fim, resta claro, que a Teoria das Instruções da Avestruz, enquanto ferramenta de combate aos crimes que lesam o patrimônio público, servirá para aprimorar o sistema processual penal brasileiro, permitindo que criminosos que se locupletam do dinheiro público sejam realmente processados e condenados, evitando que se escondam atrás de seus colarinhos concessores de imunidade e privilégios.

REFERÊNCIAS

ASSUMPCÃO, Pedro Antônio Adorno Bandeira. **A Teoria Da Cegueira Deliberada E A Equiparação Ao Dolo Eventual**, 2017. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2017/pdf/PedroAntonioAssumpcao.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.

AZEVEDO, Reinaldo. Memória: De caso com os sanguessugas. **Veja**. São Paulo, p. 1-4. 30 ago. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/reinaldo/memoria-de-caso-com-os-sanguessugas/>. Acesso em: 30 maio 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem De Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BECK, Francis. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in) aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, n. 41, p. 45-68, set. 2011.

BIDERMAN, Ciro; AVELINO, George. A Doença da Corrupção: o desvio de fundos e a saúde pública nos municípios brasileiros. **Fgv Eaesp**, São Paulo, p. 1-5, 2013. Disponível em: <https://pesquisa-eaesp.fgv.br/publicacoes/gvp/corruptao-prejudica-saude-dos-brasileiros>. Acesso em: 30 maio 2022.

BIFFE JUNIOR, JUNIOR JOAQUIM. **Concursos públicos: terminologias e teorias inusitadas**. Coordenado por Cleber Masson. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo Método, 2017. 576 p.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Juiz Sérgio Moro. P.1-115. **Estadão**. Curitiba/PR. 22 de abril 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/wp-abreu-e-lima-.pdf>. Acesso 29 maio 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.613 de 1998**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613. Acesso em: 18 nov 2022.

BRASIL PARALELO. Cortina de Fumaça. 2021. (110 min.), son., color. Legendado. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=eF4y7KS5Bkw&t=5s>. Acesso em: 23 maio 2022.

BREI, Z. A. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, RJ, v. 30, n. 1, p. 64 a 77, 1996. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CASTRO, Gabriel. ONGS: O Caminho Fácil Para A Corrupção. **Veja**, São Paulo, 29 out. 2011. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/ongs-o-caminho-facil-para-a-corrupcao/>. Acesso em: 26 maio 2022.

CRAVO, Marco. A Corrupção e a Violação Aos Direitos Humanos Fundamentais. **Canal Ciências Criminais**, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-corrupcao-e-a-violacao-aos-direitos-humanos/>. Acesso em: 26 maio 2022.

CUENCA, Carlos Guillermo Castro. **La Corrupción En La Contratación Pública En Europa**. Salamanca: Ratio Legis, 2009.

FERNANDES, João Marcelo Negreiros. Corrupção e violação a direitos humanos: obstáculos ao desenvolvimento brasileiro no século XXI. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Ceará, p. 1-126, 10 maio 2019. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-6.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

FERREIRA FILHO, M. G. **A Corrupção Como Fenômeno Social e Político**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482>. Acesso em: 30 maio 2022.

G1. Brasil Piora Duas Posições Em Ranking De Corrupção. **G1**. Rio de Janeiro, 25 jan. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/01/25/brasil-piora-duas-posicoes-em-ranking-de-corrupcao.ghtml>. Acesso em: 26 maio 2022.

HAJE, Lara. 97% dos crimes de corrupção no Brasil ficam impunes, diz Dallagnol. **Câmara dos Deputados**. 9 de agosto de 2016. Disponível em: www.camara.leg.br/noticias/-dos-crimes-de-corrupcao-no-brasil. Acesso em 10 nov 2022.

LEAL, Rogério Gesta; SCHNEIDER, Yuri. Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais. **Ajuris**, Rio Grande do Sul, p. 1-22, 10 dez. 2014. Semanal. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/368/303>. Acesso em: 30 maio 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 1344 p.

MAIA, Rodrigo; HERÉDIA, Thais; COELHO, Larissa. Educação brasileira está em último lugar em ranking de competitividade. **Cnn**, São Paulo, p. 1-6, 17 jun. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/educacao-brasileira-esta-em-ultimo-lugar-em-ranking-de-competitividade/>. Acesso em: 26 maio 2022.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque, HERNANDES, Camila Ribeiro. **O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: Compatibilidade no Direito Penal Brasileiro**, 2017.21f. Monografia - CONPEDI LAW REVIEW, Portugal. Disponível em: < <http://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3783/pdf> >. Acesso em: 17 de nov 2022.

NOTARI, M. B.; DE OLIVEIRA, A. C. A Corrupção E A Violação Do Direito Humano À Saúde. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos** v. 11, n. 1, p. 5–27, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/14758>. Acesso em: 26 maio 2022.

OLIVEIRA, Chaiene Meira. **Os Reflexos Dos Acordos De Leniência No Âmbito Da Lei Anticorrupção Brasileira Na Delação Premiada E Consequências No Processo Penal: Um Estudo Diante Da Omissão Legislativa**, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2166/1/Chaiene%20Meira%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

VEJA REDAÇÃO. Dinheiro Para Merenda Escolar Pagava Vinho e Uísque. **VEJA**, São Paulo, 30 mar. 2011. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/dinheiro-para-merenda-escolar-pagava-vinho-e-uisque/>. Acesso em: 25 maio 2022.

ROBBINS, Ira. P. **The Ostrich Instruction**: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea, 81 J. Crim. L. & Criminology (1990-1991). Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>. Acesso em: 30 maio 2022.

RODAS, Sérgio. Sergio Moro condena por dolo eventual em lavagem; especialistas divergem sobre tese. **Conjur**, São Paulo, p. 1-4, 05 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-05/tese-polemica-moro-condena-dolo-eventual-lavagem>. Acesso em: 30 maio 2022.

SENA, Guilherme Monteiro Andrade de. **Corrupção no Brasil**: fatores históricos e socioculturais e ações educativas para prevenção. 2018. (Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia) - Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/38927/1/Guilherme_Monteiro_Andrade_de_Sena.pdf. Acesso em: 29 maio 2022.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Celso de Mello acompanha voto do relator da AP 470, sobre lavagem de dinheiro. **Jusbrasil**. 2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=221405>> Acesso em: 26 de setembro de 2018.

ZMANCHETE. Mp Identifica 41 Ongs Suspeitas No Amazonas Algumas Criadas Apenas Para Desviar Dinheiro Público. **Amazonas Atual**. 01 nov. 2017. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/mp-identifica-41-ongs-suspeitas-no-amazonas-algumas-criadas-apenas-para-desviar-dinheiro-publico/>. Acesso em: 26 maio 2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

ALIENAÇÃO PARENTAL: meios de comprovação no âmbito judicial

Amanda Nogueira Ferreira de Souza; Giovanni Jonatas de Souza

¹Graduanda em Direito, Centro Universitário Vale do Rio Verde. amanda.nogueira@aluno.edu.br. ORCID (cadastro do pesquisador em <https://orcid.org/0000-0002-6974-0694>)

³Docente especialista. Centro Universitário Vale do Rio Verde. prof.giovanni.souza@unincor.edu.br. ORCID (<https://orcid.org/0000-0002-7215-3933>)

RESUMO

O presente artigo aborda a alienação parental e os meios de comprovação no âmbito judicial. Tem por objetivo analisar o procedimento da comprovação da alienação parental, bem como os meios de prova frente ao ordenamento jurídico brasileiro. O método a ser utilizado será a pesquisa bibliográfica, por meio da abordagem qualitativa, tanto de conteúdo, como de discurso, partindo-se do levantamento de doutrinas, recorrendo a, livros, artigos científicos entre outros materiais que tenham como conteúdo o direito de família. A Alienação Parental é um assunto de relevância social, por se tratar de um abuso psicológico com sequelas irreversíveis para criança ou o adolescente vítima de tais atos. A pesquisa volta-se a um primeiro momento à conceituação da Alienação Parental e sua divergência com a síndrome de alienação parental, seguida de aspectos jurídicos que envolvem o tema. Num segundo momento buscou-se analisar formas de identificar, comprovar, meios de prova e as sanções aplicáveis pela lei 12.318. Por fim, o propósito do artigo é observar a importância da comprovação da alienação parental no processo judicial, observando os meios de comprovação e demonstrando que os genitores devem sempre priorizar a criança e o adolescente, para que o seu desenvolvimento não seja prejudicado.

Palavras-Chave: Alienação parental; Síndrome da alienação parental; Comprovação no âmbito judicial; Meios de prova.

ABSTRACT

This article addresses parental alienation and the means of proof in the judicial sphere. It aims to analyze the procedure for proving parental alienation, as well as the means of proof against the Brazilian legal system. The method to be used will be bibliographic research, through a qualitative approach, both in terms of content and discourse, starting from the survey of doctrines, using books, scientific articles and other materials that have family law as their content. Parental Alienation is a matter of social relevance, as it is a psychological abuse with irreversible consequences for children or adolescents who are victims of such acts. The research turns at first to the conceptualization of Parental Alienation and its divergence with the parental alienation syndrome, followed by legal aspects that involve the theme. In a second moment, we sought to analyze ways to identify, prove, evidence and the sanctions applicable by law 12.318. Finally, the purpose of the article is to observe the importance of proving parental alienation in the judicial process, observing the means of proof and demonstrating that parents should always prioritize the child and adolescent, so that their development is not harmed.

Keywords: Parental alienation; Parental alienation syndrome; Evidence in court; Means of proof.

1. INTRODUÇÃO

O projeto apresentado tem o propósito de informar sobre a alienação parental, buscando identificar os meios de comprovação e identificação, afim de conscientizar sobre os malefícios que esse processo gera na criança ou no adolescente.

O ato praticado pelo genitor alienador, de modo a realizar interferência no convívio da

criança ou do adolescente com o outro genitor, ou seus familiares, levando ao rompimento do laço afetivo sem nenhuma razão justificável, é definido como alienação parental.

Em decorrência da alienação, o menor poderá desenvolver a síndrome da alienação parental, sendo uma série de sintomas psicológicos que surgem simultaneamente quando um de seus genitores ou terceiros intercedem de forma prejudicial na formação psicológica da criança ou do adolescente.

Visto que, sendo a alienação parental um fenômeno prejudicial, onde o direito à convivência familiar e à afetiva é tirada da criança e do adolescente, resultando em uma série de consequências negativas, para a formação pessoal e psicológica do menor, é de suma importância compreender a Lei de Alienação Parental e sua relevância para o direito de família. Em síntese, o tema proposto será analisado sob todas as perspectivas, buscando apresentar seu conceito, características, sua regulamentação jurídica e consequência, com o propósito de proteção ao direito ao desenvolvimento saudável, ao convívio familiar e a participação de ambos os genitores na vida da criança e do adolescente.

2 ALIENAÇÃO PARENTAL

2.1 Conceito

Em torno da década de 1980 nos Estados Unidos foi criada a expressão jurídica Alienação Parental, por Richard Gardner um psiquiatra norte americano, conceituada como uma conjuntura onde um dos pais da criança ou adolescente aliena seu filho, manchando a imagem do outro genitor, impossibilitando o convívio familiar entre pais e filhos. Portanto, alienação parental é um processo que faz com que a criança ou adolescente sem nenhuma justificativa crie uma antipatia em relação a um de seus genitores (RIZZARDO, 2019)

Neste sentido, com a dissolução do casamento e a discordância de um dos cônjuges a esse fato, faz com que ele afaste a criança do genitor, utilizando o filho como um objeto de vingança, ação ocasionada por algum descontentamento durante o casamento, como o adultério e a mudança da situação econômica após a separação. Assim, o genitor vislumbra a criança como uma ferramenta para prejudicar a outra parte, sem se importar com os sentimentos da criança em relação ao outro genitor, situação ocasionada por um simples rompimento matrimonial. (NETO, QUEIROZ e CALÇADA, 2015).

Ademais, por via de regra a alienação parental está ligada principalmente ao divórcio, pois com o fim do casamento e a guarda do filho direcionada a somente um dos pais, há uma

oportunidade para que um dos genitores crie problemáticas na relação da criança com um de seus pais, guiado por um sentimento de insatisfação, magoa, rancor e ódio, ocasionados pelo término, fazendo que o laço afetivo existente entre o outro genitor e a criança seja rompido de qualquer forma. Contudo, a ação de separar o filho de um dos pais infringe vários direitos da criança e do adolescente, como o direito à um bom convívio familiar. (DUARTE, 2010).

Deste modo, Freitas conclui que a Alienação Parental:

Trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real (FREITAS, 2014, p. 25)

Ademais, a alienação parental vem sendo observada desde tempos passados, contudo somente em 26 de agosto de 2010 foi promulgada a Lei nº 12.318/2010 (BRASIL, 2010), pois se viu a necessidade de legislar sobre o assunto, à vista de inúmeros casos reconhecidos pelo judiciário, sendo definidos aspectos e meios de coibir a Alienação Parental, tornando-a um ato ilícito.

O artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 (BRASIL, 2010), define a alienação parental dessa forma:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010, p.1)

Além de que, para resguardar um ambiente familiar adequado não apenas garantindo um desenvolvimento saudável a criança e adolescente, mais também o bem-estar de seus genitores, se faz necessário que o Poder Judiciário apresente soluções efetivas para as partes envolvidas na ocorrência da alienação parental. (STRÜCKER, 2014)

Em suma, diante de todo exposto a apresentado acima, observa-se que a alienação parental é uma prática que, interfere diretamente no desenvolvimento psicológico da criança ou adolescente e fere seus direitos, por tais razões necessário a atuação do judiciário.

2.2 Diferença entre Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental

No contexto atual, a Alienação parental e a Síndrome da Alienação Parental são tópicos

que estão interligados, no entanto não podem ser confundidos, já que, para identificar a Síndrome da Alienação Parental – SAP se faz necessário uma série de sintomas psicológicos que surgem simultaneamente na criança ou adolescente e a alienação parental nada mais é que o afastamento de um dos genitores da criança ou adolescente sem nenhuma justificativa. (MADALENO, A. e MADELENO, R., 2018)

Em outras palavras, Figueiredo e Alexandridis, assim as diferenciam:

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminantemente e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta – quando ainda não dá lugar a síndrome – é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário o restabelecimento das relações com o genitor preterido. (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011, p. 48-49).

Nesse sentido, a síndrome da alienação parental como um transtorno psicológico que afeta a criança ou adolescente, surgindo quando um de seus genitores ou terceiros intercedem de forma prejudicial na formação psicológica, fazendo com que a criança desfaça qualquer vínculo afetivo existente com outro genitor, colaborando na criação de barreiras afetivas entre as partes. (NETO, QUEIROZ E CALÇADA, 2015).

Nessa linha de pensamento, interpreta-se que a Síndrome da Alienação Parental nada mais é que, sequelas emocionais e ações comportamentais existente na criança ou adolescente, provocadas pela alienação parental. (NETO, QUEIROZ E CALÇADA, 2015).

Assim, observa-se que:

A Síndrome da Alienação Parental não se confunde com Alienação Parental, pois que aquela geralmente decorre desta, ou seja, enquanto a AP se liga ao afastamento do filho de um pai através de manobras da titular da guarda, a Síndrome, por seu turno, diz respeito às questões emocionais, aos danos e sequelas que a criança e ou adolescente vêm a padecer (SOUZA, J., 2014, pag. 27).

Em resumo, a Síndrome da Alienação Parental sucede de um conjunto de sintomas resultantes da Alienação, que acarreta no afastamento do menor de um dos seus genitores de forma injustificada. Logo, a alienação, se manifesta como uma campanha difamatória por parte de um genitor contra o outro, induzindo a criança a romper relações por circunstâncias inautênticas. (SCHÄFER, 2019).

Posto isto, observa-se que a alinação parental é termo utilizado pela prática,

consubstanciado numa ação de um dos genitores, sendo que a síndrome é o resultado ocasionado a criança gerando consequências psicológicas, danos e sequelas emocionais, devido a perda do vínculo afetivo com um de seus genitores.

3 IDENTIFICAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1 Verificação dos efeitos e identificação da alienação parental

Pelo que foi analisado, para se identificar e diagnosticar a Alienação Parental se faz necessário a compreensão do funcionamento normal da família em sua dinâmica atual, desta maneira, o magistrado necessitará de uma equipe capacitada de especialistas para a análise da alienação parental, cabendo a eles apontar se o desequilíbrio daquela família, naquele momento, caracteriza alienação parental. (DUARTE, 2010)

O genitor alienador que normalmente é o detentor da guarda, usa como um dos meios para manipular seu filho histórias de experiências negativas vivida com o outro genitor, passando sentimentos de raiva, angústia, tristeza e desgosto para a criança, fazendo com que a mesma crie um vínculo de proteção com o genitor alienador e afastando-se do outro genitor. As manipulações podem ir mais além, como omissões de informações pertinentes a criança ou ao adolescente e a proibição de visitas, dificultando a proximidade da relação da criança com o outro genitor dando a ideia que este não é mais amado pelo outro genitor. (DUARTE, 2010)

A psicóloga e psicanalista Motta discorre que:

O genitor alienador, que em geral é o que detém a guarda, teria como meta proceder a uma 'lavagem cerebral' na mente de seus filhos inculcando-lhes pensamentos e sentimentos em relação ao outro genitor, visando afastá-los e destruir mesmo, o vínculo existente entre eles. O genitor 'alienador' promove uma verdadeira campanha denegritória em relação ao ex-cônjuge perante o judiciário, utilizando seu/s filho/s como meio de emprestar credibilidade às suas acusações. Para conseguir ter no filho ou filhos, aliado/s, o genitor 'alienador' promove a SAP, desqualifica o outro perante o filho, denigre sua imagem, fala mal dele, coloca-se como vítima fragilizada fazendo com que a prole se alinhe ao seu lado e se tornem verdadeiros soldados nesta batalha contra o outro, que denominaremos de 'alvo'. O genitor alienador tenta enfraquecer, controlar ou excluir o contato com o outro genitor por meio de comportamentos tais como, retirar a criança da proximidade física com o outro genitor, queixar-se dele ao filho, dizer se agredido pelo outro, ou engajando-se em repetidas lides que objetivam reforçar a exclusão do outro, aumentar a supervisão nas visitas e/ou enfraquecer o vínculo da criança com o outro genitor. As emoções do alienador passam a ser espalhadas na criança que passa a agir como se dela fossem. Embora o alienador acuse o outro genitor de maus-tratos, negligência e desinteresse em relação à prole, ele é o que mais danos causa, sendo que a SAP constitui-se em verdadeira forma de abuso psicológico contra crianças e adolescentes que são a ela submetidos. (MOTTA, 2008, p. 36)

Logo, com a ocorrência da alienação parental se nota uma mudança comportamental do menor alienado, que pode ser apresentada como, ansiedade, devida a confusão mental o infante pode ter preocupações excessivas e medo de situações cotidianas, ou ainda, estresse, associado a vidacotidiana, além de, tristeza, nervosismo, preocupações intensas, agitação e irritação, agressividade como forma de chamar a atenção para si, através de comportamentos de raiva, depressão, também pode aparecer pelo desinteresse social, pessimismo e angústia, ou ainda, transtorno de identidade, uma reação do trauma causado por tentar substituir memórias ruins, insegurança, dificuldades de aprendizado, entre outros transtornos e comportamentos. (ROSA, 2008)

Em síntese, verifica-se um comportamento característico, tanto dos pais, avos ou terceiros responsáveis, quanto dos filhos, que pode apontar a ocorrência da prática. Neste cenário das crianças e adolescentes sujeitos a alienação parental, indícios de ansiedade, nervosismo, agressividade, depressão, entre outros, podem ser indicadores de que a alienação parental está ocorrendo.

3.2 Dificuldade de comprovação da alienação parental

O judiciário brasileiro vislumbra a Alienação Parental como novidade, entretanto o tópico aparenta um notável crescimento nos últimos anos no Direito de Família, e traz com ela, efeitos devastadores quando não identificada e tratada com eficiência e rapidez. (ARAÚJO, 2014).

Após constatar a alienação parental, por parte do genitor alienador, se faz necessário que sejam todas medidas imediatas com a finalidade de minimizar as consequências causadas por essa prática, pois os prejuízos causados vão além da criança ou adolescente, atingindo também o genitor alienado, que acabará se tornando uma pessoa estranha na vida da criança ou adolescente. (ROSA, 2008)

Nota-se que a alienação é uma ação que acontece no setor da falar, alcançando a mente, dificultando a compreensão de como as crianças se sentem, e por que ele sentiu isso. A princípio qualquer intervenção no desenvolvimento psicológico da criança ou do adolescente passa despercebida, isso ocorre porque a alienação começa de maneira imperceptível, se intensificando com o tempo. (ARAÚJO, 2014)

Além disso, é complexo compreender qual o familiar responsável que está afetando a criança, em outras palavras, num primeiro momento não se sabe se a criança quem se distanciou de um dos seus pais, se um dos genitores ou familiar que não tem direito de guarda é quem

estimula a alienação ou se o guardião é quem induz e planta a rejeição e o distanciamento do filho de seus familiares. (GONÇALVES, 2010)

O dispositivo acima apresenta, portanto, três diferenças, apenas a última caracterizando a alienação parental, razão pela qual é de difícil visualização, e, muitas vezes vista posteriormente. Nesse contexto, é necessária a atenção de toda a família ao desenvolvimento e comportamento da criança principalmente quando os genitores do menor não estão próximos. (DIAS, 2021)

Na maior parte dos casos, a alienação parental não pode se efetuar apenas pelos comportamentos da família especialmente porque o alienador é majoritariamente o progenitor guardião do menor, constantemente interferindo em suas opiniões e pensamentos. A intervenção do judiciário é, portanto, necessária. (SOUZA, E., 2003)

Euclides Souza (2003, pag. 27) expõe que “a alienação parental é a rejeição do genitor que “ficou de fora” pelos seus próprios filhos, fenômeno este provocado normalmente pelo guardião que detêm a exclusividade da guarda sobre eles (a conhecida guarda física monoparental ou exclusiva).”

A alienação parental acontece nas emoções e no psicológico da criança, sem provas conclusivas, contando apenas com o comportamento do menor e o que a família presencia. Portanto, é importante que o menor possa testemunhar e expor sua convivência em domicílio, para que o Poder Público possa fazer valer uma decisão correta e adequada no cenário, visando sempre o bem-estar da criança e do menor. (DIAS, 2021)

Ademais, a lei 12.318/10, sobre alienação parental existe e a busca de solução pelo judiciário se faz necessária, porém, ainda é uma solução incerta e demorada justamente pela dificuldade de apuração e comprovação dos fatos. O direito de família tenta ser o mais rápido possível, principalmente quando se trata de menores, embora na prática essa velocidade nem sempre aconteça. (BRASIL, 2010; FARIAS, ROSENVALD, 2014)

Portanto, mesmo que seja uma prática difícil de provar, o judiciário é um caminho para a justiça e apoio ao menor alienado, ou seja, o Poder Público, tem a obrigação de analisar os fatos e verificar se há ou não alienação parental, assegurando os direitos e diminuindo os efeitos negativos causados ao desenvolvimento da criança alienada. (ROCHA, 1995)

Em resumo, o judiciário encontra grande complexidade no momento de produzir provas para comprovar a alienação, já que a ocorrência dessa prática acontece no âmbito familiar, geralmente entre o genitor alienador e o menor sem a presença de outro familiar, atingindo o psicológico da criança, por isso, se torna complicado achar provas necessária para a confirmação da alienação.

4 COMO COMPROVAR A ALIENAÇÃO PARENTAL

4.1 Meios e provas para a comprovação da alienação parental

O processo judicial trata de resoluções de conflitos, cujo objetivo principal é proteger os direitos das partes envolvidas, ou seja, um juiz imparcial terá uma visão geral dos fatos diante da exposição de provas. A prova é importante para avaliar os fatos e apresentação do contraditório para que a lei possa ser aplicada corretamente em todas as situações. (GOMES, 2013)

Ressalte-se que o artigo 5º da Lei 12.318/10 (BRASIL, 2010), elenca dois tipos de perícias a psicológica e a biopsicossocial que auxilia o juiz a apurar se há indícios da prática de alienação parental, neste sentido Caroline de Cássia Bousi (2012, p. 128) afirma que “os casos de alienação parental são difíceis de mensurar, principalmente por um juiz, tendo em vista que sua área de formação não é especializada nessa área profissional”. A execução desta deve, portanto, exercida por meio da perícia psicológica ou biopsicossocial.

Dessa forma, a perícia psicológica de acordo com Denise Maria Silva (2016, p. 3) consiste em uma investigação caracterizada pelo exame e análise de fatos e pessoas com foco nos aspectos emocionais e subjetivos das relações entre as pessoas, apurando as causas das circunstâncias na família e grupo, avaliando assim apenas o equilíbrio emocional dos participantes e garantir os direitos básicos dos menores.

Ademais, a perícia biopsicossocial, refletida por Melissa Telles Barufi (2013, p. 233), visa examinar a interação familiar, o que ajudará a equilibrar do processo. “Do seu ponto de vista interdisciplinaridade é a interação entre as disciplinas, a troca de experiências, possibilitando que os âmbitos possam se unir e se entender”.

Em vista disso, a Lei nº 12.318/2010, em seu artigo 5º, § 2º, ressalta a necessidade de inserir profissionais com formação específica para lidar com suspeita de alienação parental em ações judiciais. A disposição acima estipula que a perícia deve ser realizada por um profissional qualificado ou equipe multidisciplinar com capacidade comprovada para investigar atos de alienação parental. (BRASIL, 2010; FREITAS, 2015)

Nesse véis, é importante destacar os mecanismos de provas processuais, pois entende-se por mecanismo de prova todos os meios utilizados direta ou indiretamente para provar os fatos narrados pelas partes. O artigo 369.º do CPC não enumera todos os meios de prova admissíveis no processo civil, apenas se refere: "as partes têm o direito de usar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não mencionados neste código,

comprovem a veracidade dos fatos em que se baseia o pedido ou a defesa e influenciem efetivamente na convicção do juiz”. (BRASIL, 2015, pag. 44)

Dessa maneira, são vistas como provas: a prova documental, a prova pericial e a prova testemunhal, sendo que, no processo civil os mecanismos mais usados são: o depoimento pessoal, a apresentação de documentos ou coisa, a prova documental, a confissão, a prova testemunhal, a busca judicial e a prova pericial. (DELFIN, 2014)

Assim sendo, o direito do ponto de vista jurídico é capaz de regular condutas típicas de alienação parental. No entanto, do ponto de vista de implementação prática ainda existem dificuldades técnicas e científicas, principalmente devido ao fato de que alguns juízes utilizam em sua justificativa apenas a perícia realizada por peritos que não possuam o conhecimento necessário, estabelecido por lei, para o reconhecimento da existência ou inexistência de alienação parental. Os juízes, portanto, têm que se fundamentar em outros meios de prova para obter a verdade dos fatos. (DELFIN, 2014)

Conforme Acir Matos Gomes (2013), compreende-se como mecanismo de prova viável da alienação, uma gravação telefônica feita pelo genitor alienado durante uma conversa entre o genitor alienador com o menor, entendida como possível indício de alienação parental. Esta prova não é apontada como ilegítima, porque a proteção constitucional refere-se a interceptações telefônicas, ou seja, a gravação da conversa de outra pessoa por uma terceira pessoa. Neste contexto, o pai alienado pode escutar a conversa da criança com pai alienador.

Nesse sentido, o autor Renato Brasileiro de Lima discorre que:

A interceptação ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captada por um terceiro; já na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da ingerência de um terceiro na comunicação; por fim, a gravação telefônica é a captação feita diretamente por um dos interlocutores, sem interferência de um terceiro. (LIMA, 2019, pag. 429)

Adiante, outro mecanismo de prova admissível em um caso de alienação parental é o depoimento sem danos. Este modelo de prova está presente na Lei 13.431/17, que regulamenta o depoimento sem danos nos artigos 7º a 12º. O depoimento sem danos é uma maneira de ouvir uma criança ou jovem no decorrer do processo com o poder de preservar que o menor não sofra danos, mas garantindo a apresentação de provas em processos judiciais em que sejam vítimas ou testemunhas. (BRASIL, 2017)

Vale destacar que no momento atual este método não é obrigatório, por isso fica a critério de cada tribunal usá-lo ou não. Este depoimento sem danos terá lugar adequado e acolhedor para ser efetuado, com infraestrutura e espaço para garantir a privacidade da criança

ou adolescente, eventualmente, esse mecanismo de depoimento ocorrerá uma única vez, em sede de prévia produção de prova pericial, certificando a ampla defesa do investigado, conforme estipulado na redação dos artigos 10º e 11º da Lei nº 13.431/17. (BRASIL, 2017)

Segundo previsto no artigo 12 do mesmo regulamento jurídico, serão recebidos depoimentos sem danos da seguinte maneira: peritos especializados informam a criança ou adolescente sobre a prestação de depoimento, instruindo sobre seus direitos e os procedimentos a serem seguidos e preparando sua colaboração. Além disso, é resguardado à criança ou ao adolescente sua narrativa livre sobre a situação de violência, admitindo que um profissional especializado interferira, se necessário, utilizando técnicas que possibilitem o esclarecimento dos fatos. Ressalta-se que este depoimento será gravado em áudio e vídeo, mas conforme estipulado no artigo 12, § 2º da Lei 13.431/17, o juiz tomará todas as medidas cabíveis para preservar a intimidade e privacidade da criança ou adolescente. (BRASIL, 2017)

Conforme, José Antônio Cezar (2010, p. 290), “fundamenta que o projeto que inicialmente foi denominado de depoimento sem danos, foi idealizado também sob o enfoque de valorizar o relato da criança, respeitando-se a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como qualificar a produção da prova que é produzida em juízo”.

Não obstante, de acordo com Vanessa Delfin (2014, p. 18):

o depoimento sem danos busca identificar vários indícios do discurso lógico o qual é repassado para o papel e juntado aos autos do processo, com a gravação do áudio e vídeos, as emoções, o choro. Os gestos passaram a ser alvo de avaliação por parte daquele que têm por missão produzir validamente as provas e, com base nelas, proferir uma decisão justa e que demonstre a verdade dos fatos.

Enfim, o outro recurso que os magistrados podem utilizar para comprovar, juntando evidências suficientes para um julgamento justo é a inspeção judicial, regulamentada nos artigos 481 a 484 do CPC, por meio dessa investigação, o juiz tem contato direto e pessoal com pais e filhos e posteriormente cria a percepção sensorial. O propósito da fiscalização é esclarecer ao julgador um fato que seja de interesse para a decisão do caso. A fiscalização, ainda que não solicitada pelas partes, poderá ser requerida pelo magistrado, na forma do artigo 481 do CPC. (BRASIL, 2015; GOMES, 2013)

Ademais, o objeto da investigação judicial pode ser pessoas ou coisas, conforme previsto no artigo 481 do CPC. Na hipótese de se tratar de pessoas, tanto as partes quanto um terceiro podem adequar-se como fontes de prova. Em caso de resistência, a inspeção pode ser usada contra a pessoa que seria o sujeito da inspeção, pois, conforme dispõe o artigo 80, IV do CPC, entende-se que qualquer resistência injustificada em cooperar com o andamento do processo pode constituir litígio de má-fé. Em caso de recair sobre coisas, podem ser objetos

móveis ou imóveis. BRASIL, 2015; GOMES, 2013)

Portanto, podemos concluir que existem meios probatórios que um magistrado pode utilizar para produzir um bom conjunto de provas que vai além da perícia psicossocial ou psicológica. (GOMES, 2013)

Em tese, quando existir a suspeita de alienação parental, em processo ou fora dele, o judiciário deverá investigar profundamente a prova tanto quanto possível e necessário para apurar os fatos, que prejudicam a formação do caráter da criança ou adolescente e do futuro adulto.

5 SANÇÕES AOS AUTORES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A família é a base da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, o art. 226 da CF/88, dispõe de maneira evidente essa afirmação, já o art. 227 da CF/88, transcreve sobre a proteção integral à criança e ao adolescente estabelecendo o direito à convivência familiar, *in verbis*:

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado
Artigo 227. É dever de família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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, pag. 106-107)

Diante da separação dos genitores, deparamos com discórdias, sentimentos de magoas, ressentimentos e rancor que são enfrentados por ambos os cônjuges, perante todas essas circunstâncias a criança ou adolescente passam a ser os mais prejudicados por todo esse conflito entre seus genitores. (DUARTE, 2010)

Como resultado, o Juiz como aplicador do direito, ao se deparar com ações de divórcio, não somente decidirá sobre questões de conteúdo patrimonial, mas também a respeito da guarda dos filhos, sendo tal decisão baseada para o melhor bem estar da criança ou adolescente. (DUARTE, 2010)

Assim, fica a cargo do judiciário impor as sanções adequadas para o genitor praticante da alienação parental, a fim de resguardar a proteção integral da criança ou adolescente, adotando dentre muitas medidas a proibição de visitas, inversão de guarda bem como a suspensão da autoridade parental. (DUARTE, 2010)

Ademais, ficando claro indícios da prática de alienação parental, a Lei 12.318/2010 prevê a instauração de procedimento autônomo ou incidental, possibilitando ao juiz adotar as medidas que entender necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou

do adolescente, e for o caso, utilizando-se da ajuda de profissionais da área da psicologia que atuarão no feito como peritos judiciais. (BRASIL, 2010)

Para compreender a importância da criação da Lei 12.318/2010, necessário se faz a transcrição dos seus artigos 4º, 5º e 6º, os quais estabelecem que:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;**
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;**
- III - estipular multa ao alienador;**
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;**
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;**
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;**
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.**

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (grifos inexistentes no texto original)

As sanções abordadas pela Lei 12.318/2010 expõem importantes artifícios para a proteção aos direitos da criança e do adolescente de maneira eficiente, instituindo medidas para combater o progresso da alienação parental, pois ao constatar indícios da alienação parental, o juiz tomara as medidas necessárias para assegurar a integridade psicológica da criança e do adolescente. (BRASIL, 2010)

Em suma, a lei 12.318/2010 disponibilizou uma forma efetiva para coibir o praticante da alienação parental, ocasionando uma redução dos efeitos da alienação parental, já que possibilitou uma melhor atuação do juiz nas ações de alienação parental, fazendo valer a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. (BRASIL, 2010)

6 MATERIAL E MÉTODOS

Para que se alcance os objetivos propostos no trabalho, fez-se necessário a realização de pesquisa bibliográfica aplicada, no campo do direito de família, visando gerar conhecimentos e soluções para problemas específicos, como na alienação parental.

Deste modo, o presente estudo apresenta seus resultados por meio de objetivos exploratórios e explicativos, o primeiro pela necessidade do estudo e levantamento bibliográfico quanto a interpretação e aplicação da legislação brasileira nas situações problemáticas, para que assim, possa, após análise de todo material, apresentar uma definição explicativa sobre os meios de se comprovar e combater a alienação parental.

Em suma, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, por meio da abordagem qualitativa, tanto de conteúdo, como de discurso, partindo-se do levantamento de doutrinas, recorrendo a, livros, artigos científicos entre outros materiais que tenham como conteúdo o direito de família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de família é uma área do direito de extrema importância na sociedade e em evolução. Isso porque, à medida que as famílias evoluem, também incorporam novos direitos e reconhecimentos para garantir o estado familiar assegurado pela Constituição Federal de 1988.

Constata-se a gravidade dos danos causados à família, principalmente à criança e ao adolescente sujeito a prática de alienação parental, o que poderá resultar à vítima, conforme exposto, a Síndrome da Alienação Parental-SAP. Ademais, a constatação da alienação necessita de tempo e profissionais qualificados, e que deve-se ter muita cautela, para que o menor seja o

menos prejudicado possível.

Pois, historicamente a alienação parental tem sido um problema que acompanha a sociedade desde que as rupturas matrimoniais se tornaram frequentes, onde os pais começam a discutir sobre o cuidado de seus filhos, gerando conflitos, sentimentos motivados de raiva e vingança, por meio de campanhas de descrédito, utilizando a própria criança como meio para atingir o outro.

Verificou-se, ainda, uma dificuldade que o Poder Judiciário possui de constatar e provar a prática de alienação parental para com a criança, pois é uma prática que afeta o psicológico do menor, e ocorre no âmbito familiar, muitas vezes sem a presença de testemunhas.

Por esses motivos, os profissionais que lidam com a Alienação Parental precisam estar mais bem informados para atuarem corretamente na aplicabilidade da lei, pois, com tantas ações levadas na justiça de família, foi necessário legislar sobre a Alienação Parental com o objetivo de minimizar os efeitos que podem ser gerados, visando proteger os menores, então foi instaurada a Lei nº 12.318/2010 com medidas de prevenção e repressão à essas condutas.

Desta forma, conforme estabelecido no art. 5º, § 2º, da Lei 12.318/2010, o judiciário terá à disposição psicólogos com capacitação específica, que tenham aptidão comprovada para diagnosticar atos de alienação parental, para que, dessa maneira o juiz do caso possa ter um bom conjunto de provas, com o intuito de buscar uma decisão justa e que demonstre a veracidade dos fatos.

Além do mais, observa-se que é garantido a utilização, como meio de comprovação da alienação, a gravação telefônica pelo genitor alienado na conversa do genitor alienador e a criança, assim, o judiciário pode avaliar com mais cautela se nessas conversas evidenciam a ocorrência de alienação parental.

Constatou-se também, como possível meio de prova, o depoimento sem danos, e inspeção judicial, na primeira haverá a oitiva da criança ou adolescente pelo magistrado, todos os gestos dessa criança serão analisados, sendo feita uma análise detalhada, para constatar se há ocorrência de alienação parental, já na inspeção judicial, será feito contato direto dos genitores com a criança e com o magistrado, visando esclarecer melhor ao juiz sobre o fator causador da alienação parental.

Portanto, embora constatou-se que a demonstração da Alienação Parental é demasiadamente subjetiva e muitas vezes dificultosa, haja visto a ocorrência se dar geralmente em momento íntimo familiar, foi possível atingir todos os objetivos e responder os questionamentos que foram levantados no início do artigo. Esclarecendo os meios de prova disponibilizados pela legislação pátria e colocados à disposição das partes e da justiça. Cabe

um papel ativo e cauteloso dos genitores em relação aos seus filhos, mantendo-se sempre vigilantes a qualquer sintoma ou alteração no comportamento do menor, seja uma mera alteração de animo, angústia, depressão, desinteresse social entre outros apontados.

Assim, os pais devem sempre levar em consideração os direitos da criança e do adolescente ao se divorciarem, tendo em mente que a alienação parental prejudica mais o menor do que o outro cônjuge, além de que a prática da alienação parental resultará em consequências e sanções legais. Logo, os genitores devem sempre priorizar a criança, apesar de qualquer sentimento de vingança e ódio, sendo que, os direitos fundamentais da criança e do adolescente devem sempre ser assegurados no âmbito familiar e pelo poder judiciário, para que o desenvolvimento da criança e do adolescente não seja prejudicado.

Referências

ARAÚJO, Larissa Lima. **Guarda Compartilhada**: Meio de prevenir a Alienação Parental. Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Guarabira, 2014.

BRASIL, **Lei nº 12.318/2010, de 26 de agosto de 2010** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 03 de jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 01 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 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 nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm. Acesso em: 01 de out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de jun. 2022.

BARUFI, Melissa Telles. **Alienação parental – interdisciplinaridade...** In: DIAS, Maria Berenice (Org.). Incesto e alienação parental. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental**: uma interface do direito e da psicologia. Curitiba: Juruá, 2012.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Incesto e alienação parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). A falsa denúncia de abuso sexual. 2. ed. ver. ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DELFIN, Vanessa Canabarro. **A comprovação da síndrome de alienação parental no processo judicial**. Rio Grande do Sul, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DUARTE, Marcos. **Alienação parental**: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda 1. ed. Fortaleza: Leis&Letras, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. V. 6. 6ª ed. Salvador: Editora JusPODVIM, 2014

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva. 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à lei 12.318/2010**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES, Acir de matos. **Alienação parental e suas implicações jurídicas**. IBDFAM, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 7. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**: importância da detecção. Aspectos legais e processuais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **A síndrome da alienação parental**. In Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

NETO, Álvaro de Oliveira; QUEIROZ, Maria Emília Miranda de; CALÇADA, Andreia. **Alienação parental e família contemporânea**: um estudo psicossocial. Recife: FBV /Devry, 2015.

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

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSA, Felipe Niemezewski. **A Síndrome da Alienação Parental nos casos de separações judiciais no direito civil brasileiro**. 2008. 56 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

SCHÄFER, F. **A alienação parental no âmbito da justiça brasileira**. 2019. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, Rio Grande do Sul. 2019. Disponível em: bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/6661/Fernando%20Sch%C3%A4fer.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 jun. 2022.

SILVA, Denise Maria da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

STRÜCKER, Bianca. **Alienação Parental**. Monografia final do Curso de Graduação em Direito objetivando a aprovação no componente curricular Monografia. Ijuí, 2014

SOUZA, Euclides, **Alienação Parental, Perigo Iminente**. Boletim Jurídico. 01 jun. 2003. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/27/alienacao-parental-perigo-eminente>>. Acesso em: 01 out. 2022

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação parental: sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. Leme: Mundo Jurídico, 2014.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

ANÁLISE DOS REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Maira Junqueira Reis Carvalho¹; Pablo Christian de Moro Silva²;

¹Graduanda em Curso de Direito. Centro Universitário Vale do Rio Verde (UNINCOR). maira.junqueira@aluno.unincor.edu.br ORCID (<https://orcid.org/0000-0001-9463-7544?lang=pt>)

²Professor. Centro Universitário Vale do Rio Verde (UNINCOR). professorpabloromoro@gmail.com ORCID (<https://orcid.org/0000-0002-6090-5106>)

RESUMO

O artigo científico, aborda o novo modelo de contrato de trabalho introduzido pela Lei 13.467/2017, denominado contrato de trabalho intermitente. Terá o objetivo de verificar e analisar os requisitos essenciais da relação de emprego no contrato de trabalho intermitente e analisar o contrato de trabalho intermitente em outros países, os quais de uma forma ou de outra, serviram de fontes de informação para a regulamentação deste modelo de contrato na legislação brasileira. Na pesquisa foram utilizadas doutrinas e livros sobre o Contrato de Trabalho, Direito do Trabalho e CLT, adquiridos pela autora e também daqueles disponibilizados pela biblioteca da UNINCOR e sites especializados, sendo que o método utilizado no referido trabalho foi o de pesquisas em referenciais bibliográficos em trabalhos científicos diversos que tratam do assunto, por meio de abordagem qualitativa, em conceitos como conteúdo e discurso, partindo-se de fontes confiáveis, objetivando obter instrumentos legais existentes relacionadas ao tema abordado. Por fim, ao término da pesquisa foi possível se chegar à consideração de que o tema ainda não está pacificado, inclusive sendo objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5826, 5829 e 6154, pendentes de julgamento, pois o modelo de contrato de trabalho intermitente brasileiro, para alguns doutrinadores respeitam os requisitos essenciais dos contratos de trabalho, mas em contrapartida, pelos estudos de outros nomes respeitados do direito trabalhista, a ausência de habitualidade faz com que o contrato de trabalho em estudo não possa vir a ser configurada a relação de emprego.

Palavras-Chave: contrato intermitente; relação de emprego; reforma trabalhista

ABSTRACT

The scientific article addresses the new model of employment contract introduced by Law 13.467/2017, called the intermittent employment contract. It will have the objective of verifying and analyzing the essential requirements of the employment relationship in the intermittent employment contract and analyzing the intermittent employment contract in other countries, which in one way or another, served as sources of information for the regulation of this model of employment contract under Brazilian law. In the research, doctrines and books on the Employment Contract, Labor Law and CLT, acquired by the author and also those made available by the UNINCOR library and specialized sites were used, and the method used in the referred work was the research in bibliographical references in different scientific works that deal with the subject, through a qualitative approach, in concepts such as content and discourse, starting from reliable sources, aiming to obtain existing legal instruments related to the subject addressed. Finally, at the end of the research, it was possible to reach the conclusion that the issue has not yet been pacified, including being the object of Direct Actions of Unconstitutionality (ADIs) 5826, 5829 and 6154, pending judgment, since the employment contract model intermittent Brazilian, for some scholars they respect the essential requirements of employment contracts, but on the other hand, through the studies of other respected names in labor law, the absence of habituality means that the employment contract under study cannot come to be configured as a relationship of job.

Keywords: intermittent contract; employment relationship; labor reform

INTRODUÇÃO

No ordenamento *justralhista* brasileiro é possível identificar diversos modelos de contratação, sendo que no presente artigo será abordado um desses modelos, qual seja, o

contrato de trabalho introduzido pela Reforma Trabalhista ocorrida em 2017, denominado contrato de trabalho intermitente, sendo uma contratação especial e diferenciada, inserida na legislação Brasileira pela Lei 13.467/2017.

A reforma trabalhista veio com o objetivo de modernizar a legislação brasileira, trazendo uma ideia de flexibilidade na contratação, na redução dos custos para as empresas empregadoras e na ampliação nas faculdades de chefia na gestão da mão de obra. Neste liame surgiu o contrato de trabalho intermitente.

Para que se entenda a nova modalidade, primeiramente apresenta-se o significado da palavra intermitente, como explicitado no Dicionário Aurélio de Português (INTERMITENTE, 2015 p.434): “ Adjetivo que para e recomeça por intervalos: trabalho intermitente. Com interrupções, e suspensões não contínuo”.

No contrato de trabalho intermitente há o vínculo de emprego, com jornadas e salários variáveis, conforme a necessidade do empregador, tendo como objetivo, a retirada do empregado do *informalismo*, e a possível redução do índice de desemprego no país.

Nesse contexto inicia-se a pesquisa bibliográfica analisando o contrato de trabalho intermitente brasileiro e a presente regulamentação no ordenamento jurídico.

Logo depois passa-se a verificar um dos pontos fundamentais do Contrato de Trabalho Intermitente, os requisitos da relação de emprego, e se eles são atendidos no contrato em questão.

Por último, o objetivo da presente pesquisa será verificar a experiência internacional na adoção de contratos intermitentes e breves apontamentos comparativos com o modelo brasileiro.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Contrato de trabalho intermitente brasileiro

A modalidade contrato de trabalho intermitente foi inserida à legislação trabalhista brasileira em 2017 durante a chamada Reforma Trabalhista. Foi então promulgada a Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017), a qual trouxe várias e relevantes mudanças para as condições de emprego no Brasil. Nota-se que foram revisadas centenas de dispositivos da CLT (BRASIL, 1943) com o objetivo de modernizar e flexibilizar a legislação vigente até então. Dentre as

mudanças talvez a inserção do contrato de trabalho intermitente seja a maior inovação da Reforma, pois ela buscou flexibilização, a redução dos custos empresariais e a facilidades patronais na gestão de mão de obra (FERNANDES, 2017, p.1).

A Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017) acrescentou algumas alterações na CLT, como no caput do artigo 443 da CLT, onde inseriu o trabalho intermitente, no seu § 3º estabeleceu o conceito da modalidade e acrescentou o artigo 452-A da CLT (BRASIL, 1943) onde veio regulamentando todo o trabalho intermitente.

Sendo assim pode-se verificar que toda a matéria acerca do Trabalho Intermitente existente na CLT (BRASIL, 1943) encontra-se regulamentada por meio dos artigos 443 e 452A.

Para Leonardo Aliaga Betti (2022), “o contrato de trabalho intermitente é uma das grandes – e mais controvertidas – novidades introduzidas pela reforma trabalhista brasileira de 2017”.

Ele ainda acrescenta que:

a flexibilidade desse tipo de contratação é também a melhor forma de defini-la, pois pelo pacto intermitente brasileiro, contrata-se apenas na exata medida das necessidades do empregador, seja ela em horas, dias ou meses; ao mesmo tempo, remunera-se tão somente o trabalho, não mais que isso, de modo que o tempo de inatividade do trabalhador é simplesmente descartado pelo empregador”. (BETTI, 2022, p.103)

Leonardo Aliaga Betti (2022), portanto entende que a contratação de empregados para esta modalidade de contrato intermitente é flexível, no sentido de se contratar conforme a demanda e a necessidade da empresa. O empregador só irá remunerar o trabalho no período em que o empregado for convocado e aceitar; porém o tempo que este ficar na espera da convocação não receberá absolutamente nada.

2.2 Conceito

O conceito da modalidade de contrato de trabalho intermitente de prestação de serviços é definido no § 3º do artigo 443, da CLT (BRASIL, 1943, p. 83), como segue:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. (...) § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Dessa forma, “o trabalho intermitente pode ser descrito como aquele no qual a prestação de serviços não é contínua, embora com subordinação. O contrato de trabalho intermitente é um contrato por tempo indeterminado e sem jornada definida”. (D’AMORIM, 2018, p.31)

No entanto, é uma modalidade empregatícia pois está normatizada na CLT, e nos dizeres de Homero Batista da Silva (2017), se trata de um contrato atípico que não serve para conceituar a relação de emprego como um todo.

Esta atipicidade vem justamente devido a alternância dos períodos de prestação de serviços e do período de inatividade. Homero Batista da Silva (2017) ainda ressalta que o fato de o empregador supostamente ter a possibilidade de convocar seu empregado - intermitente- apenas em ocasiões eventuais não implica concluir que qualquer trabalhador agora possa ser considerado empregado mesmo prestando serviços eventualmente (ainda que presentes os demais elementos caracterizadores da relação de emprego).

Homero Batista da Silva esclarece a questão:

Não se argumente que a reforma trabalhista eliminou o conceito de habitualidade para a configuração do vínculo de emprego, pelo fato de ter inserido na legislação brasileira a figura do contrato de trabalho intermitente, ou contrato-zero como chamam os ingleses de fato, a relação intermitente admite a prestação ocasional de serviços, à luz dos art. 443, parágrafo 3º, e art. 452-A, ambos introduzidos na CLT pela Lei 13.467/2017. A ineventualidade continua sendo marca definidora do contrato de trabalho (SILVA, 2017, p.47).

Valdete Severo e Jorge Souto Maior seguem a linha distinta. Segundo eles:

Com essa regra (que introduz modelo empregatício que não pressupõe o desempenhado de trabalho não – eventual) sepultamos de vez a confusão que parte da doutrina faz entre a continuidade/intermitência/eventualidade e a caracterização de um vínculo de emprego. A relação de trabalho subordinado à estrutura da empresa, contínuo ou não, é de emprego. Então, não eventual é o trabalho necessário à consecução dos objetivos da empresa, tal como o define Ribeiro Vilhena, sendo irrelevante a quantidade de dias ou horas em que o trabalho é prestado. (SEVERO E MAIOR, 2017, p.68)

Nesse sentido pode-se observar que os trabalhadores eventuais continuam não sendo empregados e ao contrário do que pensam, os trabalhadores intermitentes, mesmo que trabalhando de forma eventual podem a ser considerados empregados. E “o que qualifica e distingue estes últimos é a perspectiva de serem chamados algumas ou várias vezes, de modo intermitente” (BETTI, 2022, p.109).

Dessa forma vale destacar que o trabalho intermitente é aquele em que o empregado/trabalhador, embora subordinado ao empregador/empresa, não tem habitualidade na sua prestação de serviço, ou seja, a prestação sempre ou quase sempre ocorre com alternância entre períodos de trabalho e períodos de inatividade, podendo ser determinados em horas, dias ou meses, dependendo da necessidade do empregador e independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador. A única exceção prevista na CLT (BRASIL, 1943) é o trabalho dos aeronautas que é regida por uma legislação própria, portanto não cabendo ser contratados por contrato de trabalho intermitente.

Na modalidade de contrato de trabalho intermitente haverá a formação do vínculo de emprego caso haja a remuneração do empregado de acordo com o período que é convocado para a prestação do serviço contratado. O empregado será convocado de acordo com a demanda do empregador e este remunerará o empregado com base nas horas efetivamente trabalhadas. Caso o empregador não convoque o empregado ele não receberá nada neste período em que fica à disposição do empregador. Sendo assim, o empregado não terá a garantia mínima de remuneração.

Outro ponto importante é que neste período de inatividade o empregado pode prestar serviços de qualquer natureza a outras empresas ou tomadores de serviço mesmo que a atividade exercida seja diferente da primeira, podendo ser através de um contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho. Portanto “o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes”, tal como dispõe o parágrafo 5º do artigo 452-A da CLT (BRASIL, 1943, p. 65), que como se vê completa o conceito do novo contrato”

O trabalhador intermitente difere-se dos outros por perder a previsibilidade sobre sua vida futura e por perder a perspectiva de receber remuneração enquanto aguarda a convocação.

Assim com base no que foi examinado pode-se observar que o contrato de trabalho intermitente é uma modalidade de contrato de emprego atípica previstas nos artigos 443, § 3º e 452 A, §5º da CLT (BRASIL, 1943), com características próprias em relação as outras modalidades contratuais também previstas no ordenamento brasileiro.

2.3 Requisitos da relação de emprego

Em se tratando de relação de emprego e de acordo com Sérgio Pinto Martins (2018, p.

175), “o objeto direto do contrato de trabalho é a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, mediante ao pagamento de salário”. Ele ainda diz que “o trabalho autônomo prestado a uma pessoa física ou jurídica não gera o contrato de trabalho, pois não há o elemento subordinação”.

Nota-se então que o objetivo do trabalho é de um lado o empregado prestar o serviço para o qual foi contratado e do outro lado o empregador pagar uma quantia em dinheiro que foi combinado entre as partes no momento da contratação.

Para que haja a relação de emprego exige-se segundo Henrique Bezerra Leite (2020, p. 290) “ a presença conjunta de todos os elementos essenciais. A ausência de pelo menos um deles descaracteriza a relação empregatícia”. Sendo assim, para que se caracterize a relação é fundamental preencher os seguintes requisitos: continuidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade.

2.3.1 Continuidade ou não eventualidade no contrato de trabalho intermitente

Para que fique claro o entendimento, há diferença entre continuidade e não eventualidade. “Não eventual” é o mesmo que “habitual” e não se confunde com “continuidade”. Um exemplo seria aquele empregado que executa um trabalho em apenas 2 dias da semana, mas habitualmente, porém, não de forma contínua, ou seja, ininterrupta.

A continuidade na relação de emprego, diz Sérgio Pinto Martins (2018, p.175) que: “O trabalho deve ser prestado com continuidade. Aquele que presta serviço eventualmente não é empregado”.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1990, p.134) afirmam, com propriedade, “que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, de duração”.

Já Fernando Cesar Teixeira França (2017) defende que aquele empregado que presta serviço em carácter eventual, não é considerado empregado, mesmo preenchendo os demais requisitos da relação de emprego como pessoalidade e subordinação. Ainda sustenta o autor que “o texto coloca o trabalhador intermitente em uma posição ontológica de imprevisibilidade, mas mantém a essência da relação de emprego sem alterar a redação do art. 3º da CLT (BRASIL, 1943, p.1) “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Sendo assim a prestação de serviços numa relação de emprego deverá ser habitual. Para

D'Amorim (2018) a maior parte dos autores acreditam que o contrato de trabalho intermitente afasta ou acaba flexibilizando o requisito da não eventualidade nas relações de emprego.

Furtado (2017) alega que o contrato de trabalho intermitente está em contradição com o conceito da não eventualidade, um dos requisitos essencial para o contrato de trabalho, pois não seria possível considerar não eventual um contrato em que há horas, dias, semanas e meses sem a prestação do serviço.

D'Amorim (2018) então questiona se o caráter não eventual da relação de emprego estaria ausente no contrato de trabalho intermitente. Se está configurada a relação jurídica de emprego no modelo previstos pela legislação brasileira referente a modalidade contrato de trabalho intermitente. E por último se há necessidade de uma maior regulamentação quanto a este aspecto.

2.3.2 Subordinação no contrato de trabalho intermitente

A subordinação é quando o trabalhador exerce sua função baseada no poder diretivo de seu empregador – chefe.

De acordo com Raissa Rego Mendes (2020, p.30) “a doutrina é unânime ao entender que a subordinação é um elemento essencial, sem o qual não existiria a relação de emprego. O empregado recebe ordens e tem o seu trabalho supervisionado pelo empregador”.

Também observando o que Sergio Pinto Martins (2018, p.176) expõe, fica claro que “o empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. O trabalhador autônomo não é empregado justamente por não ser subordinado a ninguém, exercendo com autonomia suas atividades e assumindo os riscos do negócio”.

Percebe-se que há o trabalhador subordinado e outro que não é subordinado.

De acordo com a legislação vigente no § 3o do artigo 452-A da CLT (BRASIL, 1943, p.1) ”a recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente”.

D'Amorim (2018) relata que o trabalho intermitente é considerado trabalho subordinado. Entretanto é admitida a recusa da convocação pelo empregado o que não será considerado uma insubordinação, ou seja, o empregado tem a opção de se recusar a atender a convocação do empregador. Por outro lado, ocorre que a subordinação é decorrente de qualquer contrato de trabalho, e na relação de emprego clássica, em que a insubordinação pode levar a

dispensa por justa causa, no trabalho intermitente o trabalhador tem a liberdade de aceitar ou não o chamado para a prestação do serviço, ou seja, ela está condicionada à aceitação da convocação do empregador.

2.3.3 Onerosidade no contrato de trabalho intermitente

Sobre a onerosidade, pode-se dizer que o contrato de trabalho não será de forma gratuita, mas sim remunerado. O empregado presta serviço ao empregador e este tem a obrigação de pagar pelos serviços prestados, sendo que o primeiro tem o direito de receber o salário pactuado em troca da sua prestação do serviço, Sergio Pinto Martins (2018).

Para Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p.297) “o empregado tem que receber remuneração, seja salário fixo, comissões ou utilidades, cujo pagamento pode ser estabelecido por dia, hora ou mês. O trabalho prestado de forma gratuito, voluntário, por caridade, não é protegido pelo direito do trabalho”.

Em se tratando do trabalho intermitente, o empregado também receberá o pagamento pelo período trabalhado. Betti (2022) relata que “dentro da largueza de possibilidades que a prestação de serviços (em horas, dias ou meses) pode ser pactuada pela modalidade intermitente (CLT, art. 443, § 3º), também a forma e a periodicidade dos respectivos pagamentos comporta elasticidade”. Ao fixar o modo dos pagamentos no contrato intermitente, o legislador dispõe no § 6º do art. 452-A da CLT (BRASIL, 1943, p.65), que:

§ 6º Na data acordada para o pagamento, observado o disposto no § 11, o empregado receberá, de imediato, as seguintes parcelas

I - remuneração; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - décimo terceiro salário proporcional; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - repouso semanal remunerado; e (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

V - adicionais legais. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

O pagamento será na data acordada entre o empregado e o empregador, ou seja, o empregado sendo contratado para prestar serviços por algumas horas de um dia, ou por alguns dias numa semana, fará jus ao pagamento ao final do período trabalhado, sendo que no primeiro caso será o próprio dia trabalhado e no segundo ao final dos dias pactuados, Betti (2022).

Também diz (D'AMORIM, 2018, p.34) que juntamente com o pagamento do dia ou período pactuado “o empregado receberá de imediato as seguintes parcelas: remuneração, férias

proporcionais acrescidas de 1/3, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais”. O empregador deve recolher a contribuição previdenciária do empregado além do depósito do FGTS com base nos valores pagos.

Outro ponto importante a ser tratado é sobre o período de inatividade, aquele em que o empregado fica aguardando a convocação e não recebe nada. A CLT (BRASIL, 1943, p.85) deixa claro que “o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes” sendo que não receberá remuneração durante este período inativo. Porém no § 5º do artigo 452-A da CLT, foi criado um critério entre a modalidade intermitente e os contratos trabalhista em geral (que se somam tanto o tempo em que o empregado está prestando os serviços com a mera disponibilidade em prol do empregador).

Nesse sentido os Juízes Trabalhista fixaram a seguinte tese:

ENUNCIADO 89 – CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE, PERMANÊNCIA DO TRABALHADOR DENTRO OU FORA DO ESTABELECIMENTO DO EMPREGADOR POR CONVENIÊNCIA DESTE ÚLTIMO, CÔMPUTO COMO TEMPO DE SERVIÇO. No contrato de trabalho intermitente, a teor do artigo 452-A, § 5º, da CLT, os períodos que o trabalhador permanecer dentro ou fora do estabelecimento do empregador para atender interesses, conveniências ou no aguardo de instruções deste último serão computados como horas ou frações efetivamente trabalhadas. (ANAMATRA,2018, p.46).

Sendo assim é possível afirmar caso o trabalhador intermitente sofra restrição em sua liberdade por ato do empregador mesmo que esteja em período de inatividade tem o direito de receber o tempo que ficou disponível ao empregador.

2.3.4 Pessoalidade no contrato de trabalho intermitente

Observa-se neste requisito que, de acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 293) “ O contrato de trabalho, é via de regra, *intuitu personae* com relação ao empregado, que é sempre pessoa física”, no entanto não podendo ser pessoa jurídica. Também ressalta ele que “presentes os demais requisitos da relação empregatícia, mas ausente a pessoalidade do empregado na prestação de serviços, não tem como reconhecer o vínculo de emprego”.

No trabalho intermitente não é diferente, tem que haver a pessoalidade na prestação de serviço. O que pode acontecer de acordo com D’Amorim (2018) em caso do empregado não aceitar a convocação, o empregador poderá convocar outro para preencher o posto de trabalho;

e se o primeiro recusar o chamado reiteradamente poderá deixar de ser chamado, vez que o empregador dará prioridade àqueles que costumam aceitar o chamado assiduamente.

2.3.5 Alteridade no contrato de trabalho intermitente

Sobre a alteridade, Sérgio Pinto Martins (2018, p.176) diz que “o empregado presta serviço por conta alheia”. É um trabalho sem assunção de qualquer risco pelo trabalhador. O empregado pode participar dos lucros da empresa, mas não dos prejuízos.

D’Amorim (2018) salienta que o empregador assume os riscos da atividade por ele desenvolvida e nunca o empregado. O empregado está alheio a dificuldades financeiras ou econômicas do empregador e deve receber seu salário pelo serviço prestado independentemente de qualquer dificuldade ou condição do empregador.

Essa característica está presente no próprio conceito de empregador apresentado no art. 2º da CLT (BRASIL,1943, p.1) “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Quando um empregado presta serviço por conta própria, não será considerado empregado porque certamente estará realizando apenas um trabalho, ou seja, um trabalho autônomo. Portanto nota-se que é requisito do contrato de trabalho, prestar serviço por conta alheia, por supervisão do trabalho alheio e não por conta própria.

Sendo assim, “pressupõe-se a existência do empregador, do empregado subordinado a ele e de uma relação de emprego, tipificada em um contrato de trabalho (MENDES, 2020, p.32).

França defende que no contrato de trabalho intermitente

Há uma ruptura com o conceito de empregador como aquele que assume os riscos da atividade econômica, vez que, ao submeter à prestação de serviços à exigência efetiva de demanda, transfere-se parte do risco da atividade econômica para o empregado, que passa a arcar com as susceptibilidades do negócio. (FRANÇA, 2017, p. 42)

Quer dizer que o emprego nos casos em que é convocado para suportar uma demanda, passará a arcar com as susceptibilidades do negócio, ou seja, com a imprevisibilidade do negócio.

2.4 Experiência internacional na adoção de contratos intermitentes e breves apontamentos comparativos com o modelo brasileiro

O Contrato de trabalho intermitente inicialmente foi introduzido nas economias centrais, como no Reino Unido, Estados Unidos da América e posteriormente em outros países como Itália, Espanha e Portugal. (BETTI, 2022)

De acordo com Reginaldo Melhado (apud BETTI, 2022), há três tipos de abordagem legal para efeito de comparações:

- “naturalização do trabalho intermitente sem qualquer tutela especial, como é o caso do modelo inglês;
- “regulamentação de direitos especialmente criados para o trabalho intermitente” sendo este o modelo Português;
- “limitação do contrato a partir do conteúdo teológico” – que identifica-se no modelo italiano e espanhol.

2.4.1 Modelo Inglês – Zero – hour contract.

Leonardo Aliaga Betti (2022) diz que o contrato zero-hora foi trazido pelo Reino Unido, um país precursor de medidas que impactam a sociedade mundial. A Revolução Industrial (século XVIII) tem direta relação com a introdução de modelos contratuais trabalhistas mais flexíveis, dentre eles a forma intermitente de prestação de serviço.

O contrato zero-hora passou a ter previsão legal específica em 2015 com a inserção de dois artigos, o 27A e o 27B no Employment Rights Act de 1996, onde especificaram algumas condições de trabalho a estas espécies de contratação. Pois até então a permissividade para a contratação era baseada na lógica de que o que não é proibido, é permitido, pautando na lógica de que a liberdade de contratar estaria no desejo de pactuar independentemente de qualquer previsão legal. (BETTI, 2022). Sendo assim, a principal característica deste tipo de contratação é um pacto em que o empregador não garante ao trabalhador qualquer trabalho e o prestador de serviços não é obrigado a aceitar qualquer trabalho oferecido. (BETTI, 2022) Amauri Cesar Alves diz que:

No Reino Unido, o modelo adotado, conhecido como “contrato zero hora”, é o que mais se assemelha ao que foi escolhido pelo legislador ordinário para o Brasil. Neste tipo de contrato intermitente não há qualquer garantia de prestação de serviços, nem de recebimento de salários, de modo que para alguns trata-se mais de um cadastro com dados do empregado do que de um contrato formal de prestação de serviços com subordinação. (ALVES, 2018, p. 16)

Comparando com o modelo brasileiro sob o ponto de vista do trabalhador, os dois modelos são parecidos, pois ambos têm as duas liberdades - a de contratar e a de não aceitar o trabalho. (BETTI, 2022)

Observa-se que o modelo brasileiro aparentemente copiou a realidade inglesa, tanto no sentido de que o empregador não garante qualquer trabalho, como no que se refere a possibilidade de recusa de oferta do trabalho. (BETTI, 2022)

No modelo zero hora é expressamente vedado a aplicação de cláusula de exclusividade, o que garante que o trabalhador poderá prestar serviços para vários empregadores concomitantemente. (BETTI, 2022)

Nota-se que a liberdade de contratação reconhecida pelos contratos zero hora abre a possibilidade de se pactuar este tipo de ajuste em qualquer atividade e em qualquer tempo. (BETTI, 2022)

Em relação ao trabalho zero hora, Patrícia Maeda (apud BETTI, 2022) diz haver uma discussão importante no Reino Unido acerca da própria caracterização do trabalhador como empregado – employee- ou o trabalhador geral – worker- Neste modelo, os elementos caracterizadores do vínculo empregatício são a pessoalidade, a mutualidade de obrigações e a subordinação, e havendo estes três também o contrato zero hora seriam considerados empregatícios.

Por fim é importante salientar que a maior incidência deste modelo de trabalho no Reino Unido é entre os mais jovens e em curta duração desses pactos. (BETTI, 2022)

2.4.2 – Contrato de trabalho Intermitente Português

Leonardo Aliaga Betti (2022) explica que em Portugal, por volta de 1980 começou a flexibilização do direito do trabalho, sendo que em relação ao contrato de trabalho intermitente, João Leal Amado (apud BETTI, 2022) diz que é “uma das mais flexíveis formas de emprego conhecidas pelo ordenamento jurídico laboral” foi introduzida na legislação no ano de 2008 para regular os contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos.

Com a promulgação do novo Código do Trabalho e por meio de quatro dos seus artigos, sendo os artigos 157, 158, 159 e 160, que passou a regular o contrato de trabalho intermitente

Português, definiu como “ a prestação de trabalho intercalada por um ou mais períodos de inatividade” (artigo 157). (BETTI, 2022).

Há uma diferença muito explícita do nosso modelo: ele é aplicável exclusivamente em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou com intensidade variável”. Já no modelo brasileiro não se pressupõe sequer flutuação de demanda, havendo uma permissão generalizada para o instituto, a distinção, sem dúvida alguma, parece ter a vantagem de servir de instrumento para barrar a simples substituição de trabalhadores clássicos por intermitentes, aplicando-se apenas nos casos em que comprovadamente exista variação de demanda. (BETTI, 2022) Também, Amauri Cesar Alves ressalta que:

Em Portugal, o contrato intermitente é permitido para empresas que exerçam atividade de forma descontínua ou de intensidade variável, sendo que o trabalhador tem direito a receber pelo menos 20 (vinte) por cento da retribuição base em razão do período de inatividade, ou compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de 12 Cópia ADI 5826 / DF regulamentação coletiva de trabalho. (ALVES, 2018, p. 14).

O modelo português de contratação do trabalho intermitente pode ser através de duas formas distintas de pactuação, uma chamada “ trabalho alternado” conforme a doutrina portuguesa, onde se ajusta previamente “a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado”, com a fixação de início e término de cada período de trabalho, ou ainda na modalidade do “ trabalho à chamada”, onde apenas se pactua a “antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início da prestação de serviço”. (BETTI, 2022)

Segundo Leonardo Aliaga Betti (2022) o modelo português há duas previsões a serem aplicadas, que conferem não apenas a margem mínima de previsibilidade ao trabalhador à chamada, mas também uma garantia de remuneração mínima. São elas:

“indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo” (apud BETTI, 2022).

“a prestação de trabalho pactuada não pode ser inferior a cinco meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos três meses devem ser consecutivos” (apud BETTI, 2022).

Com essas previsões é possível verificar que mesmo a imprevisibilidade da modalidade à chamada impede ao contrário do que acontece no modelo brasileiro e ao modelo zero hora , que o trabalhador pode não ser convocado e ficar sem receber sequer valor, o modelo português garante ao trabalhador pelo menos cinco meses por ano. Além de exigir uma previsão de antecedência de 20 ou 30 dias para a chamada. (BETTI, 2022)

No modelo português ainda dispõe que “durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição, em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva do trabalho”. E na falta dessa estipulação convencional, o valor deverá ser de “ 20% da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição”. (BETTI, 2022)

É garantido também ao trabalhador intermitente português o exercício de outra atividade laboral nos períodos de inatividade, porém o dever de informar o empregador de que ele exerce outra atividade. (BETTI, 2022)

Sem dúvida vale observar que o modelo português é mais benéfico do que o modelo brasileiro, pois traz “ um conjunto de garantias especiais que tornam o trabalho intermitente menos precário, cuja adoção somente pode ser conveniente para empresas que efetivamente tenham sazonalidade”. (BETTI, 2022)

Mesmo assim João Leal Amado (apud BETTI, 2022) chama de “insucesso estatístico” porque são raros os casos de contratos intermitentes, o que se deve a “ vários fatores ligados à excessiva permissividade do legislador, ao regular outras modalidades contratuais atípicas como o contrato de trabalho a tempo parcial e o contrato a termo.

2.4.3 – Intermitente Italiano

Na Itália a reforma trabalhista, iniciou no ano de 2003 com a chamada Legge Biagi. Francesca Columbu (apud BETTI, 2022) afirma que foi “ uma reforma extremamente importante para o direito italiano já que se impôs radicalmente nas relações laborais permeandoas de intensas doses de flexibilidade”, “criando inúmeras possibilidades contratuais para diversificar a admissão de mão de obra”.

Foi neste período que nasceu o contrato de trabalho intermitente italiano, o qual o trabalhador se coloca à disposição de um empregador, por tempo determinado e em caráter descontínuo, como um meio de reduzir o trabalho informal e o desemprego. (BETTI, 2022)

A regulamentação italiana traz dois tipos de contrato intermitente: um, “a chiamatta” modalidade em que o trabalhador não pactua, previamente, os períodos em que pode ser convocados, ficando a disposição da chamada do empregador. O outro é ao contrário, sendo que há a pactuação, de modo que o trabalhador conhece previamente os períodos de prestação de serviços pré-determinados durante a semana, mês ou ano e os períodos de inatividade.

(BETTI, 2022)

A lei italiana (artigo 13) também traz um marco temporal de no máximo três anos para este tipo de pactuação, com a exceção de alguns setores, como o de turismo, empresas de espetáculos, restaurantes, lanchonetes, pensionatos e similares, não se aplicando a trabalhadores com menos de 24 anos e maior de 55 anos de idade. E ainda prevê que dentro destes três anos e sendo as atividades citadas acima, será permitido trabalho em até 400 dias, sobe pena de se transformar em contrato indeterminado, sendo um emprego típico. (BETTI, 2022)

A diferença em relação ao contrato de trabalho intermitente italiano e o nosso modelo, é que no modelo brasileiro não há a previsão de marco temporal, seja quanto ao tempo de contrato, seja quanto ao número de dias em que o trabalhador pode vim a ser chamado, também não define os ramos de atividades (com exceção dos aeronautas). Tampouco há previsão de faixa etária considerando as extensivas possibilidades de contratação utilizados em geral no contrato de trabalho intermitente. (BETTI, 2022)

Para Augusto César Carvalho,

Na Itália, se o empregador optar por contratar na modalidade de contrato intermitente com garantia de disponibilidade tem o dever de pagar ao trabalhador indenização de disponibilidade ajustada mediante negociação coletiva e nunca inferior ao salário mínimo fixado pelo Ministério do Trabalho. E para evitar-se que o empregador italiano contrate pela modalidade intermitente para atividades contínuas da empresa, o legislador previu um limite de prestação de serviço por meio desse tipo de contrato, ou seja, se ultrapassado um número de horas de prestação de serviço na modalidade intermitente o contrato automaticamente transforma-se em contrato de trabalho a tempo pleno e indeterminado. (CARVALHO, 2018, p. 41).

Sendo assim outra diferença é que no modelo italiano há a necessidade de negociação coletiva como elemento identificador e a possibilidade da pactuação intermitente. Já em nosso modelo, na pactuação a falta de negociação coletiva prévia não é um empecilho para a contratação de trabalho intermitente. (BETTI, 2022)

Há duas modalidades de contratação intermitente no modelo italiano, aquela “com garantia de disponibilidade” e sua oposta “sem garantia de disponibilidade”.

Sendo a primeira, em que o trabalhador deve permanecer à disposição do empregador, ainda que não preste nenhum serviço neste período, aguardando o chamado. A lei italiana prevê uma verba mensal “com garantia de disponibilidade” paga ao trabalhador, servindo de base contributiva para previdência social. Mas caso do trabalhador se recusar injustificadamente a atender algum chamado ele sofrerá restrição, podendo ser dispensado por justo motivo além de ter que devolver o subsídio antecipado pela disponibilidade relativo ao período seguinte à

recusa. E caso seja por motivo justo a recusa do chamado, ele tem que informar o empregador que se desobriga a pagar o subsídio de garantia pelo tempo de afastamento do trabalhador.

(BETTI, 2022)

No caso da segunda, o ordenamento italiano prevê que o trabalhador fique sem receber qualquer valor no período de inatividade. (BETTI, 2022)

2.4.4 – Intermitente Espanhol

Na Espanha, o contrato intermitente é chamado de “fixodescontínuo. Trata-se de contrato por tempo indeterminado para a realização de serviços que sejam fixos, porém descontínuos, e não tenham data certa para se repetir. A regulamentação impõe que se o trabalho tem previsibilidade de data para se repetir, deve ser celebrado sob a modalidade de contrato a tempo parcial. O contrato de trabalho deve ser formal e por escrito, indicar a duração estimada da atividade, bem como a jornada e os horários de trabalho, ainda que também de forma estimada. Importante ainda registrar que a lei remete a regulamentação dos contratos intermitentes à negociação coletiva, que deverá fixar a forma de chamada ao trabalho. (ALVES, 2018, p. 14)

2.5 Análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs (5826, 5829, 6154)

Tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5826, 5829 e 6154, que questionam dispositivos da Lei 13.467/2017 que criaram o contrato de trabalho intermitente. As ADIs já tiveram um voto a favor da inconstitucionalidade da regra, pois de acordo com o Ministro Edson Fachin, neste modelo de contrato traz à tona a imprevisibilidade da relação de trabalho deixando o trabalhador em situação de fragilidade e vulnerabilidade social.

Para o relator Ministro Edson Fachin

“Em seu voto, observou que a Constituição Federal não impede, de forma expressa, a criação do contrato de trabalho intermitente. No entanto, para que essa modalidade de relação trabalhista seja válida, é necessário que se assegure a proteção aos direitos fundamentais trabalhistas, como a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo. Para o ministro, o contrato intermitente, na forma da Lei 13.467/2017, é insuficiente para proteger os direitos fundamentais sociais trabalhistas, pois não fixa

horas mínimas de trabalho nem rendimentos mínimos, ainda que estimados”. (SINAIT, 2020)

“Para o relator, a criação de uma modalidade de contrato de trabalho que não corresponda a uma real probabilidade de prestação de serviços e de pagamento de salário ao final de um período determinado e previsível representa a ruptura com o atual sistema constitucional de relações do trabalho. Fachin destacou que, segundo a lei impugnada, os direitos fundamentais sociais expressamente garantidos nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, como 13º salário, férias remuneradas e Seguro-Desemprego, ficarão suspensos por todo o período em que o trabalhador, apesar de formalmente contratado, não estiver prestando serviços”. (SINAIT, 2020)

Verifica-se, portanto que a inconstância deste modelo de contrato pode dificultar que o empregado consiga a concretização de seus direitos fundamentais trabalhistas e o planejamento financeiro de sua vida.

Também o relator chegou a conclusão que este modelo de contrato não respeita a dignidade da pessoa humana, provendo a “a instrumentalização da força de trabalho humana e ameaçando, com isso, a saúde física e mental do trabalhador, constituindo-se, por isso, norma impeditiva da consecução de uma vida digna”. (SINAIT, 2020)

3 ASPECTOS METODOLÓGICOS

O artigo de TCC, foi feito através de análise e estudos em várias doutrinas e livros, sobre o Contrato de Trabalho, Direito do Trabalho e CLT.

Contudo, o método utilizado no referido trabalho foi pesquisas em referenciais bibliográficos em trabalhos científicos que tratam do assunto, por meio de abordagem qualitativa, em conceitos como conteúdo e discurso, partindo-se de fontes confiáveis, objetivando obter instrumentos legais existentes relacionadas ao tema abordado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos estudos realizados, pode-se verificar que o contrato de trabalho intermitente não respeita todos os requisitos da relação de emprego e o torna um contrato atípico. Dentre os cinco requisitos essenciais para a caracterização desta relação ele deixa afastado o requisito da não eventualidade, sendo que a prestação de serviço não é contínua, embora com subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade.

Desta forma, verificou-se também que o tema ainda não está pacificado, inclusive sendo objeto das ADIs (5826, 5829 e 6154), pendente de julgamento, pois o modelo de contrato de trabalho intermitente brasileiro, para alguns autores, como Sérgio Pinto Martins, o trabalho deve ser prestado com continuidade, pois aquele que presta serviço eventualmente não é empregado. Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk, o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo de duração. Já para D'Amorim a maior parte dos autores acreditam que o contrato de trabalho intermitente afasta ou acaba flexibilizando o requisito da não eventualidade nas relações de emprego. E Furtado alega que o contrato de trabalho intermitente está em contradição com o conceito da não eventualidade, pois não é possível considerar não eventual um contrato em que há horas, semanas e dias sem a prestação de serviço.

Verifica-se que há correntes distintas de pensamentos, uns defendem que o modelo intermitente é constitucional porque assegura direitos como descanso semanal remunerado, recolhimentos previdenciários e férias e 13º salário (proporcionais) garantindo flexibilidade e permitindo a reinserção de uma parcela de trabalhadores no mercado. Para outros é inconstitucional porque traz uma instabilidade ao empregado, como a falta de garantia de renda fixa por prazo razoável e a desobrigação do empregador de remunerar o funcionário no tempo de inatividade e ainda contraria os princípios ou viola os direitos e garantias fundamentais assegurados em nossa Constituição Federal.

De toda forma é um modelo de contrato inserido na legislação brasileira que está em uso e utilizado por empregadores para suprir períodos de demanda, como restaurantes, bares, escolas, lojas e etc.

Por tais razões, observa-se que de fato, o trabalho intermitente não possui todos os requisitos para a relação de emprego exigidos pela Legislação Trabalhista para caracterização do vínculo de emprego, porém a intenção do legislador, foi possibilitar que o empregador, formalize o vínculo de emprego, resguardando os direitos e garantias fundamentais do trabalhador intermitente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica**, in Revista Síntese Trabalhista, vol. 29, n. 346, abril 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTICA DO TRABALHO -

ANAMATRA. XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Reforma trabalhista**: Enunciados aprovados. Brasília: 2018. Disponível em: <https://anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf> acesso em: 03 jun. 2022.

BETTI, Leonardo Aliaga. **Contrato de Trabalho Intermitente. Análise à luz do conceito de trabalho decente no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2022.

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

BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Brasília, DF: Senado Federal, 2017

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm> Acesso em 18 nov. 2022

D'AMORIM, Mariana Correia. **O Contrato de Trabalho Intermitente**. 2018. Curso de Direito Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/26304/1/Mariana%20Correia%20D%27Amorim.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2022.

FERNANDES, Paulo Roberto. A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado. **Os Trabalhistas**. 2017, Disponível em: <<https://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-dopl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado>> Acesso: 03 mai. 2022

FRANÇA, Fernando Cesar Teixeira. **Novidades do Contrato de Trabalho na Reforma Trabalhista**. In MONTEIRO, Carlos Augusto; GRANCONATO, Márcio (Org.). Reforma Trabalhista. São Paulo: Foco, 2017.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Reforma Trabalhista e o Trabalho Intermitente: O Tiro de Misericórdia na Classe Trabalhadora**. In: BRAGHINI, Marcelo (Org.). Reforma Trabalhista. Flexibilização das Normas Sociais do Trabalho. São Paulo: DLTR, 2017.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

INTERMITENTE. *In* Mini **Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. rev. atual – Curitiba: Positivo, 2010

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, **Curso de Direito do Trabalho**, 12. ed. 2020, Disponível em: <file:/C:/Users/Maira/Downloads/artigo-andre-trindade-jardim-finalizado-e-corrigidoliberado-para-a-publicacao%20(1).pdf> acesso em: 15 jun.2022.

MARTINS, Sérgio Pinto, **Direito do trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2018.

MENDES, Raissa Rego. **O Contrato de Trabalho Intermitente e a Reforma Trabalhista**. Curso de Direito da Pontífica Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020, p. 43. 2020. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1199/1/Artigo%20%20Raissa%20Rego%20Mendes.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2022.

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Manual da Reforma Trabalhista: pontos e contrapontos**. Porto Alegre – São Paulo: AATSP e Editora Sensus, 2017

SILVA, Homero Batista. **Comentários à Reforma Trabalhista**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017

SINDICADO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO – SINAIT, **TRABALHO INTERMITENTE É INCONSTITUCIONAL E RISCO À SAÚDE DO TRABALHADOR**, Disponível em: < <https://www.sinprodf.org.br/trabalho-intermitente-e-inconstitucional-e-risco-a-saude-do-trabalhador/>> Acesso em: 01 dez 2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA COMO PRÁTICA ABUSIVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Jaíne Alves da Silva¹; Prof. Esp. Edson Camara de Drummond Alves Junior²

¹Graduanda do Curso de Direito. Unincor. Jaíne.alves@aluno.unincor.edu.br. <https://orcid.org/0000-0002-4835-994X>

²Professor graduado em Direito/Especialista, Unincor. Prof.edsonjunior@unincor.edu.br. <https://orcid.org/0000-0001-5817-153X>

RESUMO

O presente artigo visa conceituar a prática da obsolescência programada, trazendo as mudanças no mercado de consumo ao longo do tempo, analisando seus tipos e como estes incidem sobre o Código de Defesa do Consumidor. O estudo foi baseado em pesquisa bibliográfica qualitativa, utilizando-se de doutrinas, artigos já publicados, jurisprudência e legislação pertinente ao tema. Inicialmente, analisar-se-á o conceito de Direito do Consumidor e o surgimento deste, seguido da definição de obsolescência programada e seus diferentes tipos, demonstrando como estes incidem sobre o CDC como prática abusiva, abordando a hipossuficiência do consumidor frente ao mercado de consumo. Por fim, serão demonstrados os dispositivos normativos que visam escudar o consumidor frente a prática da obsolescência.

Palavras-Chave: Obsolescência Programada. Prática Abusiva. Proteção ao Consumidor.

ABSTRACT

This article aims to conceptualize the practice of programmed obsolescence, bringing changes in the consumer market over time, analyzing its types and how they affect the Consumer Defense Code. The study was based on qualitative bibliographic search, using doctrines, articles already published, jurisprudence and legislation relevant to the topic. Initially, the concept of Consumer Law and its emergence will be analyzed, followed by the definition of programmed obsolescence and its different types, demonstrating how they affect the CDC as an abusive practice, addressing the consumer's hyposufficiency in the consumer market. Finally, the normative devices that aim to shield the consumer from the practice of obsolescence will be demonstrated.

Keywords: Scheduled obsolescence. Abusive Practice. Consumer protection.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual presenciou inúmeras transformações ao longo dos anos, boa parte destas se deu em relação à indústria e ao modelo consumerista que impulsiona o mercado e gera lucro aos fornecedores e empresas.

Diante da reorganização, implantando táticas visando o aumento do consumo surgiu a estratégia denominada obsolescência programada, que consiste na redução proposital da vida útil de um produto, o produzindo de maneira que venha a falhar ou mesmo perder sua serventia em um curto espaço de tempo.

Isto posto, objetiva-se com o presente artigo demonstrar de que modo a obsolescência programada se constitui como prática abusiva frente ao ordenamento pátrio, demonstrando a violação ao princípio da boa-fé objetiva, analisando as práticas instauradas e demonstrando a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor ante a situação e a necessidade de

dispositivos normativos que visem prevenir e proteger aqueles que possuem seus direitos violados.

Justifica-se a realização do presente artigo com base na observação do consumo exagerado, bem como a tutela do consumidor frente às práticas abusivas perante a Lei Consumerista, compreendendo o que é necessário para que a parte vulnerável tenha seus direitos resguardados, considerando que a proteção ao consumidor se trata de um direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Deste modo, o presente estudo se respalda no fato de que a obsolescência programada fere dispositivo constitucional bem como a transparência em relação ao que é comercializado e colocado à disposição dos consumidores.

Na realização deste, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, qualitativa, orientando-se em autores renomados, jurisprudência e artigos já publicados que versem sobre o assunto, empregando-os de maneira conjunta para melhor entendimento.

Analisar-se-á primeiramente o que é o Direito do Consumidor e por qual motivo este surgiu, seguido do conceito de “obsolescência programada” e o pretexto pelo qual tal prática é utilizada no mercado de consumo; passando-se a observação dos diferentes tipos de obsolescência e nos modos que cada uma é aplicada a fim de influenciar o comprador, sendo, ao final, apresentado como a obsolescência programada se caracteriza como prática abusiva à luz do disposto pelo Código de Defesa do Consumidor, demonstrando a fragilidade do consumidor e sua hipossuficiência em relação ao mercado de consumo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O que é o Direito do Consumidor

A sociedade está sempre em desenvolvimento, desde os primórdios da humanidade o consumo esteve presente, segundo Aquino et. al. (1982, p. 121), após a Revolução Industrial, no século XVIII, esse consumo cresceu gradativamente, sendo um marco para a modernização ocidental.

Com a crescente inovação, as sociedades passaram a se desenvolver de maneira gradativa, surgindo a necessidade normativa para disciplinar tal avanço, conforme discorre Xavier (2016, p. 2)

(...) Vivemos em uma comunidade consumerista, e por isso que devemos estar sempre atentos aos nossos direitos e deveres. Em razão do aumento da oferta e demanda de produtos e serviços, notadamente tivemos uma ampliação exorbitante das relações negociais. Começamos, então, a observar a necessidade de criação de institutos que fossem capazes de dirimirem conflitos advindos dos atos negociais ocorridos entre consumidores e fornecedores. (...) A proteção e defesa do consumidor tiveram acento na Constituição da República de 1988, não sendo ponderada em Constituições anteriores. Em suas prescrições podemos notar a determinação da competência do Estado em promover, na forma prevista em Lei, a defesa do consumidor.

A proteção ao consumidor possui viés constitucional, classificada como garantia fundamental, prevista no artigo 5º, inciso XXXII (BRASIL, 1988, p. 3) da Magna Carta, cabendo ao Estado, na forma da lei, promover tal defesa.

Conceituado pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, pode-se definir consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviços como destinatário final (BRASIL, 1990, p. 1)”. Assim, o CDC é o conjunto de princípios jurídicos e regras que regulam as relações de consumo de bens ou serviços.

Parafraseando Maria Helena Diniz (1995, p. 459), citando Del Vecchio, relação de consumo consiste no vínculo entre pessoas, existindo somente quando os sujeitos praticarem certas ações atinentes ao caráter moral das normas aplicáveis à situação. Desta forma, a relação de consumo é formada pelo conjunto dos elementos presentes nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 1).

Fornecedor pode ser pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, nacional ou estrangeira, sendo possível verificar a conceituação deste no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 1)

(...) toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (Artigo 3º, Lei Federal 8.078/90).

Cabe ressaltar que, a pessoa que atuar de forma isolada, uma única vez, ou até esporadicamente, com ou sem intuito de lucro, não poderá ser caracterizada como fornecedor, haja vista a necessidade do desenvolvimento de atos coordenados que visam uma finalidade específica, como, por exemplo, alguém que após anos de uso de um veículo resolve vendê-lo, não poderá ser enquadrado como fornecedor. No mesmo sentido, é possível destacar a lição de Azevedo (2009, p. 400) “para que haja atividade, há necessidade: (i) de uma pluralidade de atos; (ii) de uma finalidade comum que dirige e coordena os atos; (iii) de uma dimensão temporal, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo”.

Ante o exposto, parafraseando Tartuce e Neves (2021, p. 67), para que exista, portanto, a relação é preciso que haja elementos subjetivos (o consumidor e o fornecedor) e elementos objetivos (o produto ou o serviço), sendo que a falta de qualquer um destes enseja na descaracterização da relação, afastando a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Deste modo, finda-se o presente tópico, reiterando a necessidade imprescindível dos elementos subjetivos e objetivos para a formação da relação de consumo e, por conseguinte, para que o CDC possa ter aplicabilidade sobre esta. A ausência de qualquer dos elementos mencionados ensejará para a caracterização da relação em apenas como jurídica comum, aplicando-se, neste caso, as normas do Código Civil.

2.2 O que é Obsolescência Programada

Também chamada de “obsolescência planejada”, consiste na diminuição da vida útil dos produtos/serviços de maneira proposital, aumentando assim a demanda e obrigando os consumidores a adquirirem um novo produto/serviço em um espaço menor de tempo. Todo produto fabricado vai em algum momento se tornar obsoleto, contudo, de forma natural, a prática da obsolescência é justamente reduzir a vida útil destes produtos, de maneira planejada, estimulando o consumo repetitivo.

É importante destacar a diferenciação entre a simples obsolescência e a obsolescência programada. A primeira se refere a diminuição da vida útil através de fatores naturais, já a segunda, trata da diminuição da vida útil por influência externa, ocorrendo de maneira proposital, forçando sua substituição.

Neste sentido, conforme Vio (2004, p. 193), a obsolescência programada consiste na “redução artificial da durabilidade de um bem de consumo, de modo a induzir os consumidores a adquirirem produtos substitutos dentro de um prazo menor e, conseqüentemente, com uma maior frequência, do que usualmente fariam”.

Tal situação desrespeita a utilidade do produto, esta, que segundo Neves (2013, p. 01-18) é classificada por sua composição fática (qualidade na fabricação); propósito funcional (a durabilidade da necessidade que visa atender); cuidados em seu uso e, por fim, a capacidade do produto em atender as necessidades do usuário.

A obsolescência programada é utilizada como tática de comercialização, sendo popularizada e utilizada por vários fabricantes, visando assim maximizar os lucros e a demanda. Silva (2018, p. 11), ao citar a obra “*The Waste Makers*”, de Packard, destaca as estratégias mais utilizadas, sendo estas: a indução a compra de mais de um produto (figura 1), produzindo novas

categorias de algo que realize a mesma função; promoção do descarte de produtos para que novo sejam adquiridos; apoiar o acesso ao crédito, estimulando o consumo (figura 2); ofuscar o valor real dos produtos, omitindo informações determinantes para a decisão do consumidor; incitar o prazer pela posse de bens materiais; influenciar o aumento populacional, aumentando consequentemente o número de consumidores.

Figura 1 – Oferta promocional (2018)



Fonte: Facebook.com/MinasShopping.

Figura 2 – Propaganda (s.d.)



Fonte: Tudosobreprodutos.com.br

Desta maneira é possível verificar que a redução da vida útil de um produto enseja induzir o consumidor a realizar uma nova compra, seja pelos vícios que começam a aparecer, pela falta de peças para reparação ou até mesmo pelo lançamento de uma nova versão do produto, provocando o descarte antecipado, gerando assim uma alta taxa de desperdício, sendo que em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC, 2014) e a *Market Analysis*, verificou-se que 81% dos brasileiros preferem adquirir um novo aparelho de celular, cujo antigo possui menos de três anos de uso, do que recorrer à assistência técnica.

O processo de industrialização, trouxe, como consequência diversas modificações quanto ao oferecimento de produtos, colocando no mercado produtos “adulterados”, induzindo o consumidor a adquirir outro artigo devido à baixa durabilidade, haja vista o processo de produção estratégico, já premeditando o descarte antes mesmo da compra. Desta feita, em relação ao consumidor, é negligenciada a preocupação com a parte hipossuficiente, ignorando direitos e maximizando lucros. Como já poetizado por Humberto Gessinger (2002) “satisfação

garantida, obsolescência programada. Eles ganham a corrida, antes mesmo da largada”.

Deste modo, passa-se a análise de cada tipo de obsolescência.

2.2.1 Tipos de Obsolescência

2.2.1.1 Obsolescência de Função

Caracterizada pelo lançamento de um novo produto, cuja promessa é executar a função de maneira superior aos antigos, desta forma, o anterior é visto como obsoleto quando comparado ao lançamento. Isto se deve ao avanço tecnológico, permitindo que o mercado receba produtos que oferecem maior tecnologia e eficiência, moldando a sociedade a se tornar cada vez mais consumerista. Parafraseando Polidoro (2018, p.45) ao citar Slade, esta categoria surgiu basicamente na década de 1910, quando os carros de partida elétrica foram desenvolvidos, tornando os outros modelos ultrapassados e substituídos rapidamente.

De acordo com Pavão (2003, s.p.):

Esta forma de obsolescência é a mais louvável, haja vista a criação de produtos novos que executam de maneira superior a função designada, por exemplo, um medicamento que não produza mais efeitos colaterais para uma dada doença, tem por consequência a melhora na qualidade de vida do indivíduo que necessita da droga.

Nos dias atuais, verifica-se a utilização deste tipo de obsolescência principalmente no setor tecnológico, em suas mais diversas áreas, sendo comum as empresas aguardarem o momento oportuno, tais como “Natal” e “Dia das Mães”, sendo épocas de alta demanda consumerista, para realizar o lançamento dos produtos.

É preciso ressaltar que, embora o artigo 12, §2º do CDC (BRASIL, 1990, p. 4) dispõe que um produto não será considerado defeituoso caso um de melhor qualidade seja colocado no mercado, a prática da obsolescência programada é considerada como abusiva, ainda que seja de difícil identificação.

Sob essa perspectiva, destaca Bergstein (2013):

Assim, a partir de uma análise tecnológica da norma, conclui-se que, na hipótese de serem lançadas novas versões ou edições de produtos, os fornecedores deverão oferecer meios para aqueles que anteriormente adquiridos pelos consumidores permaneçam funcionando adequadamente até que precisem ser descartados em função de seu desgaste natural. As técnicas empregadas para burlar esta regra é que caracterizam a prática ilícita da obsolescência programada.

Inúmeros são os exemplos que podem ser citados nesse caso, um dos mais comuns é o avanço dos telefones celulares, estes eram basicamente utilizados para realizar ligações e tão raramente para o envio de mensagem (os chamados SMS), sendo que a evolução os transformou nos *smartphones*, que possuem funções capazes de oferecer desde a realização de ligações até serviços bancários. No entanto, as empresas muitas vezes realizam poucas modificações em relação ao produto que está sendo lançado e o já disponibilizado no mercado.

2.2.1.2 Obsolescência Psicológica

Este tipo de obsolescência possui caráter subjetivo vez que o consumidor é convencido pelas estratégias de marketing, não importando que o produto esteja em plenas condições de uso, as campanhas publicitárias passam a empregar o produto antigo como defasado e insatisfatório, instigando o desejo de adquirir algo novo. A abusividade se vale da ignorância do consumidor, vez que este é convencido a substituir seus bens cada vez mais rápido, acreditando que, de fato, precisa consumir.

É neste ponto que a propaganda e o marketing se tornam a peça chave para induzir ao consumo, conforme Polidoro (2018, p.43) ao mencionar Packard, sendo que o primeiro caso conhecido ocorreu na década de 1920, nos Estados Unidos, sendo aplicados pelos produtores de carros, se expandindo rapidamente para as indústrias de relógios e rádios.

A propaganda é a responsável por aproximar o produto do consumidor, instigando-o e persuadindo, criando uma demanda até então inexistente, para tanto, são utilizadas todas as técnicas possíveis, vinculando o público a publicidade.

Dentre os vários exemplos, é possível destacar o setor da moda, pois este se encontra em constante mutação, substituindo os saltos grossos por finos, o comprimento na barra de saias e vestidos e colocando em alta cores de acordo com a temporada ou estação.

De acordo com Bauman (2008, p. 31):

Nos mercados de consumidores-mercadorias, a necessidade de substituir objetos de consumo “defasados”, menos que plenamente satisfatórios e/ou não mais desejados está inscrita no design dos produtos e nas campanhas publicitárias calculadas para o crescimento constante das vendas. A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem).

Embora este não esteja ligado a qualidade, é importante para o setor industrial manter um mercado ativo e cativar os consumidores, convencendo-os de que o lançamento se refere a uma nova tendência, o que para Leonard (2011, p. 177):

A publicidade está tão sofisticada que já não se dedica mais a destacar os produtos por suas qualidades ou características, mas os diferencia de tantos outros que existem no mercado com base na imagem a qual ele se associa. Já não é mais necessário informar sobre o produto, dizer para que serve ou a quem se destina, basta associá-lo a uma ideia, estilo de vida, status social ou público pré-estabelecido.

Partindo da visão produtiva, esta técnica é mais vantajosa para o setor industrial, se comparada a obsolescência de função, uma vez que o valor a ser investido é menor e a demanda é alta, já que os consumidores são persuadidos a trocar seus produtos simplesmente por uma questão de estilo.

2.2.1.3 Obsolescência de Qualidade

Refere-se a qualidade do produto ofertado, para que a durabilidade deste seja mínima, se desgastando mais rápido ou quebrando com facilidade. Como aduz Vanessa Polidoro (2018, p. 47) ao referenciar Packard:

A obsolescência programada de qualidade refere-se a prática da indústria que deliberadamente reduz a vida útil dos produtos para que os consumidores adquiram novas unidades. A abreviação na durabilidade pode ocorrer pela introdução de estratégias ou técnicas para que o produto deixe de funcionar antes do tempo que ele poderia durar ou mesmo pela baixa qualidade dos materiais empregados na fabricação da mercadoria.

Iniciada no final do século XIX (POLIDORO, 2018, p. 37), através da redução da durabilidade das lâmpadas elétricas, nesta categoria é essencial a fiscalização durante a fabricação haja vista poder ser considerada como a mais prejudicial ao consumidor, uma vez que a qualidade é o que garante a segurança ao destinatário, destacando-se o “princípio da precaução”, que visa não somente prevenir a ocorrência das condutas indesejáveis e causadoras de danos, mas amparar com eficiência os consumidores.

Conforme Macedo (2020), um exemplo marcante desta foi o caso ocorrido em 2003, nos Estados Unidos, com os consumidores do chamado “iPod”, da Apple, situação em que o aparelho fora fabricado com a bateria acoplada e programada para funcionar pelo prazo máximo de dezoito meses, tal questão chegou ao Judiciário, através de ação coletiva, onde fora decidida a substituição de todas as baterias dos aparelhos vendidos até maio de 2004, bem como o aumento da garantia destes.

Este tipo pode manifestar-se de duas maneiras, sendo a primeira em produtos cujo vício não pode ser superado através do conserto do produto, tendo como exemplo os *smartphones* que não oferecem acesso à bateria, ou que as peças para a devida reparação não estão

disponíveis no mercado. A segunda maneira dispõe sobre os produtos cujo conserto possui um valor econômico exacerbado, ainda que as peças para reposição estejam disponíveis, a compra delas se torna inviável.

2.3 Incidência do Código de Defesa do Consumidor quanto à obsolescência programada

O abuso de direito é considerado como preocupante frente à legislação normativa, criando-se assim uma camada de proteção ao consumidor através da chamada responsabilidade civil. O Código Civil (BRASIL, 2002, p. 16) dispõe, em seu artigo 187, o conceito de abuso de direito, considerando como ato ilícito aquele que, exercido por um titular de direito, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, bem como a boa-fé ou os bons costumes.

O Capítulo VI, Seção II do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 10), dispõe sobre as Cláusulas Abusivas no âmbito do Direito do Consumidor, apesar de tratarem de cláusulas contratuais, podem ser aplicadas às práticas comerciais, podendo ser conceituadas como condutas que causem instabilidade entre a parte hipossuficiente da relação (consumidor) e o fornecedor, como bem lecionam Tartuce e Neves (2021, p. 319):

As cláusulas são consideradas ilícitas pela presença de um abuso de direito contratual. Além da nulidade absoluta, é possível reconhecer que, presente o dano, às cláusulas abusivas podem gerar o dever de reparar, ou seja, a responsabilidade civil do fornecedor ou prestador.

A proteção ao consumidor pode ser observada não somente no âmbito nacional, é possível destacar, por exemplo, a legislação consumerista francesa, que dispõe sobre o resguardo em relação aos produtos e serviços, neste sentido, destaca Polidoro (2018, p. 53):

A legislação consumerista francesa se ocupa dessa questão há alguns anos. O *Code Du Consommation* francês foi acrescido, em agosto de 2015, de um artigo que visa coibir a prática da obsolescência programada. (...)

Art. L. 213-4-1.-

I – A obsolescência programada é definida como o conjunto de técnicas pelas quais um profissional de marketing visa reduzir deliberadamente a vida de um produto para aumentar sua taxa de substituição. II – A obsolescência programada é punível com sentença de dois anos de prisão e multa de € 300.00. III – O montante da multa pode ser aumentado, na proporção dos benefícios decorrentes da adulteração, para 5% do volume de negócios médio anual, calculado sobre o volume de negócios dos três anos anteriores à data dos fatos.

Apesar da legislação brasileira ser omissa especificamente na questão da obsolescência programada, não tratando de maneira explícita sobre o assunto, é possível verificar a existência de julgados recentes, que instigam o direito à informação e a boa-fé objetiva nas relações consumeristas, apesar de ser uma situação delicada de manifestação, haja vista a mencionada

omissão, o Juiz de Direito Relator Alexandre Morais da Rosa, proferiu o Voto no Recurso Inominado n. 2013.100261-0 da Primeira Turma de Recursos da Comarca da Capital/SC, da seguinte maneira:

A prática da obsolescência programada é abusiva e fere o princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo e o direito básico à informação clara e precisa. É dever do fornecedor, em atenção à boa-fé contratual e as legítimas expectativas do consumidor, alertá-lo sobre a provável obsolescência do produto quando sabe inequivocamente da iminência de substituição ou atualização (SANTA CATARINA, 2013).

Deste modo, é preciso verificar o princípio da boa-fé em relação a legislação consumerista, conforme reconhece o Enunciado n. 26 do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2002), aprovado na I Jornada de Direito Civil, reconhecendo ser a exigência de lealdade entre os participantes negociantes, inerente a todas as partes e fases negociais, independentemente de previsão no instrumento. O Judiciário, através do REsp 984.106, julgado em 2012, o STJ se manifestou da seguinte forma:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO E RECONVENÇÃO. JULGAMENTO REALIZADO POR UMA ÚNICA SENTENÇA. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO EM PARTE. EXIGÊNCIA DE DUPLO PREPARO. LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STF. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO FORNECEDOR. VÍCIO DO PRODUTO. MANIFESTAÇÃO FORA DO PRAZO DE GARANTIA. VÍCIO OCULTO RELATIVO À FABRICAÇÃO. CONSTATAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EXEGESE DO ART. 26, § 3º, DO CDC. (...) 8. *Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem.* 9. *Ademais, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum.* Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo. 10. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido. (BRASIL, 2012) (Grifos inexistentes no original).

É preciso destacar que o mencionado princípio implica no dever de agir de maneira leal, transparente, honesta e ética, promovendo a cooperação entre as partes no âmbito da relação e, para tanto, é possível sua aplicação em todas as formas de obsolescência programada.

Assim, é possível verificar que o fornecedor deve garantir ao consumidor, por um período razoável de tempo, a continuidade normal daquele produto, ainda que apresente algum defeito, devendo, para tanto, ter disponível no mercado as peças necessárias para reparação.

Destaca-se que a ausência de peças de reposição no mercado contraria o disposto no artigo 32 do CDC (BRASIL, 1990, p.7), vez que os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta dessas enquanto a fabricação ou importação do produto não cessar e, cessadas, a oferta ainda deverá ser mantida por período razoável de tempo.

No mesmo sentido, destaca-se o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), tal dispositivo utiliza como parâmetro o respeito à dignidade, saúde e segurança, ao final do mencionado artigo verifica-se a menção a transparência e harmonia das relações de consumo, bem como o inciso VI, do mesmo que faz alusão à repressão dos abusos praticados no mercado de consumo que possam causar prejuízo aos consumidores.

Deste modo, todas as práticas da obsolescência programada mencionadas devem ser questionadas sob a ótica do CDC, inclusive sendo passíveis de reparação pelos danos praticados pelos fornecedores.

Neste sentido, destaca Santos (2017, p. 51)

(...) é patente o enquadramento da obsolescência no âmbito das práticas consideradas abusivas pelo CDC, em que pese a ausência de dispositivo específico em relação ao tema. Tais práticas representam uma verdadeira dissonância da conduta do fornecedor com o que prima a lei consumerista, caminhando arreadas aos princípios titulados pelo ordenamento.

Como o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não dispõe expressamente sobre a obsolescência programada, existem Projetos de Lei (PL) que visam à proteção ao consumidor ante a prática, destacando-se o PL 7875/2017, 3019/2019 e 1791/2021, ambos objetivam adicionar incisos no artigo 39 do CDC coibindo o comportamento lesivo, estes se encontram apensos e prontos para entrar na pauta de votações na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços.

A vulnerabilidade do consumidor é aproveitada pelos fornecedores atingindo aspectos socioeconômicos, vez que maximizam os lucros, já que violam direitos e, por fim, informacionais, prevalecendo-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, manipulando-os de maneira psicológica e muitas vezes emocional, incentivando a aquisição de novos produtos.

Usualmente, como o CDC não dispõe de uma norma específica para tratar sobre a obsolescência programada, é aplicado o disposto no seu artigo 18 (BRASIL, 1990, p. 3), relativo aos vícios de qualidade, propondo, ao consumidor algumas opções caso o fornecedor não solucione o vício do produto no prazo legal, podendo ser a substituição do produto por outro de mesma espécie, observadas as perfeitas condições de uso; a restituição imediata do valor pago, atualizado monetariamente, não afetando eventuais perdas e danos; ou, abatimento proporcional ao preço.

Como bem discorre Bezerra (2017, p. 55), ao mencionar Vasconcelos e Luna

(...) é necessário que se entenda que a proteção do consumidor anda de mãos dadas com fomento à atividade privada, tanto na indústria quanto no comércio. Posicionamentos radicais na defesa dos direitos dos consumidores podem dar a aparência de que cooperam em favor destes, quando na verdade os prejudicam de forma indireta. O consumo só existe enquanto houver algo para ser consumido. Sem produtos e sem comércio não há consumidor, mas é preciso haver equilíbrio e os abusos precisam ser combatidos.

No entanto, outras medidas podem ser adotadas para evitar ou combater a obsolescência programada, dentre as quais o dever de fornecer ao consumidor informações de maneira clara e precisa, possibilitando sua defesa e permitindo-o questionar a conduta ante às práticas enganosas. Neste entendimento, destaca-se o posicionamento de Tomasetti Junior (1992) em relação ao direito à informação, destacando os principais objetivos deste, sendo:

- i) Conscientização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito;
- ii) Possibilitação de que sejam averiguados, de acordo com critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço;
- iii) Criação e multiplicação de oportunidades para comparar os diversificados produtos;
- iv) Conhecimento das posições jurídicas subjetivas próprias e alheias que se manifestam na contextualidade das séries infundáveis de situações de consumo;
- v) Agilização e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora, ou decisória, de conflitos do mercado de consumo.

Neste sentido, destaca-se a extrema importância dos órgãos técnicos que atuam em defesa do consumidor, atuando através de laboratórios e institutos de pesquisa, realizando, de maneira conjunta, uma fiscalização, possibilitando aos consumidores que não possuem conhecimentos específicos uma garantia mínima em relação ao que estão adquirindo.

O artigo 39, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) faz clara menção sobre a disposição em mercado de produtos que estejam em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou entidades credenciadas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO), parafraseando Tartuce e Neves (2021, p. 446) ao citarem Rizzato Nunes, ao tratar dos tipos de normas técnicas existentes no Brasil, a saber: NBR 1: normas compulsórias, de uso obrigatório nacional; NBR 2: normas de referência, de uso obrigatório do Poder Público; NBR 3: registradas com caráter voluntário e, por fim, NBR 4: que são probatórias, ainda em fase de experimento.

A não observância das normas supramencionadas estará sujeita às sanções administrativas dispostas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, havendo possibilidade de apreensão de produtos, sem prejuízo da responsabilização civil

correspondente.

Ante o exposto, os institutos mencionados visam à proteção ao consumidor, observando o disposto na Carta Magna, ainda que seja uma prática de difícil constatação, é preciso que a obsolescência programada seja combatida, vez que sua utilização é bastante recorrente e viola, não somente os princípios norteadores do CDC, mas direitos constitucionalmente previstos.

Com base na legislação normativa vigente, verifica-se a necessidade de fortalecer a informação ao consumidor, o instruindo acerca do consumo consciente, bem como impedir os fornecedores das práticas abusivas relacionadas à obsolescência programada, aperfeiçoando a maneira que se comportam frente ao mercado consumerista, reconhecendo a hipossuficiência de uma das partes e a imprescindibilidade da sua proteção, utilizando do auxílio dos órgãos técnicos e da legislação, mas sempre fazendo vista à livre iniciativa, ao mercado e a sociedade como um todo, uma vez que os avanços tecnológicos são imprescindíveis para a sobrevivência e progresso da humanidade.

3 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Na realização do presente artigo, foi empregada a pesquisa bibliográfica qualitativa, no campo das Ciências Sociais Aplicadas, visando conhecimentos e soluções para o problema específico versado no presente.

Através de objetivos exploratórios e explicativos, utilizando levantamento bibliográfico e jurisprudencial e, após colher e analisar todo o material, apresentar uma definição explicativa da solução.

A pesquisa foi realizada utilizando como referencial Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves e Júlio Gonzaga Andrade, bem como jurisprudência e legislação normativa vigente que verse sobre o tema. Partindo de uma análise geral sobre a obsolescência programada e como a prática se caracteriza como abusiva à luz do Código de Defesa do Consumidor, vislumbrando-se que o presente Código possui dispositivos que norteiam e protegem o consumidor quanto a esta situação.

Ademais, o presente trabalho foi realizado a partir da análise conjunta de legislação, jurisprudência e doutrinas que, de maneira resumida, visam analisar maneiras de combater e proteger o consumidor da obsolescência programada, o que, diante do exposto, verifica-se a extrema importância do equilíbrio entre a finalidade dos fornecedores, qual seja, o lucro, e os direitos dos consumidores, consumindo produtos que estejam de acordo com o ofertado.

O progresso é algo impossível de frear, sendo necessário para o desenvolvimento da humanidade, deste modo, cabe ao Poder Público a atuação no que se refere à ausência de peças de reposição, mantendo-se atento e assegurando o direito da parte hipossuficiente da relação, trabalhando em conjunto com os órgãos técnicos e competentes para fiscalização.

Neste interim, resta comprovada a abusividade da prática, ainda que esta não esteja disposta de maneira expressa no Código de Defesa do Consumidor, excedendo os limites impostos à atuação. No entanto, pode ser enfrentada e reprimida com os dispositivos constantes no CDC, o que, até o presente momento tem sido eficaz, mas não impossibilita o fortalecimento e efetivação dos direitos básicos do consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática da obsolescência programada está enraizada no mercado de consumo, tal qual a necessidade de ampliação da demanda para atender os consumidores, voltada para as prioridades do próprio mercado, partindo desta premissa, verificou-se que a estratégia mercadológica utilizada se baseou reduzindo a durabilidade de um produto, deixando de fornecer peças para reposição ou, até mesmo, através da propaganda, influenciando o psicológico dos consumidores, sendo uma alternativa para diminuir os gastos e expandir os lucros.

Neste sentido, destaca-se que a obsolescência programada que pode se manifestar de diferentes maneiras, no entanto, sempre com o mesmo objetivo, qual seja, estimular o consumo repetitivo.

O presente artigo permite compreender essa prática, bem como expor os institutos presentes no atual ordenamento jurídico capazes de atestar seu caráter abusivo, violando o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, funcionando como pilares para a relação de consumo e defesa da parte hipossuficiente nesta.

A falta de informação ao consumidor fere o princípio da boa-fé objetiva, não demonstrando a transparência necessária e o ludibriando, frustrando expectativas e omitindo informações que podem ser consideradas relevantes e necessárias, desequilibrando a balança da relação de consumo.

De fato, constata-se que a obsolescência programada se utiliza da vulnerabilidade do consumidor, sendo um pressuposto absoluto para a aplicação das leis que visam sua defesa, no entanto, o amparo contra a prática é um tema pouco difundido no âmbito do ordenamento

jurídico brasileiro, sendo escassos os precedentes judiciais, não existindo um dispositivo específico no Código de Defesa do Consumidor, apesar de existirem Projetos de Lei visando tal regulamentação.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Rubim Santos Leão de; ALVARENGA, Francisco Jacques Moreira de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das sociedades**. Das sociedades modernas às sociedades atuais. Rio de Janeiro, Ao Livro Técnico, 1982.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **(Parecer). Responsabilidade civil ambiental**. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador da sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil e ambiental e nas ações de regresso. Novos pareceres e estudos de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERGSTEIN, Laís Gomes. **Obsolescência programada: breves notas**, 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/173165/obsolescencia-programada--breves-notas>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

BEZERRA, Camila Rocha. **A obsolescência programada como prática abusiva ante o sistema de proteção ao consumidor instituído no Brasil**, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/31574/1/2017_tcc_crbezerra.pdf. Acesso em: 15 de set. de 2022.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 de mar. de 2022.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 20 de mar. de 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de mar. de 2022.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 26**. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/672>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - TJ - **REsp: 984106 SC 2007/0207915-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/10/2012, T4 - QUARTA**

TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2012 RSTJ vol. 229 p. 462. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866231297/recurso-especial-resp-984106-sc-2007-0207915-3/inteiro-teor-866231305>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 7ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 459.

GESSINGER, Humberto. **3ª do Plural**. Rio de Janeiro. Universal Music. 2002. 3:14.

IDEC. **Mais da metade dos equipamentos eletrônicos é substituída devido à obsolescência programada**. 2014. Disponível em: <https://idec.org.br/o-idec/sala-de-imprensa/release/mais-da-metade-dos-equipamentos-eletronicos-e-substituida-devido-a-obsolescencia-programada>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

LEONARD, Annie. **A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos**. Tradução Heloísa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

MACEDO, Roberto F. de. **Obsolescência Programada?**, 2020. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://ferreiramacedo.jusbrasil.com.br/artigos/854751871/obsolescencia-programada/amp&ved=2ahUKEwjtiNLSqND3AhXDqJUCHVOIDUYQFnoECAwQAQ&usg=AOvVaw09xqP-3dGW8J9b8j92VaMd>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

NEVES, Júlio Gonzaga Andrade. **A obsolescência programada: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 23, 2013. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 20 de mar. de 2022.

PAVÃO, Pedro Paulo R. **Obsolescência Programada de Produtos**, 2003. Disponível em: <http://www.liraatlaw.com/conteudo/obsolescencia-programada-de-produtos>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

POLIDORO, Vanessa. **A prática da obsolescência programada de qualidade e os recursos consumeristas de enfrentamento**, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/187957/TCC%20Vanessa%20Polidoro%20BU.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

SANTA CATARINA, 2013. Primeira Turma de Recursos da Comarca da Capital/SC. **Recurso inominado n. 2013.100261-0. Relator: Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa. DJE, 28 de fevereiro de 2013**. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/leitura/obsolescencia-programada-viola-direito-a-informacao-e-constitui-pratica-abusiva>. Acesso em: 30 de mar. de 2022.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. **A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder: perspectivas jurídicas do consumo**, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252/18870>. Acesso em: 08 de set. de 2022.

SANTOS, Maria Carolina de Melo. **Da vulnerabilidade do consumidor à vulnerabilidade ambiental: análise dos impactos da obsolescência programada no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em:

<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/18744/1/VulnerabilidadeConsumidorVulnerabilidade.pdf>. Acesso em: 08 de set. de 2022.

SILVA, João Vítor Borges. **A obsolescência programada como prática abusiva nas relações de consumo,** 2018. Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/12871/1/21412450.pdf>. Acesso em: 22 de mar. de 2022.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** direito material e processual, volume único. 10ª. Ed. Rio de Janeiro, Forense; Método, 2021.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. **O objetivo da transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para o consumo.** Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TUDO SOBRE PRODUTOS. **Tudo sobre carta de crédito de veículo de 25.000 em 50 meses 590,00 – Consórcio Magalu.** Disponível em: <https://tudosobreprodutos.com.br/tudo-sobre-carta-de-credito-de-veiculo-de-5-000-em-50-meses-590-00-consorcio-magalu>. Acesso em: 29 de mar. de 2022.

VIO, Daniel de Ávila. **O poder econômico e a obsolescência programada de produtos.** *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo: Malheiros, ano CLIII, v.133, jan./mar. 2004.

XAVIER, Rafael Alencar. **Direitos do Fornecedor:** equilíbrio na relação de consumo. 2016, p. 2. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/05/DoutrinaParapublicacao.pdf>. Acesso em: 15 de mar. de 2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

COVID-19 E ACIDENTE DE TRABALHO

Yasmin das Graças Souza Ribeiro¹; Prof. Dr. Pablo Christin de Moro Silva ²

¹Graduanda em Curso de Direito. Centro Universitário Vale do Rio Verde (UNINCOR). yasmin.gracas@aluno.unincor.edu.br. ORCID (<https://orcid.org/0000-0002-7466-1579>)

²Professor. Centro Universitário Vale do Rio Verde (UNINCOR). professorpablomoro@gmail.com. ORCID (<https://orcid.org/0000-0002-6090-5106>)

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar sobre o enquadramento da Covid-19 como acidente de trabalho. Para isso, será apresentado a definição do que é acidente de trabalho dentro da legislação, histórico da pandemia do coronavírus, definição do vírus, bem como a posição dos tribunais trabalhistas frente a discussão do enquadramento da Covid-19 como acidente de trabalho. A metodologia adotada foi fundamentada em pesquisa bibliográfica na qual se utilizou da investigação da legislação vigente atual, das decisões judiciais, notícias sobre a Covid-19, doutrinas, entre outros materiais que tenham como conteúdo o Direito de Trabalho e o impacto da pandemia nas relações trabalhistas. Com a aferição do nexos causal pela conduta do empregador, verifica-se a possibilidade de se considerar a Covid-19 como doença ocupacional, caso comprovado o referido nexos de causalidade, com toda a incidência dos consectários legais ao acidente do trabalho.

Palavras-Chave: Acidente de trabalho; Doença Ocupacional; Covid-19; Nexos Causal.

ABSTRACT

This article aims to address the framework of Covid-19 as an accident at work. For this, the definition of what is an accident at work will be presented within the legislation, history of the coronavirus pandemic, definition of the virus, as well as the position of the labor courts regarding the discussion of the framework of Covid-19 as an accident at work. The methodology adopted was based on bibliographic research, in which it was used the investigation of current legislation, judicial decisions, news about Covid-19, doctrines, among other materials that have as content the Labor Law and the impact of the pandemic on relationships labor. With the assessment of the causal link by the employer's conduct, there is the possibility of considering Covid-19 as an occupational disease, if the aforementioned causal link is proven, with all the incidence of legal consequences to the accident at work.

Keywords: Work Accident; Occupational Disease; Covid-19, Causal Nexus.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos com o surgimento de uma nova doença, a Covid-19, caracterizada pela OMS como pandemia, muitos impactos ocorreram na sociedade. Dentre esses impactos, um de grande repercussão foi nas relações trabalhistas.

Nesse contexto, o presente estudo possui a finalidade de discorrer acerca do enquadramento da Covid-19 como acidente de trabalho.

Para isso, será abordado o conceito legal de acidente do trabalho e suas espécies como acidente típico, doença ocupacional (doença profissional e doença do trabalho) e acidente por equiparação.

Posteriormente, busca-se contextualizar o surgimento da Covid-19 no mundo, trazendo o conceito da doença e as formas de contágio conhecidas.

Na sequência, será averiguado quando que a Covid-19 poderá ser caracterizada como acidente laboral, trazendo o posicionamento do STF e dos Tribunais Trabalhistas.

Em síntese, esse trabalho busca apresentar a realidade proporcionada pela pandemia nas relações laborais, seguindo para as principais definições pertinentes ao tema, como o acidente de trabalho e seus desdobramentos, apontando o entendimento dos tribunais.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Acidente de Trabalho

2.1.1 Definição

O acidente do trabalho está disciplinado pelo art. 7º, XXVIII da Constituição Federal e também está previsto nos artigos 19 a 23 da Lei nº 8.213/91. (BRASIL, 1988)

De acordo com o que dispõe o art. 19 da Lei nº 8.213/91, acidente de trabalho pode ser definido como:

Acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho". (BRASIL, 1991, p.9).

Conforme aponta o doutrinador Costa Hertz (2003, p.74), o acidente tipo, ou acidente modelo se define como um ataque inesperado ao corpo humano ocorrido durante o trabalho, decorrente de uma ação traumática violenta, subitânea, concentrada e de consequências identificadas.

Nessa linha de raciocínio, explicam Araujo e Rubin (2013, p.29) que é necessário que esse evento tenha nexos causal com a atividade laborativa, ou seja, o acidente deve decorrer de um risco específico relacionado com o trabalho, e não o risco geral que qualquer indivíduo possui, no dia a dia, de sofrer um acidente comum.

O acidente do trabalho é caracterizado como sendo um evento infeliz, o qual atinge o trabalhador no exercício de suas atividades laborais.

Para ser caracterizado há necessidade da existência de lesão corporal ou perturbação funcional que provoque a perda, redução permanente ou temporária da capacidade para exercer o trabalho ou a morte, conforme estabelece o art. 19 da Lei 8.213/91.(BRASIL, 1991)

Assim, entende-se por lesão corporal a ofensa à integridade corporal ou à saúde de um indivíduo, conforme dispõe o art. 129, caput, do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Já a perturbação funcional, segundo Valério Alves da Silva, técnico de Segurança do Trabalho da PUC/SP, pode ser caracterizada como sendo:

Perturbação Funcional é o dano, permanente ou transitório, da atividade fisiológica ou psíquica, tal como a dor, a perda da visão, a diminuição da audição, convulsões, espasmos, tremores, paralisia, anquilose (perda dos movimentos articulares), perturbação da memória, da inteligência ou da linguagem, etc. Nesses casos, o trauma é concentrado, a eclosão é súbita, a sintomatologia é bem manifesta e a evolução é, até certo ponto, previsível. A separação da lesão corporal da perturbação funcional é, em geral, teórica; a perturbação funcional decorre, quase sempre, de uma alteração anatômica, mesmo que não seja perceptível à vista desarmada. (SILVA, S.d, p.1).

Por força da legislação previdenciária, se o acidente não gerar incapacidade para o trabalho, não poderá ser considerado como acidente do trabalho, conforme estabelece o artigo 19, caput da Lei 8.213/91. (BRASIL,1991)

2.1.2 Hipótese de Ocorrência

Conforme já mencionado, o acidente de trabalho exposto no artigo 19 da Lei 8.213/91 é considerado típico, ocorre no local e horário de trabalho devido a um acontecimento inesperado.

Porém, a referida norma prevê mais duas espécies para o gênero acidente de trabalho. A doença ocupacional, prevista no artigo 20 da Lei 8.213/91 que será abordada no tópico posterior, e os acidentes de trabalho por equiparação, elencados no artigo 21.

O artigo 21 da Lei supracitada traz algumas hipóteses de acidente de trabalho por equiparação:

- Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:
- I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;
 - II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de:
 - a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
 - b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
 - c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
 - d) ato de pessoa privada do uso da razão;
 - e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;
 - III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;
 - IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:
 - a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

§ 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

§ 2º Não é considerada agravação ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às consequências do anterior. (BRASIL, 1991, p.10)

Dentre os acidentes de trabalho por equiparação, Brandão (2010, p. 171) explica:

Trata-se de ingresso na relação causal de fatos estranhos à atividade de trabalho, ou a aceitação de que, no acidente, podem concorrer uma causa vinculada ao trabalho e outras tantas sem qualquer relação com a atividade laboral ou, em outras palavras, a circunstância independente do infortúnio.

Consonante já explicado, o acidente de trabalho acontece quando uma atividade laboral causa dano físico, eliminando ou limitando, definitiva ou transitoriamente, a capacidade de o empregado exercer suas atividades laborais normais.

Pelo exposto, pode-se definir o acidente por equiparação como sendo aquele que dependendo das suas características, será comparado a um acidente de trabalho, caso tenha contribuído para a morte do empregado ou a redução da sua capacidade laborativa. Está ligado de alguma maneira ao trabalho, mas ele não é sua causa.

2.1.3 Doenças Ocupacionais

As doenças ocupacionais são as decorrentes da atividade laboral do empregado. São subdivididas em doenças profissionais e doenças do trabalho, estando elencadas no artigo 20 da Lei 8.213/91, *in verbis*:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

a) a doença degenerativa;

b) a inerente a grupo etário;

c) a que não produza incapacidade laborativa;

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto

determinado pela natureza do trabalho.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho. (BRASIL, 1991, p.9).

O doutrinador Hertz Jacinto Costa (2009, p. 72) preceitua que doenças ocupacionais são as moléstias de evolução lenta e progressiva, originárias de causa igualmente gradativa e durável, vinculadas às condições de trabalho.

Conforme explicam os ilustres doutrinadores Antônio e Roberto:

As doenças profissionais, também conhecidas como “ergopatias”, “tecnopatias” ou “doenças profissionais típicas”, são as produzidas ou desencadeadas pelo exercício profissional peculiar a determinada atividade. Dada a sua tipicidade, prescindem de comprovação do nexos de causalidade com o trabalho. Há uma presunção legal nesse sentido. Decorrem de microtraumas que cotidianamente agredem e vulneram as defesas orgânicas, e que, por efeito cumulativo, terminam por vencê-las, deflagrando o processo mórbido. (MONTEIRO E BERTAGNI, 2009, p. 42)

Cláudio Brandão (2010, p.157), aponta que as doenças profissionais consubstanciam-se em regras, ou seja, aquelas advindas de agentes insalubres de natureza física, química ou biológicas típicos e inerentes a determinadas profissões e destacadas como tais pela legislação brasileira vigente, ou seja, as patologias que continuam a surgir, ainda que aplicadas medidas preventivas.

Quanto a doença do trabalho, Monteiro e Bertagni (1998, p. 282, apud Brandão, 2020, p.282) classifica como sendo aquelas desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacionam diretamente.

Portanto, a principal distinção entre doença profissional e doença do trabalho é que na primeira hipótese, o nexos causal é presumido, ou seja, a enfermidade está ligada diretamente à profissão. Já na segunda hipótese, deve ser demonstrada a presença do elemento causador da enfermidade no ambiente de trabalho.

2.1.4 Consequências no Contrato de Trabalho

Quando configurado o acidente de trabalho, Carla Tereza Romar (2017, p.352) explica que podem ocorrer dois fenômenos no contrato de trabalho, a interrupção do contrato, quando o afastamento for até o decimo quinto dia, ou a suspensão do contrato, que começa a contar a partir do decimo sexto dia.

Em decorrência do acidente de trabalho o colaborador acidentado faz jus ao benefício previdenciário auxílio-doença acidentário. Este é concedido quando ocorre afastamento do

trabalho superior a 15 (quinze) dias, gerando assim, estabilidade para o trabalhador, nos termos do Art. 118 da Lei 8.213/91, “o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente”. (BRASIL, 1991)

Para caracterizar esta espécie de garantia de emprego, bem como diante das discursões quanto a constitucionalidade do art. 118 da Lei 8.213/91, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula de número 378:

Súmula nº 378 do TST

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91. (BRASIL, 2012).

Logo, cumprindo todos os pressupostos, o trabalhador adquire estabilidade de no mínimo 12 meses, a contar da cessação do benefício do auxílio por incapacidade temporária.

Nos termos do art. 75 do Decreto n. 3.048/99, incumbe ao empregador o pagamento do salário referente aos quinze primeiros dias de afastamento do empregado em decorrência de acidente ou de doença. Assim, durante referido período, o contrato de trabalho fica interrompido. (BRASIL, 1999, p.63)

Conforme explica Carla Tereza Romar:

Havendo necessidade de prolongamento do afastamento, a partir do 16º dia o empregado deve submeter-se a perícia médica da Previdência Social, e o encargo de pagamento (agora de benefício) é transferido para o órgão previdenciário, ficando o empregador desonerado do pagamento dos salários para o empregado (art. 476, CLT, e art. 75, § 2º, Decreto n. 3.048/99), passando a situação a ser de suspensão contratual. (ROMAR, 2017, p. 352)

Durante o período em que o funcionário estiver recebendo o benefício previdenciário de auxílio-doença acidentário, se decorrentes de acidente do trabalho ou doença profissional, o empregador é obrigado ao depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), de acordo com o § 5º do art. 15 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. (BRASIL, 1990, p.14)

Todo período de afastamento por motivo de acidente do trabalho é considerado na

contagem do tempo de serviço nos termos do art. 4º, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. (BRASIL, 1943, p.1)

2.2 A Covid-19

2.2.1 Definição

Conforme definição da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), a Covid-19 é a doença causada por um novo coronavírus denominado SARS-CoV-2. A Organização Mundial da Saúde (OMS) tomou conhecimento deste novo vírus em 31 de dezembro de 2019, após receber a notificação de um grupo de casos de “pneumonia viral” em Wuhan, na República Popular da China. (OPAS, 2020).

O Ministério da Saúde classifica a Covid-19 como sendo uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global. (BRASIL, 2021)

2.2.2 Meio de contágio conhecido

De acordo com o Ministério da Saúde, o SARS-CoV-2 é transmitido principalmente por três modos: contato, gotículas ou por aerossol:

A transmissão por contato é a transmissão da infecção por meio do contato direto com uma pessoa infectada (por exemplo, durante um aperto de mão seguido do toque nos olhos, nariz ou boca), ou com objetos e superfícies contaminados (fômites).

A transmissão por gotículas é a transmissão da infecção por meio da exposição a gotículas respiratórias expelidas, contendo vírus, por uma pessoa infectada quando ela tosse ou espirra, principalmente quando ela se encontra a menos de 1 metro de distância da outra.

A transmissão por aerossol é a transmissão da infecção por meio de gotículas respiratórias menores (aerossóis) contendo vírus e que podem permanecer suspensas no ar, serem levadas por distâncias maiores que 1 metro e por períodos mais longos (geralmente horas). (BRASIL, 2021).

Portanto, a Covid-19 pode ser transmitida durante um aperto de mão (seguido do toque nos olhos, nariz ou boca), por meio da tosse, espirro e gotículas respiratórias contendo o vírus.

2.2.3 O contágio no ambiente de trabalho

O risco de transmissão depende de como ocorreu a exposição ao vírus, de quanto tempo a exposição durou e se foram utilizadas medidas preventivas.

Dessa forma, para traçar estratégias de prevenção eficazes, a Organização Mundial de Saúde (OMS) classifica as atividades laborais em três níveis de risco:

Risco baixo: atividades que não envolvem contato próximo com o público e/ou colegas de trabalho e não exigem contato com indivíduos infectados;
Risco médio: atividades que envolvem contato próximo com o público e/ou colegas de trabalho, mas não exigem contato com indivíduos infectados;
Risco alto: atividades com alto potencial de contato com indivíduos infectados. (BRASIL, 2020, p.2)

A Portaria Interministerial MTP/MS 17, publicada em 1º de abril de 2022, alterou o Anexo I da Portaria Conjunta 20/2020, atualizando novamente as medidas a serem observadas para prevenir, controlar e mitigar os riscos de transmissão da covid-19 nos ambientes de trabalho, vejamos:

1. Medidas gerais

1.1 A organização deve adotar medidas necessárias para prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da Covid-19 nos ambientes de trabalho.

1.2 As medidas devem incluir:

a) medidas de prevenção nos ambientes de trabalho, nas áreas comuns da organização, como refeitórios, banheiros, vestiários, áreas de descanso e no transporte de trabalhadores, quando fornecido pela organização;

b) ações para identificação precoce e afastamento dos trabalhadores com sinais e sintomas compatíveis com a Covid-19;

c) procedimentos para que os trabalhadores possam reportar à organização, inclusive de forma remota, sinais ou sintomas compatíveis com a Covid-19 ou contato com caso confirmado da doença; e

d) instruções sobre higiene das mãos e etiqueta respiratória.

1.3 A organização deve informar aos trabalhadores sobre a Covid-19, as formas de contágio, os sinais, os sintomas e os cuidados necessários para a redução da transmissão no ambiente de trabalho e na comunidade.

1.3.1 A organização deve estender essas informações aos trabalhadores terceirizados e de outras organizações que adentrem o estabelecimento. (BRASIL, 2022, p.1).

O trabalhador infectado deve ter seus direitos protegidos, uma vez que o ambiente de trabalho é uma proteção constitucional garantida ao trabalhador. Assim, preleciona Sebastião Geraldo de Oliveira:

O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (art. 200, VIII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida, sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho. Dentro desse espírito a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio de defesa do meio ambiente (art. 170, VI). (OLIVEIRA, 2010, p. 83)

Diante disso, é muito importante a adoção das medidas descritas na Portaria Interministerial MTP/MS 17, por ambas as partes, a fim de que se possam evitar a contaminação dos trabalhadores pelo coronavírus no ambiente de trabalho.

2.2.4 A Covid-19 como doença ocupacional

A enfermidade causada pelo coronavírus ocasionou uma crise sanitária mundial, motivo pelo qual em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou a COVID-19 uma pandemia. (OPAS, 2021).

De acordo com Gabriela Coelho (2020, p.1), o Supremo Tribunal Federal reconheceu por meio de liminar “a covid-19 como doença ocupacional, permite que trabalhadores de setores essenciais que forem contaminados possam ter acesso a benefícios como auxílio-doença, protegidos pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS)”.

Nessa conjuntura, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho publicou a Nota Técnica SEI nº 56376/2020/ME, que teve por objetivo esclarecer sobre a caracterização da Covid-19 como doença ocupacional, tendo em vista que a Medida Provisória 927 perdeu vigência sem a conversão em lei. (BRASIL, 2020).

A referida Nota Técnica esclarece que, a depender da situação, a Covid-19 pode ser reconhecida como doença ocupacional, todavia, deverá restar determinado, de forma técnica, o nexo de causalidade, vejamos:

(...)à luz das disposições da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a depender do contexto fático, a covid-19 pode ser reconhecida como doença ocupacional, aplicando-se na espécie o disposto no § 2º do mesmo artigo 20, quando a doença resultar das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relacionar diretamente; podendo se constituir ainda num acidente de trabalho por doença equiparada, na hipótese em que a doença seja proveniente de contaminação acidental do empregado pelo vírus SARS-CoV-2 no exercício de sua atividade. (BRASIL, 2020, p.5)

Posto isso, há o entendimento que a contaminação pelo coronavírus no ambiente de trabalho poderá ser reconhecida como doença ocupacional, sempre observando o contexto fático, empregando o texto do artigo 20, §2º, da Lei nº 8.213/1991.

2.2.5 Posição dos Tribunais Trabalhistas

Recentemente, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, emitiu entendimento quanto a possibilidade da Covid-19 ser reconhecida ou não como doença ocupacional.

O MM. juiz Willian Alessandro Rocha, da Vara do Trabalho de Poá-SP, reconheceu em uma ação movida pelo Trabalhadores da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Sintect) contra os Correios confirmando a natureza ocupacional da Covid-19, em razão da não adoção pela empregadora de medidas para reduzir os riscos de contágio do coronavírus. (SÃO PAULO, 2020)

No processo nº 1000708-47.2020.5.02.0391, o magistrado acolheu o pedido de tutela de urgência do autor da ação, determinando que os Correios realizassem testes para detecção da

Covid-19 em todos os empregados que trabalhavam na unidade. Determinou também a adoção de diversas medidas de prevenção, como desinfecção do ambiente laboral e afastamento do trabalho presencial dos empregados com suspeita de contágio, mantendo-os em trabalho remoto, entre outros, sob pena de multa diária de R\$ 2 mil, limitada a 30 dias, em caso de descumprimento. (SÃO PAULO, 2020)

Por outro lado, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região ao analisar o processo nº 0010795-30.2020.5.03.0075, não caracterizou a Covid-19 como doença ocupacional devido a ausência do nexos causal:

PANDEMIA - CORONA VIRUS DISEASE 2019 (COVID-19) - DOENÇA OCUPACIONAL - INDENIZAÇÃO

DOENÇA OCUPACIONAL NÃO CARACTERIZADA. CONTAMINAÇÃO PELO COVID-19. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Os elementos de prova produzidos nos autos evidenciam não ser plausível que se reconheça o nexos causal entre o contágio do empregado falecido pelo coronavírus e o trabalho por ele desempenhado (vigia noturno), mesmo porque a transmissão comunitária do **Covid-19** por todo o país se não obsta, impõe restrições a que se possa presumir, com um mínimo de segurança, que a contaminação se verificara no ambiente de trabalho. Logo, indevida a indenização por danos morais postulada. (MINAS GERAIS, 2022)

Pelo exposto, é possível afirmar que a Covid-19 para ser reconhecida como doença ocupacional, deverá restar determinado, de forma técnica, o nexos de causalidade entre a atividade desempenhada e o adoecimento.

Além disso, cabe observar se os empregadores utilizaram todos os meios disponíveis e recomendados Organização Internacional do Trabalho para a segurança de seus empregados.

Entre as medidas de prevenção, estas são algumas:

Organizar o trabalho de forma a permitir o distanciamento físico de pelo menos 2 metros de outras pessoas ou de outras distâncias, conforme prescrito pela autoridade competente.

Colocar dispensadores de desinfetante de mãos em diversos locais espalhados pelas instalações de trabalho e assegurar o seu abastecimento regular.

Promover hábitos de limpeza regular de mesas e postos de trabalho, maçanetas de portas, telefones, teclados e objetos de trabalho com produtos desinfetantes bem como áreas comuns, incluindo salas de convívio/refeição. As superfícies frequentemente tocadas devem ser limpas com mais frequência. Dependendo das atividades, considerar contratar serviços de limpeza e desinfecção.

Promover e informar sobre uma boa higiene respiratória no local de trabalho, como tapar a boca e o nariz com o cotovelo ou tecido dobrados quando se tosse ou se espirra. Fornecer máscaras faciais adequadas e disponibilizar toalhetes descartáveis de papel disponíveis nos locais de trabalho, para utilização por aqueles que apresentem sintomas, como corrimento nasal, ou tosse com expectoração, juntamente com recipientes fechados para a sua eliminação higiênica. (OIT, 2020, p.4)

Em suma, em consonância ao exposto no tópico anterior, a caracterização da Covid-19

como doença ocupacional dependerá dos elementos do caso concreto, observados os artigos 20 e 21 da Lei 8.213/91, sendo indispensável à realização de perícia médica.

3 MATERIAIS E MÉTODOS

Com o intuito de compreender o objeto de estudo do trabalho, a pesquisa se baseia em uma pesquisa aplicada no campo das Ciências Humanas, com o propósito de discorrer acerca do enquadramento da Covid-19 como acidente de trabalho.

A metodologia adotada no trabalho apresenta caráter exploratório e explicativo, vez que busca responder ao questionamento de quando a Covid-19 pode ser considerada como doença ocupacional.

Para chegar a resposta, o embasamento teórico foi fundamentado em uma pesquisa quantitativa oriunda de uma pesquisa bibliográfica na qual se utilizou da investigação da legislação vigente atual, das decisões judiciais, notícias sobre a Covid-19, doutrinas, entre outros materiais que tenham como conteúdo o Direito de Trabalho e o impacto da pandemia Covid-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que a pandemia do coronavírus trouxe um novo cenário, principalmente nas relações trabalhistas, o objetivo geral da pesquisa teve o propósito de analisar há hipóteses cabíveis de enquadramento da Covid-19 como acidente de trabalho, bem como indicar as repercussões jurídicas deste enquadramento.

Por se tratar de um assunto novo, houve muitos questionamentos a respeito se a infecção por Covid-19 poderia ser considerada como acidente de trabalho e em quais hipóteses esse enquadramento seria possível.

Para conseguir compreender essa situação, foi reproduzido neste artigo o conceito de acidente de trabalho e doença ocupacional, bem como a definição da Covi-19, trazendo quais os meios de contágio conhecidos. Além disso, foram realizadas consultas nos Tribunais Trabalhistas para saber qual o entendimento adotado quanto a possibilidade da contaminação por coronavírus ser reconhecida ou não como doença ocupacional.

Em regra, para ser possível o enquadramento da Covid-19 como doença ocupacional, é necessário a existência de comprovações de que a doença foi contraída durante o exercício do trabalho.

Outra questão importante é que cada caso deve ser analisado o caso concreto, afim de se averiguar se o empregador exerceu as diretrizes e obrigações sanitárias para prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão do coronavírus em ambientes de trabalho.

Via de regra, nos casos em que o empregador comprovar que adotou todas as medidas para preservar a saúde e segurança de seus empregados, como por exemplo o fornecimento e conscientização da utilização de EPIs, regras de higiene e segurança no trabalho, cabe ao empregado o ônus de comprovar que a contaminação se deu no ambiente de trabalho.

Sendo assim, entende-se que não é possível o enquadramento da Covid-19 como doença ocupacional quando a contaminação não tiver ligação com o exercício da atividade do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Francisco Rossal de; RUBIN, Fernando. **Acidentes de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente de Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador**. São Paulo: LTr, 2010

BRANDÃO, Cláudio. A Covid-19 e o Adoecimento Ocupacional. *In*: BELMONTE, Alexandre Angra (org); MARTINEZ, Luciano (org); MARANHÃO, Ney (org). **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: JusPodivm, 2020. p.279-294.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14 mai. 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL, **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL, **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 14 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 14 mai. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. **Nota Técnica SEI nº 56376/2020/ME de 11 de dezembro de 2020 - COVID-19. Nexo com o trabalho à luz da legislação Previdenciária.** Medida Provisória nº. 927, de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-tecnicas/2020/sei_me-12415081-nota-tecnica-covid-ocupacional.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é a Covid-19?**. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus#:~:text=A%20Covid%2D19%20%C3%A9%20uma,transmissibilidade%20e%20de%20distribui%C3%A7%C3%A3o%20global>>. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência/Gabinete do Ministro. **Portaria Interministerial MTP/MS 17 de 22 de março de 2022 - Altera o Anexo I da Portaria Conjunta nº 20, de 18 de junho de 2020. (Processo nº 19966.100565/2020-68).** Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-mtp/ms-n-17-de-22-de-marco-de-2022-390294735>>. Acesso em: 17 mai. 2022.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **Súmula nº 378 ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012.** 2012. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378>. Acesso em: 21 mai. 2022.

COELHO, Gabriela. **STF decide que COVID-19 pode ser considerada doença ocupacional.** CNN, Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/stf-decide-que-covid-19-pode-ser-considerada-doenca-ocupacional/>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

COSTA, Hertz Jacinto. **Acidentes de Trabalho na Atualidade.** 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

COSTA, Hertz Jacinto. **Manual de Acidente do Trabalho.** 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. **Doença ocupacional não caracterizada. Contaminação pelo Covid-19. Ausência de nexo causal. Inexistência do dever de indenizar.** Processo nº 0010795-30.2020.5.03.0075 (RO). Maria de Lourdes Tomaz Donderi, Viviane Tomaz Donderi, Anderson Tomaz Donderi e Jessica Tomaz Donderi versus Omega Segurança e Vigilância EIRELI - me e Atual gestão de serviços terceirizados EIRELI. Relatora: Sabrina de Faria Fróes Leão. Belo Horizonte, 8 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=836>>. Acesso em: 24 mai. 2022.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza, **Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Prevenção e Mitigação da COVID-19 no Trabalho.** 2020. Disponível em: <<https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro->

geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_744278.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 6ªed. SãoPaulo: LTr, 2010.

OPAS - Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa sobre a Covid-19**. 2020. Disponível em:
<<https://www.paho.org/pt/covid19>>. Acesso em: 20 mai. 2022.

OPAS - Organização Pan-Americana da Saúde. **Histórico da pandemia de Covid-19**. 2021. Disponível em< <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid19>>.Acesso em: 20 mai.2022

ROMAR, Carla Tereza Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 5ª edição. São Paulo:Saraiva, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. **Recurso Ordinário – Ação Civil Pública**. Processo nº 1000708-47.2020.5.02.0391 - 9ª Turma. Empresa brasileira de correios e telégrafos versus Sindicato dos trabalhadores da empresa brasileira de correios etelégrafos e similares de São Paulo, região da grande São Paulo e z postal de Sorocaba - SINTECT-SP. Relatora Valeria Pedroso de Moraes. Data do ajuizamento da ação: 17.07.20. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/4/69C2AB909A667D_trabalho.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2022.

SILVA, Valério Alves da, Informativo Sobre Segurança do Trabalho. **PUC SP**. [S.d]. Disponível em:
<<http://www4.pucsp.br/cipa/artigos/seguranca-trabalho.html>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

DA TRIBUTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS: Procedimento para Declaração do Ativo Financeiro

Kátia Rodrigues de Castro; Carlos Eduardo Pinheiro Marcelino de Oliveira

¹Graduando(a) em Direito. Unincor. Email. Katia.rodrigues@aluno.unincor.edu.br. ORCID. <https://orcid.org/0000-0002-2927-1512>

³Docente/Mestre. Unincor. prof.carlos.oliveira@unincor.edu.br.

RESUMO

Conforme apurado no levantamento realizada para a composição da presente pesquisa, a tributação de criptomoedas em âmbito nacional ainda é um tema que gera bastante debate e desconfiança por parte dos investidores desse tipo de ativo. Com uma utilização cada vez maior desse ativo financeiro, a consequência quase inevitável é uma normatização e maior preocupação do fisco brasileiro com relação às movimentações decorrentes da compra e venda de criptomoedas. O fator que dificulta a referida tributação, sem sombra de dúvidas, é que muitos desses ativos financeiros sequer adentram no território nacional de alguma forma, sendo mantidos em servidores estrangeiros e em modelos criptografados que, muitas vezes, dificulta até mesmo a identificação do real possuidor de direitos sobre a moeda virtual. Por tanto cumpre informar que na presente pesquisa, será utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, os resultados expressos no presente projeto são compostos na base lógica indutiva.

Palavras-Chave: criptomoedas, tributação, ativo financeiro.

ABSTRACT

As found in the survey carried out for the composition of this research, the participation of cryptocurrencies at the national level is still a topic that generates a lot of debate and distrust on the part of investors of this type of asset. With an ever-increasing use of this financial asset, the almost inevitable consequence is the regulation and greater concern of the Brazilian tax authorities with respect to transactions resulting from the purchase and sale of cryptocurrencies. The factor that makes identification difficult, without a doubt, is that many of these financial assets do not even enter the national territory in any way, being threats in foreign servers and in encrypted models that, many times, make it difficult even to identify the real owner of the rights over the virtual currency. the methodology used in the present research, it should be informed that the Inductive Method will be used, in the Data Processing Phase the Cartesian Method, and the results expressed in the present project are composed on the inductive logical basis.

Keywords: cryptocurrencies, taxation, financial asset.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem sido cada vez mais comum o uso de criptomoedas (especialmente bitcoins), dinheiro virtual de pouca rastreabilidade, que circula mundialmente e sem depender do sistema bancário.

O problemática de pesquisa passa, portanto, em entender de que forma deve ser feita a tributação dos ativos financeiros provenientes das criptomoedas, bem como a declaração pelo possuidor em seu imposto de renda.

O objetivo central, portanto, passa pela exposição fundamentada do modelo de

tributação adotado pelo ordenamento jurídico pátrio em relação as criptomoedas, bem como as consequências jurídicas da referida tributação.

Por conseguinte, a presente pesquisa se justifica pela atualidade do tema e das inúmeras dúvidas que ainda cercam a questão da tributação das criptomoedas, motivo pelo qual a fomentação do debate acerca da espécie de faz pertinente.

Quanto a metodologia utilizada, para melhor desenvolvimento e apresentação da presente pesquisa, cumpre informar que, na Fase de Investigação será utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano e, os resultados expressos no presente projeto são compostos na base lógica indutiva.

Já o método de procedimento a ser utilizado será a exposição dos entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao tema central do projeto.

Já nas fases da Pesquisa, foram utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Por fim, o projeto a ser elaborada será dividido em três partes (capítulos): 1) Conceito e natureza jurídica das criptomoedas; 2) Problemáticas Gerais que cercam as Criptomoedas; 3) A questão da tributação das criptomoedas e a declaração desses ativos pelo seu possuidor no imposto de renda.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Do surgimento e funcionamento das criptomoedas

Nos últimos anos, tem sido cada vez mais comum o uso de criptomoedas (especialmente bitcoins), dinheiro virtual de pouca rastreabilidade, que circula mundialmente e sem depender do sistema bancário.

Decorrentes das modificações ou evoluções de um mercado mutante ao sabor das novas tecnologias, que arquiva em nuvens e surfa livremente no conceito de inovação, surgem as criptomoedas, outra espécie do gênero ‘moeda digital’ (LOSSIO; NASCIMENTO, 2020. p. 19).

Parece um caminho natural, afinal, se tudo tem um aspecto de pós-modernidade, por que não repensar o dinheiro, a moeda de troca? Tem-se, então, este novo elemento no mercado: as criptomoedas que, por serem digitais, possuem características de produtos constituídos pela informação.

No dizer de Lorenzetti (LORENZETTI, 2004), estamos diante de moedas que são “intangíveis, herméticas, mutáveis e são inseridas em um complexo sistema inter-relacional”. E o autor ainda alerta para o fato de que “Há uma quebra de paradigma econômico, pois o comércio realizado com uma essência digital proporciona que o sistema bancário tradicional seja alterado devido às relações cibernéticas”.

Esta mudança de modelo passa pela exclusão de terceiro nas transações financeiras, eliminando o que Ulrich (ULRICH, 2020. p. 19) chama de “gasto duplo”, que ele explica de forma extremamente didática:

Imagine que não haja intermediários com registros históricos, e que o dinheiro digital seja simplesmente um arquivo de computador, da mesma forma que documentos digitais são arquivos de computador. Maria poderia enviar ao João 100 u.m. simplesmente anexando o arquivo de dinheiro em uma mensagem. Mas, assim como ocorre com um e-mail, enviar um arquivo como anexo não o remove do computador originador da mensagem eletrônica. Maria reteria a cópia do arquivo após tê-lo enviado anexado à mensagem. Dessa forma, ela poderia facilmente enviar as mesmas 100 u.m. ao Marcos.

O site coinmap.org estima que mais de 80 estabelecimentos de São Paulo (Capital) já o aceitem. Em Buenos Aires, esse número é bem maior: quando se restringiu a compra de moeda estrangeira na Argentina, parte da população foi buscar proteção contra a inflação na moeda digital e, hoje, há muita dessa espécie sustentando negócios no país vizinho (PIMENTEL, 2018. p. 22).

Neste sentido, em novembro de 2017, um desenvolvedor do Google publicou uma lista com 1.000 sites que mineravam criptomoedas. Dentre eles estava o Portal do Cidadão, mantido pelo Governo do Estado de São Paulo (no endereço).

Assim, quando o usuário acessava o serviço, um código malicioso escrito em JavaScript sequestrava parte do poder da CPU do visitante e a utilizava para criar dinheiro digital em determinada conta (RKbAaJRO6...Qti8a), mantida no site Coinhive. A mágica era possível porque a oferta da capacidade computacional para manter a rede que controla as transações virtuais é remunerada (PIMENTEL, 2018. p. 22)..

De acordo com Lóssio e Santos (LOSSIO; SANTOS, 2018. p. 15), “já estamos vivendo tempos em que a sociedade normal está em trânsito para um novo molde de sociedade, a digital, e, em um futuro próximo, faremos parte de um meio ambiente digital”.

Neste cenário, convém deixar claro que a diferenciação técnica entre moedas eletrônicas e virtuais pode ser resumida nos termos usados pela equipe do Banco Central do Brasil:

Moedas eletrônicas, conforme disciplinadas por esses atos normativos, são recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento denominada em moeda nacional. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais possuem forma própria de denominação, ou seja, são nominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos, e não se caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais. (BACEN, 2014).

As chamadas moedas virtuais não são emitidas nem garantidas por uma autoridade monetária. Algumas são emitidas e intermediadas por entidades não financeiras e outras não têm sequer uma entidade responsável por sua emissão. Em ambos os casos, as entidades e pessoas que emitem ou fazem a intermediação desses ativos virtuais não são reguladas nem supervisionadas por autoridades monetárias de qualquer país.

2.2 As problemáticas gerais e inseguranças que cercam as criptomoedas em território pátrio

Com o aperfeiçoamento, evolução e cada vez mais a utilização das criptomoedas ao redor do mundo e especificamente no Brasil, tem crescido assustadoramente, na mesma proporção, o cometimento de crimes contra a ordem econômica e financeira, em especial o de lavagem de dinheiro.

Com dito anteriormente, com o passar do tempo, o avanço tecnológico trouxe consigo novos hábitos, principalmente, no que se refere ao advento das moedas digitais e das novas transações bancárias realizadas por meio de aplicativos (APP) e Internet Bank (LOSSIO; NASCIMENTO, 2020. p. 51).

Partindo desse contexto, o delito de lavagem de dinheiro saiu de seu aspecto primário, das passagens bíblicas, para atingir um grande contingente de transações, bancárias ou não, conectadas a diferentes redes de pessoas, de maneira transnacional.

Desta forma, tem se observado que as práticas delitivas ligadas ao crime de lavagem se aperfeiçoaram, abrangendo um rol não taxativo de sujeitos ativos, estes que não abrangem somente os chefes de máfias nacionais, mas, sim, os (cyber) terroristas, crackers, narcotraficantes, estes que são considerados os principais atores na manutenção do crime organizado transnacional (LOSSIO; NASCIMENTO, 2020. p. 52).

Os mixers de Bitcoin e outras criptomoedas estão entre os softwares mais utilizados pelos crackers para lavagem de dinheiro no ciberespaço. Esses programas, por terem, em sua essência, a preservação do anonimato pela ausência de cadastro de seus usuários, atrelados à transferência em nanossegundos das criptomoedas para as carteiras virtuais, facilitam a atuação delitiva dos crackers, que utilizam a internet para a prática delitiva em função dos inúmeros

benefícios pró-ilegalidade, como por exemplo, uso de disfarces no endereço de IP, uso de roteadores abertos, programas de falsificação de IP's, uso de hot spots, e telefones (smartphones), estes que são meios conhecidos como despersonalizadores da relação, em que as ações criminosas são realizadas a partir de dispositivos eletrônicos. (LOSSIO; NASCIMENTO, 2020. p. 53).

Como consequência, esses tipos de invasões e de novas técnicas de lavagem de dinheiro são amplamente discutidos em fóruns de crackers on-line, como por exemplo, o serviço de moeda digital da Costa Rica: Liberty Reserve ou o Euro Liberty Reserve - que convertem anonimamente os valores em dinheiro e, também, fóruns sobre os jogos on-line – a exemplo o Second Life e Warcraft, que se utilizam de moedas digitais para a conversão de bens, serviços ou dinheiro físico. (LOSSIO; NASCIMENTO, 2020. p. 53).

Em território nacional, a era “Lava Jato” também impulsionou a discussão sobre regulação do uso das criptomoedas no Brasil, bem como o debate sobre o combate às novas técnicas de lavagem de dinheiro por meio da internet, fator que serviu de supedâneo para a reflexão da necessidade de implementação de políticas públicas voltadas para o combate à criminalidade eletrônica.

Esta preocupação também foi representada pela criação de diversos mecanismos legislativos, a saber, o Marco Civil da Internet, a LGPD, Lei Carolina Dieckmann, como também de medidas de combate efetivo ligado às polícias judiciárias, estas que fundaram, ao longo dos anos, delegacias especializadas na repressão aos crimes de informática. Destaca-se, neste ponto, a criação do Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro criado pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, em 2016.

Todavia, a prática de lavagem de dinheiro não é a única preocupação no tocante a utilização e manejo de criptomoedas em território pátrio, sendo ampla a discussão acerca de eventuais ofensas por parte das moedas virtuais no tocante ao princípio da ordem econômica e financeira.

Em território nacional, além da competência exclusiva da União para emitir moeda prevista no inciso VII do artigo 21 (combinado com o artigo 164) da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o inciso III do mesmo dispositivo expressa como competência da União “administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada”.

Não obstante, o artigo 48 da Constituição Federal revela que cabe ao Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República, dispor dessa temática. Sem mencionar todas

as demais leis infraconstitucionais, a exemplo das que preveem os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (BRASIL, 1988; PINTO, CATÃO, 2020)

É crível afirmar, ainda, que existe uma grande estrutura contrária às moedas estranhas à emitida “oficialmente”. De outro lado, no entanto, o artigo 1º traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a livre iniciativa, o artigo 5º traz como direito fundamental, no seu *caput*, a liberdade e a propriedade, no inciso XXII o direito de propriedade privada, gozando, pois, todos esses direitos de aplicação imediata (§ 1º). (BRASIL, 1988)

Por sua vez, o artigo 170 da Constituição estabelece os princípios da ordem econômica, incluindo o da livre concorrência e da propriedade privada, que claramente tem a ver com a autonomia no manejo do próprio patrimônio. Ainda, o artigo 5º, § 2º, acolhe outros direitos decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (BRASIL, 1988; PINTO, CATÃO, 2020)

Dito isso, não restam dúvidas de que a ocultação de identidade, o uso de pseudônimos ou de outros artifícios, o que ocorre de maneira corriqueira em se tratando de criptomoedas, podem facilitar a consecução de condutas criminosas ofensivas à Ordem Econômica.

Quanto ao tema, a doutrina (LOPES; MARTINS, 2017. p. 133) é bastante exemplificativa:

Como as transações são realizadas sem o intermédio de uma instituição financeira reguladora, é possível que o adquirente de Bitcoins forje sua identidade por meio de compra de Bitcoins via boleto bancário e sistemas de ocultação de IP. A compra de bitcoin via boleto bancário permitiria que a compra da criptomoeda fosse ocultada, pois o pagamento seria realizado em dinheiro e não deixaria rastros. Então, os Bitcoins seriam transferidos para uma carteira digital, que possui um usuário registrado no sistema. Porém, este usuário pode ter sido criado mediante a imputação de dados inverídicos no sistema, bem como poderiam ter sido inseridos por um usuário que mascarasse ou ocultasse seu IP.

No que tange a prática do crime de lavagem de capitais, tem-se que a Lei nº 9.613/1998, apresenta quatro comportamentos típicos distintos no artigo 1º, quais sejam: i) ocultação e dissimulação (*caput*), ii) uso de meios para ocultação ou dissimulação (§1º); iii) uso de bens, direitos ou valores sujos na atividade econômica ou financeira; iv) participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro. (BRASIL, 1998; BADARÒ, 2020).

Em resumo, é bastante plausível a ocorrência de conversão de dinheiro sujo em moeda estrangeira, com a substituição de dívidas, a compra de ouro, imóveis, dentre outros. Nesta esteira, permite incluir, de igual forma, as criptomoedas – Bitcoins. Afinal, o agente pode

facilmente possuir ativos ilícitos e os converter em Bitcoins ou em qualquer outra moeda criptografada (SOARES, 2021).

E isso demonstra que tais atos possuem ofensividade suficiente para tipificar na forma de crime contra a Ordem Econômica, “de modo que estes resultados lesivos devem ser prevenidos por meio da tutela punitiva do Estado” (LOPES; MARTINS, 2017. p. 133).

Assim, o Estado brasileiro vem adotando uma postura cautelosa e reticente em relação ao uso de criptomoedas, tendo em vista o grande risco que esse tipo de transação financeira traz para a ordem econômica e financeira do país.

2.3 Do uso das criptomoedas no Brasil e de sua Tributação tendo em vista o curso forçado

Outro ponto bastante polêmico e dissonante acerca da utilização das criptomoedas em território pátrio é em relação ao curso forçado da moeda nacional (real) realizado pelo Estado (União).

O caput do artigo 164 da Constituição Federal prevê que “a competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central”. (BRASIL, 1988)

Já o § 2º do mesmo artigo 164, por sua vez, preconiza que “o banco central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros”. (BRASIL, 1988).

Esse é a chamado norma do curso forçado da moeda nacional, que tem como objetivo realizar a manutenção do equilíbrio econômico do país, preservando, justamente, a estabilidade e promovendo o aperfeiçoamento do sistema financeiro.

Em contrapartida, a intenção do criador do Bitcoin (Satoshi Nakamoto), é que a criptomoeda funcione socialmente como moeda, como meio de troca, como unidade de conta e como reserva de valor, paralelamente à moeda oficial (de curso forçado) emitida pela autoridade monetária central do Estado Soberano, no caso do estudo, o próprio Brasil (MAIA, 2019).

Em relação a expressão “moeda de curso forçado”, é interessante o estudo feito por Quiroga Mosquera (2006, p. 76-79). Em sua obra, o autor diferencia claramente as expressões curso legal, curso forçado e poder liberatório da moeda.

A moeda tem curso legal quando todas as pessoas de uma determinada comunidade têm a obrigação de aceitá-la; tem curso forçado quando não se pode exigir do emitente da moeda o reembolso em outros ativos; e tem poder liberatório quando é meio juridicamente válido para extinguir obrigações (QUIROGA MOSQUERA, 2006, p. 76-79).

O Real tem esses três atributos: seu curso legal decorre do artigo 1º da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei do Plano Real; seu curso forçado decorre do artigo 318 do Código Civil, que determina a nulidade de convenções de pagamento que não utilizem a moeda de curso legal; e seu poder liberatório é consequência do artigo 315 do Código Civil (CASTELLO, 2019).

O que podemos concluir, portanto, é que o Brasil possui uma única moeda de curso legal e curso forçado no Brasil, e o fato de o Brasil atribuir ao Real curso forçado, nos termos do artigo 318 do Código Civil Brasileiro, significa que as *bitcoin* e demais criptomoedas não podem ser utilizadas como meio de pagamento para obrigações contraídas dentro do território nacional, exceto em casos específicos em que se autoriza o pagamento de forma diversa (CASTELLO, 2019).

O curso forçado do Real no Brasil possui, nitidamente, um caráter político e de reserva legal de mercado, sendo que a estrutura estatal não só do Banco Central como das demais entidades econômicas dependem de uma moeda interna forte e única em circulação.

Neste sentido tal postura do Estado Brasileiro dificulta não só a utilização e a regulamentação das criptomoedas, como também de outras moedas estrangeiras que poderiam ser utilizadas com maior liberdade e menor controle estatal em território brasileiro, muito parecido com o que acontece em outros países, como o Japão, por exemplo.

Portanto a incerteza acerca da possibilidade de um controle do Banco Central sobre esses ativos digitais, como é a criptomoeda, dificulta a implementação de um plano econômico para a sua aceitação sem maiores restrições no território nacional.

Cada criptomoeda deve especificar uma política monetária em seus algoritmos. O bitcoin, por exemplo, possui um planejamento definido em seu código para emitir toda sua “base monetária virtual” até 2140; a rede Stellar, por sua vez, emitiu no momento de sua fundação toda a base monetária de sua criptomoeda – o lumen –, que possui uma taxa de inflação nominal pré-definida de 1% ao ano (STELLA, 2017. p. 156).

Muitas criptomoedas, mesmo que funcionem como instrumentos descentralizados, têm grande parte de sua base monetária em poder da organização que a desenvolveu, o que garante a tal entidade um grande poder de manipulação de taxa de câmbio entre esse e outros ativos digitais (STELLA, 2017. p. 156).

Em se tratando das criptomoedas, pode-se dizer que não há curso forçado, muito menos curso legal em sua circulação no Brasil. Sua emissão, como já exposto, independe da chancela da autoridade estatal, razão pela qual o estado brasileiro não entende como correto classificá-las como moedas.

Uma das possibilidades aventadas acerca da natureza das criptomoedas no Brasil, diz respeito a sua classificação como valor mobiliário.

No ponto, é entendimento da CVM, em nota publicada no dia 11 de outubro de 2017, que as criptomoedas, em alguns casos específicos, estariam abrangidas pelo conceito de valor mobiliário e, conseqüentemente, sujeitas à Lei 6.385/76 (VASCONCELLOS, 2021).

Esse enquadramento, portanto, se daria no caso de determinadas ICOs (*Initial Coin Offerings*), reconhecidas como uma operação destinada a captar recursos para emissão de criptomoedas (VASCONCELLOS, 2021).

3 MATERIAIS E MÉTODOS

Quanto a metodologia utilizada, para melhor desenvolvimento e apresentação da presente pesquisa, cumpre informar que, na Fase de Investigação será utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, os resultados expressos no presente projeto são compostos na base lógica indutiva.

Já o método de procedimento a ser utilizado será a exposição dos entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao tema central do projeto.

Já nas fases da Pesquisa, foram utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Conforme apurado no levantamento realizada para a composição da presente pesquisa, a tributação de criptomoedas em âmbito nacional ainda é um tema que gera bastante debate e desconfiança por parte dos investidores desse tipo de ativo.

Com uma utilização cada vez maior desse ativo financeiro, a consequência quase que inevitável é uma normatização e maior preocupação do fisco brasileiro com relação às movimentações decorrentes da compra e venda de criptomoedas.

O fator que dificulta a referida tributação, sem sombra de dúvidas, é que muitos desses ativos financeiros sequer adentram no território nacional de alguma forma, sendo mantidos em servidores estrangeiros e em modelos criptografados que, muitas vezes, dificulta até mesmo a identificação do real possuidor de direitos sobre a moeda virtual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, com a pesquisa prévia realizada sobre a tributação das criptomoedas no Brasil, que o trabalho do fisco para um maior controle desse ativos virtuais que envolve diversas movimentações financeiras diariamente, não será uma tarefa fácil.

Conforme bem destacado, os mixers de Bitcoin e outras criptomoedas estão entre os softwares mais utilizados pelos crackers para lavagem de dinheiro no ciberespaço. Esses programas, por terem, em sua essência, a preservação do anonimato pela ausência de cadastro de seus usuários, atrelados à transferência em nanossegundos das criptomoedas para as carteiras virtuais, facilitam a atuação delitiva dos crackers, que utilizam a internet para a prática delitiva em função dos inúmeros benefícios pró-ilegalidade.

Para além da preocupação acerca da lavagem de dinheiro facilitada pela aquisição de criptoativos, nota-se que também é ampla a discussão acerca de eventuais ofensas por parte das moedas virtuais no tocante ao princípio da ordem econômica e financeira.

Conclui-se, portanto, que o Estado brasileiro vem adotando uma postura cautelosa e reticente em relação ao uso de criptomoedas, tendo em vista o grande risco que esse tipo de transação financeira traz para a ordem econômica e financeira do país.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**, 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **BC esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas”**. BACEN, 2014.

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

CASTELLO, Melissa Guimarães;. **Bitcoin é moeda?** Classificação das criptomoedas para o direito tributário. Rev. direito GV 15 (3) , 2019.

LOPES, Luciano Santos, MARTINS, Amanda Jales [Orgs]. **Direito Penal Econômico – tendências e perspectivas**. Belo Horizonte: Editora D’Plácio, 2017.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOSSIO, Claudio Joel Brito; NASCIMENTO, Luciano. **Cibernética jurídica**: estudo sobre o direito digital. – Campina Grande: EDUEPB, 2020.

LOSSIO, Claudio Joel Brito; SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. **Breve comentário**; sobre a Internet das Coisas à luz do Direito Penal Brasileiro Revista De Fato e De Direito Editora Unisul Virtual v. 9, n. 16 . jan./jul. 2018.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. **Perspectivas jurídicas das criptomoedas**: desafios regulatórios no Brasil. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.); GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). Direito, tecnologia e inovação. Vol. 1. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **Introdução ao Direito Digital**. REVISTA JURÍDICA ESMP-SP, V.13, 2018

PINTO, Tamara Luiza Dall Agnol; CATÃO, Adrualdo de Lima. **As criptomoedas e a liberdade contratual no direito privado internacional e no sistema jurídico brasileiro**. MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy Law and Economics, vol. 8, e202081325, 2020.

QUIROGA MOSQUERA, Roberto. **Direito monetário e tributação da moeda**. São Paulo: Dialética, 2006.

SOARES, Vinícius Papa. **Bitcoins e Seus Reflexos no Direito Penal Econômico**. Revista Âmbito Jurídico, 2018.

STELLA, Júlio Cesar. **Moedas Virtuais no Brasil**: como enquadrar as criptomoedas. Revista da PGBC, 2017.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014,

VASCONCELLOS, Thiago. **Uso de criptomoedas é possível em operações societárias**. Revista Consultor Jurídico, 2018.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

O ASSÉDIO SEXUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO AMBIENTE DE TRABALHO

Eduardo Maciel Santos; Prof. Pablo Christian de Moro Silva

Graduando em Direito. Centro Universitário Vale do Rio Verde. eduardo.maciel@aluno.unincor.edu.br. ORCID
<https://orcid.org/0000-0001-7507-714X>

Professor do Centro Universitário Vale do Rio Verde. professorpablomoro@gmail.com.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema o crime de assédio sexual no ambiente laboral, que consiste na prática de um ato de cunho sexual indesejado pelo assediado, o qual fere importantes princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a liberdade sexual, bem como, o princípio da proteção do trabalhador. Assim, para atingir os objetivos propostos, o presente estudo foi realizado através de uma intensa pesquisa bibliográfica qualitativa, envolvendo renomados autores, especialistas no tema assédio sexual no ambiente de trabalho. Dessa forma, discorreu sobre as diferentes maneiras em que o assédio poderá ser cometido, as partes envolvidas e a criminalização dessa conduta no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, demonstrou a dificuldade enfrentada pelas vítimas desse crime na obtenção de provas, bem como as consequências geradas tanto para o assediado, quanto para o assediador, expondo as possíveis formas de solução dessa conduta, através de medidas preventivas adotadas pelas empresas, garantindo assim, um ambiente de trabalho harmonioso e saudável.

Palavras-chave: Assédio sexual; Consequências; Medidas Preventivas.

ABSTRACT

The present work has as its theme the crime of sexual harassment in the work environment, which consists of the practice of an unwanted sexual act by the harassed, which violates important constitutional principles, such as the dignity of the human person and sexual freedom, as well as the principle of worker protection. Thus, to reach the proposed objectives, the present study was conducted through an intense qualitative bibliographical research, involving renowned authors, specialists in the theme of sexual harassment in the work environment. Thus, it discussed the different ways in which harassment can be committed, the parties involved and the criminalization of this conduct in the Brazilian legal system. Moreover, it demonstrated the difficulty faced by the victims of this crime in obtaining evidence, as well as the consequences generated for both the harassed and the harasser, showing the possible ways to solve this conduct, through preventive measures adopted by companies, thus ensuring a harmonious and healthy working environment.

Keywords: Sexual Harassment; Consequences; Preventive Measures.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho será desenvolvido com base em estudos realizados a respeito do assédio sexual no ambiente laboral. Ao longo da leitura poderá ser notado que o assunto não é recente e que continua a ser praticado nas relações trabalhistas, no entanto, ganhou maiores atenções juridicamente devido a inúmeras situações levadas aos tribunais.

Dessa forma, necessário se faz a contextualização do crime, as condutas praticadas pelos agentes, e quem ocupará o polo ativo e passivo dessas condutas. Além disso, será abordado os aspectos que caracterizam o assédio sexual no ambiente de trabalho, bem como suas formas e espécies.

Também, será evidenciado como esse crime é abordado pela legislação brasileira atual e a dificuldade das vítimas na obtenção de provas, além de demonstrar as consequências do assédio sexual, tanto para o assediado, quanto para o assediador, definindo ao final, quais as medidas preventivas que possam assegurar ao empregado um ambiente laboral agradável e harmonioso.

2 ASSÉDIO SEXUAL

2.1 Conceito de Assédio Sexual

O dicionário nos esclarece que “assédio” significa, entre outros significados, insistência inconveniente, persistente e duradoura em relação a alguém, perseguindo, abordando ou cercando essa pessoa (ASSÉDIO, 2022).

No entanto, uma das modalidades de assédio é o chamado “sexual”, que para a Organização Internacional do Trabalho – OIT e Ministério Público do Trabalho – MPT (OIT, 2017, p. 9) é definido como:

Conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente, por palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual. O assédio sexual viola a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da vítima, tais como a liberdade, a intimidade, a vida privada, a honra, a igualdade de tratamento, o valor social do trabalho e o direito ao meio ambiente de trabalho sadio e seguro.

Segundo Latif (2007, p. 568) a expressão “assédio sexual” se originou nos anos setenta, pelo fato dos pesquisadores ao analisarem as relações de gêneros no ambiente laboral, visaram a necessidade de ser criada uma denominação que representasse a conduta do superior hierárquico com um sentido sexual e que constituísse um exercício de seu poder.

Para Mauricio Godinho Delgado (2014, p. 1.294) o assédio sexual está conceituado como “a conduta de importunação reiterada e maliciosa, explícita ou não, com interesse e conotações sexuais, de uma pessoa física com relação à outra”.

Como se observa nos posicionamentos dos autores, e na cartilha lançada em 2017 pela Organização Internacional do Trabalho, juntamente com o Ministério Público do Trabalho, a definição do assédio sexual no ambiente laboral, está diretamente ligada à humilhação, constrangimento e ofensa à liberdade sexual do empregado, o que viola a dignidade da pessoa humana e o princípio básico de todo trabalhador, que é o da proteção.

2.2 Formas de Assédio sexual

Pode-se afirmar que existem duas formas de assédio sexual no ambiente laboral, podendo ocorrer de maneira vertical ou horizontal.

2.2.1 Assédio Sexual Vertical

Essa modalidade de assédio sexual é praticada pelo superior hierárquico do empregado, podendo ser dividido em vertical descendente e ascendente.

O primeiro é realizado pelo superior hierárquico (empregador) em relação ao inferior (empregado) em uma relação de trabalho. Por outro lado, o assédio sexual vertical ascendente ocorre quando os empregados realizam condutas tipificadas em face de seu empregador (LATIF, 2007).

2.2.2 Assédio Sexual Horizontal

Ainda, segundo Latif (2007, p. 570) o assédio sexual também poderá ser praticado de forma horizontal, o qual não exige subordinação hierárquica, ou seja, não é necessário que o assediante seja o empregador do ambiente laboral e que o assediado seja empregado subordinado.

2.3 Espécies de Assédio Sexual

Pode-se verificar em diversas doutrinas a existência de duas espécies de assédio sexual, ou seja, por chantagem e por intimidação, comuns em todos os tipos de assédio sexual, no entanto, com número elevado nas relações trabalhistas devido ao contato constante de proximidade entre os trabalhadores.

O assédio sexual por chantagem está diretamente ligado à troca de favores, no qual o superior hierárquico condiciona uma melhoria no trabalho, mediante a troca de favores sexuais, e a vítima, por medo de perder seu emprego, aumento salarial, ou não ascender profissionalmente, acaba cedendo (PAMPLONA FILHO, 2001).

Por outro lado, o assédio sexual por intimidação, também conhecido por assédio sexual ambiental, ocorre através de condutas praticadas pelo assediador que interferem no ambiente de trabalho, com a intenção de causar prejuízo à vítima ou de criar propositalmente alguma

situação que venha a ofendê-la, tornando-a incapaz de realizar suas atividades em razão de tal conduta (PAMPLONA FILHO, 2001).

O grande diferencial dessas duas espécies encontra-se na relação de poder hierárquico, além de um tratar da liberdade sexual e disposição do corpo, enquanto o outro dispõe sobre o ambiente de trabalho e questões psicológicas do assediado.

2.4 Sujeitos do Assédio Sexual

Os sujeitos do assédio sexual no ambiente de trabalho estão divididos em ativo e passivo, podendo ser o homem ou mulher, homossexual ou não.

O sujeito ativo é quem assedia, quem pratica o ato. Por um longo período de tempo, prevalecia-se a ideia de que somente o homem era quem ocupava o polo ativo desse crime, no entanto, a mulher começou a ocupar cargos de relevância no mercado de trabalho, exercendo o poder de mando, assim, também passou a figurar no polo ativo desse tipo. Além do mais, nada impede que os agentes sejam do mesmo sexo das vítimas (LATIF, 2007).

Quanto ao sujeito passivo, trata-se do empregado assediado pelas condutas de seu superior hierárquico. No entanto, pode-se verificar neste polo, uma única hipótese inversa da regra, quando o empregado assedia sexualmente o seu empregador.

Para melhor compreensão devemos acompanhar a reportagem escrita pela vice-presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Lourdes Cortes (2012, p.1):

Não há dúvidas: a mulher está mais sujeita ao assédio sexual em todas as carreiras e isso se deve, principalmente, à cultura brasileira de "objetificação do corpo feminino" (...) Dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indicam que 52% das mulheres economicamente ativas já foram assediadas sexualmente. O principal efeito que o assédio sexual produz no contrato de trabalho é a sua dissolução, através do pedido de demissão, abandono de emprego e rescisão indireta.

Portanto, não se tem dúvidas de que a mulher é a figura que mais sofre com o assédio sexual no âmbito do trabalho, o qual lhe acarreta transtornos não só em sua vida profissional, como também em sua vida pessoal e psicológica.

3 CRIMINALIZAÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL

De início, cabe ressaltar que em razão das culturas e costumes, as condutas de assédio sexual são tratadas de maneiras distintas pelo mundo. Em determinados países o assunto é tratado nas leis civis sobre igualdade, como é o caso dos Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, entre outros, enquanto na França e a Nova Zelândia, o assunto é disposto em leis

trabalhistas. Diferente do que ocorre nos países asiáticos, onde o assédio sexual não é reconhecido como um problema social (SANTOS, 2008).

A legislação brasileira por sua vez, repudia toda e qualquer forma de investidas contra a dignidade humana, bem como defende e ampara as vítimas de assédio, tanto moral quanto sexual. Tais garantias que visam a cidadania e a dignidade estão expressas na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e na Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Além disso, o Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940, p.47), tipificou a prática de assédio sexual, caracterizando-o como crime, sendo introduzido no ordenamento jurídico através da Lei 10.224, de 15/05/2001, passando então a ter a seguinte redação: “Art. 216-A Constranger alguém com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos.”

Isto posto, a inclusão do crime de assédio sexual no ordenamento jurídico brasileiro, demonstra certo amadurecimento do legislador pátrio, que de certo modo acabou por render-se aos reclamos da sociedade, manifestados através dos inúmeros posicionamentos da doutrina nacional e das decisões dos tribunais brasileiros.

4 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO SEXUAL

As consequências do assédio sexual no âmbito do trabalho podem ocorrer tanto para o assediador, quanto para o assediado. Tais consequências apresentam uma abordagem diferente para os sujeitos envolvidos, respondendo cada um, na proporção em que praticar seus atos.

De acordo com as normas estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (1943), as empresas deverão prezar pela segurança e saúde de seus funcionários, não só em relação a doenças e acidentes de trabalho, como também na promoção a saúde e a qualidade de vida. No entanto, a maior consequência do assédio sexual é exatamente a perda dessa qualidade que se almeja em um ambiente laboral e na vida da vítima (BRASIL, 1943).

Assim, conforme esclarece Pamplona Filho (2001, p. 159), para o assediador, as consequências poderão ocorrer em diferentes esferas. Na esfera trabalhista, quando determinado empregado comete o assédio sexual em relação a outro colega de emprego, responde também o empregador que não toma providencias em face do empregado autor do assédio. No entanto, diante dessas situações, quando notado esse tipo de comportamento, deverão ser aplicadas medidas de advertência, suspensão e justa causa para extinção do contrato de trabalho para situações de maior gravidade, com fulcro no artigo 482, alínea b, da CLT (BRASIL, 1943).

Na esfera civil, é admissível ação de danos morais e materiais pelos prejuízos que forem causados ao assediado, quando os empregados ou o próprio empregador, comete o assédio sexual, em relação a outro empregado. Assim, conforme prevê o Código Civil, em seus artigos 932, inciso III, 933 e 942, parágrafo único, o empregador é também responsável civilmente pelos atos praticados por seus empregados no exercício ou em razão do trabalho que lhes competir, sendo tal responsabilidade solidária e independente de dolo ou culpa, podendo o empregador entrar com ação de regresso contra o empregado, observando o artigo 462, parágrafo 1º da CLT (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região estabeleceu o que segue na ementa *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL. Demonstrado nos autos que a autora foi vítima de assédio sexual, decorrente de constrangimento sofrido em razão de conduta de seu superior hierárquico, de conteúdo com conotação sexual e cunho desrespeitoso, é devida a indenização por danos morais (BRASIL, 2012, p. 01).

Assim, nota-se que a empresa tem a responsabilidade e o dever de garantir aos seus funcionários uma integridade física e mental, além de promover um ambiente laboral harmônico, sadio e pacífico.

Já a responsabilização penal para o assediador encontra-se amparada no Código Penal brasileiro em seu artigo 216-A, podendo o sujeito, se condenado, cumprir pena de um a dois anos de detenção (BRASIL, 1940).

Quanto ao assediado, é difícil dar continuidade a sua vida de maneira normal, tanto pessoal quanto profissional, devido aos traumas e constrangimentos causados pela prática do ato, difíceis de serem apagados.

Dentre as consequências sofridas pela vítima estão presentes o estresse, baixo rendimento de produção, ansiedade, medo, nervosismo, traumas e até mesmo a depressão. Todas essas consequências são ocasionadas em razão do assédio sexual sofrido no ambiente de trabalho, ocasionando nas vítimas uma baixa produtividade no andamento de suas funções, além de uma significativa queda na disposição para o trabalho (BIANCHINI, 2002).

Dessa forma, o empregado diante dessas situações, poderá se valer da despedida indireta, constante do artigo 483 da CLT, aplicado nos casos em que haja descumprimento de cláusulas pactuadas e quando o empregador comete falta grave, permitindo assim, o rompimento do contrato de trabalho por parte do empregado (BRASIL, 1943).

Desse modo, pode-se notar que são diversas as consequências provocadas por esse crime, tanto para o autor, e principalmente para a vítima, vez que, tal conduta fere vários princípios e direitos personalíssimos do ser humano.

5 MEIOS DE PRODUÇÃO DE PROVAS

Por não ocorrer, na maioria das vezes, de forma pública e notória, o crime de assédio sexual acaba sendo difícil de ser comprovado pelas vítimas. Dessa forma, as alegações realizadas em juízo, acabam não sendo suficientes para demonstrar a verdade dos fatos, ainda mais que o ônus da prova é de incumbência da parte que alega o ocorrido (PAMPLONA FILHO, 2001).

No que se refere às provas obtidas por meio de testemunhas, Sznick (2001, p. 50) expõe que:

A prova testemunhal é a mais comum, e muitas vezes, a mais forte. Como anotado acima há dois inconvenientes: o primeiro é que, sendo o assédio cometido às escondidas, sem testemunhas, muitas vezes inexiste a possibilidade da testemunha; em segundo, o testemunho permite encenação, apesar de ser bem feita, mas que não condiz com a verdade.

Diante da intensa dificuldade de se obter outro meio de prova, as testemunhas ainda continuam sendo o principal meio que a vítima pode se valer para dar respaldo na sua queixa, porém, se for o caso de serem obtidas outras provas através de uma gravação, documentos ou perícia, estas devem ser utilizadas.

Em relação as provas documentais, estas podem ser apanhadas por meio de e-mails, mensagens eletrônicas, cartas, fotos, ligações e até a confissão do assediador. Por outro lado, as provas periciais serão colhidas através de gravações audiovisuais e de áudio, roupas da vítima e do autor, impressões digitais ou até mesmo fluidos no caso de beijos ou outros atos sexuais (PAMPLONA FILHO, 2001).

No que se refere a prova pericial o autor Carlos Henrique Bezerra Leite (2009, p. 527) explica que “A prova pericial pode consistir em exame, vistoria ou avaliação, cabendo ao expert elaborar laudo pericial, que conterà os dados técnicos necessários ao esclarecimento dos fatos e à formação da convicção do juiz.”

No que se refere às provas obtidas por meio de gravações, há pouco tempo, não eram admitidas judicialmente. Atualmente os Tribunais passaram a admitir tais provas quando o crime é o de assédio sexual no ambiente trabalhista, até porque esta seria a melhor forma de demonstrar que as condutas praticadas pelo assediador seriam de cunho sexual (BARROS,

2008).

Vejamos o posicionamento do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região:

Ementa GRAVAÇÃO TELEFÔNICA. DESCONHECIMENTO DE UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. Seguindo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do C. Tribunal Superior do Trabalho, firmou-se o entendimento no sentido de que as gravações telefônicas de conversas realizadas por um dos interlocutores, com desconhecimento do outro, não é considerada prova ilícita. (BRASIL, 2014, p. 01).

Cumprido frisar, que as provas alegadas para acusar o autor do crime de assédio sexual devem ser relevantes e concretas, caso contrário, a parte que alegar falsamente a acusação ficará sujeita à sanções de injúria, difamação e calúnia (BARROS, 2008).

Diante dessa dificuldade e para um melhor resultado na descoberta do caso, alguns princípios basilares devem ser aplicados e respeitados no momento da instrução probatória, sendo eles: necessidade da prova, unidade da prova, proibição da prova obtida por meio ilícito, livre convencimento do juiz ou persuasão processual, obrigatoriedade, contraditório e ampla defesa, aquisição processual e imediação (BARROS, 2008).

É fato que a legislação, até certo ponto, é ineficaz, pois, apesar de existir, não consegue coibir totalmente os casos de assédio sexual. Isso ocorre devido ao fato de que é muito difícil conseguir demonstrar e provar que o assédio sexual realmente aconteceu. Em muitos casos é apenas a palavra da vítima contra a palavra do agressor, que nem sempre consegue coletar alguma prova concreta ou sequer obter apoio de alguma testemunha, ficando a cargo do magistrado tomar as providências necessárias, baseando-se no seu livre convencimento.

6 MEDIDAS DE COMBATE E PREVENÇÃO

Existem diversas maneiras de se combater e prevenir o assédio sexual no ambiente de trabalho. De início, podemos mencionar o interesse das empresas em elaborarem medidas de combate, mediante palestras, cartilhas de comportamento, ouvidorias, caixas postais para as vítimas depositarem suas denúncias, sempre garantindo o sigilo das informações (LIPPMANN, 2005).

Além disso, é necessário destacar a extrema importância das empresas no momento da contratação, devendo dispor para seus empregados, manuais de comportamento, que demonstrem as consequências e medidas a serem tomadas por ela, diante do cometimento desse crime por algum de seus funcionários.

Devido a extrema importância do tema em estudo, foi criada pela Organização Internacional do Trabalho - OIT em parceria com o Ministério Público do Trabalho – MPT,

uma cartilha com perguntas e respostas, orientando vítimas e testemunhas do assédio sexual no ambiente laboral:

E SE VOCÊ TIVER CONHECIMENTO DE ASSÉDIO SEXUAL NO SEU TRABALHO? (...) Você pode cooperar das seguintes formas: Oferecer apoio à vítima, inclusive na coleta das provas; Disponibilizar-se como testemunha; procurar o sindicato e relatar o acontecido; apresentar a situação a outros trabalhadores e solicitar mobilização; denunciar aos órgãos públicos competentes; comunicar ao setor responsável ou ao superior hierárquico do assediador. PARA QUEM DENUNCIAR O ASSÉDIO SEXUAL? Se você é vítima ou tem conhecimento da prática do assédio sexual no trabalho, você pode denunciar em quaisquer destes meios: 1. Nos espaços de confiança da empresa, a exemplo de “urnas de sugestão” ou Ouvidorias; 2. Nos Sindicatos ou Associações; 3. Nas Gerências do Ministério do Trabalho; 4. No Ministério Público do Trabalho da sua localidade; 5. Na Delegacia da Mulher, caso a vítima seja mulher, e, na falta desta, em uma delegacia comum. Se, eventualmente, a vítima for homem, registrar a ocorrência na delegacia comum. Nada impede, ainda, que a vítima busque assistência jurídica para ajuizamento de ação trabalhista na Justiça do Trabalho (OIT, 2017, p. 20).

Assim, através das medidas acima descritas, crimes de cunho sexual teriam uma grande queda nas relações laborais, pois, se tais formas de combate fossem devidamente compartilhadas com todos da empresa, não existiria a possibilidade de o autor negar o conhecimento de que determinada conduta caracterizaria o crime de assédio sexual, mantendo assim, um ambiente de trabalho saudável e protegido, além de um bom convívio social.

7 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para atingir os objetivos propostos, o presente estudo foi realizado através de uma intensa pesquisa bibliográfica qualitativa, envolvendo renomados autores, especialistas no tema assédio sexual no ambiente de trabalho, como por exemplo, Aloysio Santos, Ernesto Lippmann, Alice Bianchini, Rodolfo Pamplona Filho, Maurício Godinho Delgado, dentre outros.

Além disso, foram empregados outros meios de capacitação de informações sobre o assunto, ou seja, revistas online, jurisprudências e legislações normativas vigentes, como a Constituição Federal, Consolidação das Leis de Trabalho e o Código Penal.

Os materiais supracitados foram utilizados como forma de concentrar e comparar os diferentes dados encontrados nas fontes de consulta, a fim de elencar os principais fatores que ocasionam a ocorrência do assédio sexual no ambiente de trabalho, assim como, as consequências e ações preventivas da prática desse ato nos ambientes laborais.

O resultado desta pesquisa exploratória acima mencionada, estará demonstrado no decorrer deste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou abordar o assédio sexual e suas principais consequências nas relações de trabalho. Inicialmente, foi necessário descrever o seu conceito e sua previsão legal no direito brasileiro, ficando demonstrado que o assédio em questão é configurado através de condutas de natureza sexual não desejada que, apesar de repelida, é continuamente reiterada, cerceando a liberdade sexual de outrem, violando os princípios da livre disposição do próprio corpo, da dignidade da pessoa humana e do direito à intimidade.

Além disso, ficou constatado que a prática de tal crime, acarretam diversas consequências tanto para a vítima, quanto para o assediante, vez que este último se vale de sua superioridade hierárquica para alcançar seu objetivo de cunho sexual, por meio de chantagens ou intimidações.

Para a vítima, além de ferir seus princípios constitucionais, tal conduta pode lhe causar problemas psicológicos, além de um insuportável ambiente laboral, fazendo com que a mesma peça demissão e venha a perder seus direitos trabalhistas. Para o assediador, além da má reputação, a prática do assédio sexual poderá abranger diferentes áreas do direito, ou seja, penal, civil e trabalhista.

Dessa forma, conclui-se que a prevenção e a adoção de normas de segurança pelas empresas é a melhor forma de se evitar o assédio sexual nas relações de trabalho, garantindo aos empregados a necessária proteção que lhe são devidas, e no caso de serem violadas, é dever do Estado, através do judiciário, tomar as medidas necessárias aplicando as devidas punições aos infratores, resguardando a proteção dos empregados e de seus direitos positivados na legislação.

REFERÊNCIAS

ASSÉDIO. In: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/assedio/>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BIANCHINI, Alice. **A legitimação do processo de incriminação do assédio sexual**. In: DE JESUS, Damásio E.; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Assédio Sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2008.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 07 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 07 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Gravação Telefônica. Desconhecimento de um dos interlocutores. Prova Lícita. Processo nº XXXXX20070091100. BV Financeira S.A. versus Fabíola Cristina da Silva. Relator: Lairto José Veloso. Roraima, Acórdão de 15 de mai. 2014. **Jusbrasil**. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-11/412691544/inteiro-teor-412691551>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário. Indenização por danos morais. Assédio Sexual. Processo nº XXXXX-72.2012.5.15.0032. Nova Casa Bahia S.A. versus Andrea Cristiane do Prado Soares. Relator: André Augusto Ulpiano Rizzardo. Campinas. Acórdão de 15 de set. 2012. **Jusbrasil**. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-15/24592762/inteiro-teor-112086057>. Acesso em: 09 mai. 2022.

CORTES, Lourdes. A Mulher está mais sujeita ao Assédio em Todas as Carreiras. **Tribunal Superior do Trabalho TST**. 2012. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/a-mulher-esta-mais-sujeita-ao-assedio-em-todas-as-carreiras#:~:text=03%2F11%2F12%20%2D%20N%C3%A3o,mentalidade%20infelizmente%20permeia%20toda%20a>. Acesso em: 15 abr. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2014.

LATIF, Omar Aref Abdul. Assédio sexual nas relações de trabalho. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, X, n. 41, maio 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-41/assedio-sexual-nas-relacoes-de-trabalho/>. Acesso em: 01 abr. 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio Sexual nas Relações de Trabalho**. 2ª edição. Rio de Janeiro: LTR, 2005.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Assédio Sexual no Trabalho: Perguntas e respostas**. 2017. Disponível em http://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_559572/lang--pt/index.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: LTR, 2001.

UNINCOR

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SZNICK, Valdir. **Assédio Sexual e Crimes Sexuais Violentos**. São Paulo. Editora Ícone. 2001.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

EUTANÁSIA E SUA CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

EUTHANASIA AND IT'S CONSTITUTIONALITY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Julia Agnes Rodrigues Pires Ayres¹; Prof. Giovanni Jonatas de Souza²; Prof^a Mestre Maria Celina da Piedade Ribeiro³

¹Julia Agnes Rodrigues Pires Ayres. UNINCOR. julia.agnes@aluno.unincor.edu.br. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0745-3048>

²Giovanni Jonatas de Souza. UNINCOR. prof.giovanni.souza@unincor.edu.br. ORCID. <https://orcid.org/0000-0002-7215-3933>

³Maria Celina da Piedade Ribeiro. ORCID. <https://orcid.org/0000-0003-3917-3702>

RESUMO

A referida pesquisa tem por escopo apresentar a eutanásia como um direito de todos, da mesma forma que é visto o direito à vida, dentro dos limites dos direitos fundamentais constitucionais. Partindo do pressuposto de que, atualmente, a prática é tida como ilegal, a presente investigação traz justificativas para a defesa em favor da prática, em conformidade com a garantia dos direitos fundamentais. Assim, por meio da revisão bibliográfica, visa demonstrar os resultados obtidos por meios exploratórios e explicativos, para que assim, o presente repertório possa trazer através de uma análise de todo material, uma apresentação e definição explicativa da possível aplicação da teoria apresentada. Para que se alcance os resultados esperados necessita-se definir o que é a eutanásia; descrever a prática da eutanásia no decorrer da história; diferenciar eutanásia de suicídio assistido, ortotanásia e distanásia; enunciar a legislação brasileira e comparar à legislação estrangeira; compreender os direitos constitucionais à vida e à dignidade da pessoa humana e possibilidade de relativização de um direito fundamental pela sobreposição de outro; julgando se o direito a eutanásia é garantia do direito da dignidade da pessoa humana, mesmo sobrepondo ao direito à vida. Portanto, conclui-se que a relativização é subjetiva, devendo o legislador e magistrado pautar quando possível pela escolha da dignidade da pessoa, mesmo que seja pela opção da morte, quando a pessoa possui consciência de sua escolha. Constituinto uma medida de justiça e em prol do bem estar da sociedade, meio de garantir a dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: eutanásia; dignidade da pessoa humana; constitucionalidade; ordenamento jurídico brasileiro

ABSTRACT

This research aims to present euthanasia as a right for all, in the same way that the right to life is seen, within the limits of fundamental constitutional rights. Assuming that, currently, the practice is considered illegal, the present investigation brings justifications for the defense in favor of the practice, in accordance with the guarantee of fundamental rights. Thus, through a bibliographical review, it aims to demonstrate the results obtained by exploratory and explanatory means, so that the present repertoire can bring, through an analysis of all the material, a presentation and explanatory definition of the possible application of the presented theory. In order to reach the expected results, it is necessary to define what euthanasia is; describe the practice of euthanasia throughout history; differentiate euthanasia from assisted suicide, orthothanasia and dysthanasia; enunciate the Brazilian legislation and compare it to the foreign legislation; understand the constitutional rights to life and human dignity and the possibility of relativizing a fundamental right by superimposing another; judging whether the right to euthanasia is a guarantee of the right to human dignity, even overriding the right to life. Therefore, it is concluded that relativization is subjective, and the legislator and magistrate should guide, when possible, the choice of the dignity of the person, even if it is the option of death, when the person is aware of his choice. Constituting a measure of justice and in favor of the welfare of society, a means of guaranteeing the dignity of the human person.

Keywords: euthanase; dignity of human person; constitutionality; brazilian legal system.

1 INTRODUÇÃO

A Eutanásia é comumente conhecida por toda a polêmica que gera ao redor do mundo. A prática é autorizada e regulamentada em alguns países, porém em outros, assim como no Brasil, é considerada ilegal, tornando-se desta maneira o indivíduo que a executa responsabilizado por crime. Em síntese, tem por objetivo a morte por compaixão, sem esperar que o enfermo portador de moléstias em fases terminais e irreversíveis precise testar os próprios limites de tolerância à dor, possibilitando chegar aos estágios finais com dignidade e menos sofrimento.

Destarte, a teoria da prevalência e respeito da dignidade humana, como sendo esta qualidade intrínseca e distinta de cada pessoa, tem por finalidade justificar a importância em respeitar a escolha do enfermo, sob condições e fundamentos que contém previsões qualificadas dentro dos ditames legais do ordenamento jurídico brasileiro.

Algumas divergências ocorrem no Brasil, no que tange a morte digna. Por esta razão, o desconhecimento da prática e a ausência de legislações específicas sobre o tema, deixam lacunas que geram dúvidas e abrangências acerca da interpretação das normas vigentes. Partindo-se deste pressuposto, é indeclinável o estudo relacionado às variações de tipos e conceitos que se confundem com a eutanásia, bem como a verificação da possibilidade de relativização do direito à vida, em contraposto ao direito da dignidade da pessoa humana.

2 EUTANÁSIA

Existem registros históricos que remontam ao início das civilizações, os quais revelam a eutanásia ser uma prática adotada pelos mais diversos povos e realizada por incontáveis motivos. Apesar da ancestralidade na prática, a palavra “eutanásia” foi criada apenas no século XVII pelo filósofo inglês Frank Bacon, quando descreveu na sua obra “Historia vitae et mortis”, como tratamento mais adequado para as doenças incuráveis (CARVALHO, 2016).

Conforme definição apresentada por Gonçalves (2018) estão presentes em sua etimologia duas palavras gregas: “EU” que significa “bem” ou “boa” e “THANASIA” que é o equivalente a morte. Sendo assim, o termo eutanásia traz um estudo semântico como “boa morte” ou “morte digna”.

Consoante esta linha de raciocínio que define o termo, Shimamura, Terasaca e Amaral (2008, p.02) esclarecem ainda:

A Eutanásia pode ser entendida como a ação ou omissão do médico ou profissional responsável que emprega ou se abstém de procedimentos a fim de não prolongar a vida do indivíduo incurável, em estado de grave sofrimento. Em nosso ordenamento jurídico vem sendo tratada como crime pela lei penal, no qual fora tipificada ora como homicídio, ora como auxílio ao suicídio, por parte daquele quem auxilia suaprática.

Em análise sobre como diversos conceitos errôneos acerca da prática são popularmente mais conhecidos do que o que viria a constituir a eutanásia de fato, torna-se considerável mencionar que, os fundamentos para considerar a prática como crime e penalizar a aplicação nas técnicas de medicina moderna, podem estar contaminados de um bom senso comum desprovido de qualquer sentimento e discussão, científica, filosófica e até democrática. (SHIMAMURA, TERASACA, AMARAL, 2008).

2.1 A Antropologia Cultural da Eutanásia e no Brasil

Especificamente, na região de Atenas - atual Grécia, o Senado tinha total poder para então definir sobre a morte dos mais velhos e dos enfermos incuráveis. Na antiga Esparta, recém-nascidos eram jogados de um precipício se nascessem deformados. Durante a Idade Média, guerreiros feridos em batalhas nos mais diversos continentes, recebiam um punhal para que tirassem a própria vida, e assim se livrassem da dor e do sofrimento. (MAGALHÃES, 2014).

Ensinam Humphry e Wickett (2005), que os índios aimarás, na Bolívia, estando em fase terminal de uma enfermidade, contavam com a família e os amigos, que se dirigiam à casa do doente para acompanhar a sua morte. Se esta tardava a chegar, o moribundo solicitava ajuda e os familiares não mais lhe davam água ou alimentos até que perdesse a consciência e morresse.

Já na América do Sul, onde hoje localiza-se o Brasil, a população era rural em sua enorme maioria e obrigatoriamente nômades, devido a isso, sacrificavam anciãos e enfermos, para não os abandonar aos ataques de animais selvagens. (MAGALHÃES, 2014).

No que diz respeito aos fatos narrados, é de relevância mencionar que segundo estudos sociológicos realizados sobre a formação da cultura brasileira, há comprovações de que a colonização do Brasil foi capaz de gerar grandes impactos na sociedade brasileira (PORFÍRIO, 2016, p. 3):

Os elementos mais antigos da cultura genuinamente brasileira remontam aos povos indígenas que já habitavam o território do país antes da chegada dos portugueses em 1500. [...] Com a chegada dos portugueses e o início da colonização, a cultura europeia foi introduzida, à força nos povos indígenas, e as missões da Companhia de Jesus (formadas por padres jesuítas) vieram para o Brasil com o intuito de catequizar os índios.

Tendo em vista uma cultura ser sociologicamente formada e definida por todas as religiões e tradições que a ela pertencem, observa-se na história do Brasil uma forte presença da influência da moral judaico-cristã. O cristianismo constitui a maior influência para a formação de nosso povo, principalmente pela vertente católica, que compõem o maior grupo religioso brasileiro (PORFÍRIO, 2016).

De forma a trazer o tema para um contexto mais atual, com base em preceitos éticos, sociais e legais, encontra-se o conceito de que a moral religiosa não autoriza a realização da eutanásia, constituindo-se inclusive grave pecado (IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA, s.d.).

Conforme declara Souza (2019, p. 01), “o Estado deve agir com o máximo de neutralidade e igualdade possível com relação as mais diversas pautas, por isso, a laicidade é um princípio crucial para a manutenção da democracia e dos direitos individuais e coletivos.

Para Souza (2019), o Brasil é um Estado laico, o que teoricamente prega a desagregação da religião e seus valores sobre os demais atos governamentais. Em uma democracia, a pluralidade de crenças e valores é incalculável, justamente por pousar sobre o direito de liberdade do indivíduo.

2.2 Diferença entre Eutanásia, Suicídio Assistido, Ortotanásia e Distanásia

Existem ainda outros questionamentos acerca do que viria a ser a eutanásia, quais os tipos e se em relação às demais práticas podem ter algumas semelhanças em suas intenções. Nesse interim, revela-se que geralmente os meios como executam-se acabam por seguir caminhos divergentes. Ante a ausência de um tipo penal particular, a prática pode ser eventualmente enquadrada como auxílio ao suicídio. Destarte, para Shimamura, Terasaca e Amaral (2008, p. 02), “o suicídio assistido consiste no suicídio praticado com auxílio, orientação ou observação de um terceiro”.

Nas palavras de Brandalise, et al (2018, p. 02):

O suicídio assistido e a eutanásia são práticas realizadas para abreviar a vida de pacientes que estão em sofrimento insuportável e sem perspectiva de melhora. No suicídio assistido, o paciente de forma intencional, com ajuda de terceiros, põe fim a própria vida, ingerindo ou autoadministrando medicamentos letais. Na eutanásia ativa, uma terceira pessoa, a pedido do paciente administra-lhe agente letal, com a intenção de abreviar a vida e acabar com o sofrimento.

Em conflito direto com a distanásia, a ortotanásia é a prática que tem por finalidade a morte pelo seu processo natural. Só sendo realizada nos casos em que o paciente encontra-se

em estado natural da morte, e desta forma, recebe contribuição solidária por parte do médico responsável para que consiga seguir o curso natural mais rápido. (VIEIRA, 1999)

Confundida ainda com eutanásia passiva, Menezes, Selli e Alves (2009, p. 04) confirmam que:

É importante ressaltar, também, a diferença entre ortotanásia e eutanásia passiva, conceitos que são frequentemente confundidos. Na ortotanásia, é a doença de base a responsável pela morte; na eutanásia passiva, a moléstia não é fatal, ou ainda não chegou ao ponto da terminalidade, da reta final da vida.

Em síntese, conforme preceitua Padilha no que tange à ortotanásia (2020, p. 357):

O médico acompanha o processo natural de morte, sem prolongamento artificial. A omissão voluntária ocorre quando os meios extraordinários para prolongar a vida de alguém, embora eficazes, atingem apenas transitoriamente o objetivo buscado, de forma que a situação do paciente logo retorna à condição anterior.

Em contrapartida, a prática da distanásia, conforme conceito apontado pela jurista Diniz (2006, p. 399) “trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte”.

Além de que, segundo entendimento de Padilha (2020, p. 357) ser “o emprego de todos os meios terapêuticos possíveis, inclusive os extraordinários, no doente agonizante, já incapaz de resistir, e no curso natural do fim de sua vida”.

Logo, observa-se que a distinção dos institutos se caracteriza pelo tratamento dado ao enfermo até a morte, sendo que no suicídio assistido, o enfermo com auxílio de terceiro, utiliza-se de medicamentos ou outro meio para lhe antecipar a morte, diferentemente de quando este auxílio exercido unicamente por terceiro, no caso da Eutanásia ativa, já ortotanásia constitui-se pelo processo natural da morte, sem intervenção de medicamentos ou meios sejam para prologar a vida ou antecipar a morte, diferenciando-se da distanásia, meio pelo qual, o enfermo utiliza-se de tratamento, no intuito de prolongar a vida ao máximo possível.

3 O PRECONCEITO COM A MORTE

Com a evolução da humanidade os costumes se modificaram perante a normalidade, em lidar com a morte em muitos continentes. Apesar de na atualidade ser mais comum para um grupo minoritário de povos e culturas no mundo, nem sempre foi assim.

De acordo com Doughty (2016 p. 62):

Quando a peste bubônica assolou a Europa no século XIV, os corpos das vítimas ficavam nas ruas à vista do público, às vezes durante dias. As carroças de mortos acabavam coletando e levando os falecidos para a fronteira da cidade onde valas foram cavadas para funcionarem como túmulos coletivos.

Na mesma obra, constata-se que, demasiadamente diferente das épocas passadas em que tratar-se a morte como um fenômeno natural da vida, com o avanço da tecnologia, a indústria farmacêutica, do entretenimento e em especial a de cosméticos, passaram a ter um crescimento desenfreado que trouxe com suas constantes novidades, as propagandas que causam a ilusão de imortalidade nas gerações dos dois últimos séculos.

No que diz respeito entendimento de Doughty (2016, p. 63), sobre a camuflagem da mortalidade:

O mundo industrializado estabeleceu sistemas para impedir esses encontros desagradáveis com os mortos. [...] Corpos atravessam o planeta nos compartimentos de carga de aviões enquanto passageiros de férias viajam em cima. Nós colocamos os mortos embaixo. Não só debaixo da terra, mas também debaixo de tampos de macas falsas de hospital, dentro das barrigas de aeronaves e nas profundezas da nossa mente consciente. Só quando os sistemas são corrompidos é que percebemos que eles existem.

Com o objetivo de vender a imortalidade, a indústria da beleza fez com que a morte também sofresse alterações em sua aparência, tornando uma anormalidade ver corpos humanos como de fato são: matéria orgânica que envelhece, adoece e se desintegra. Existe de fato uma cultura de negação da morte e essa negação, assume muitas formas. Nossa obsessão pela juventude, os cremes, os produtos químicos e as cirurgias remodeladoras, e ainda os oferecidos por aqueles que querem vender a ideia de que a idade e a naturalidade física, mostram que os corpos podem assumir uma aparência grotesca (DOUGHTY, 2016).

Por oportuno, vale ressaltar de forma a parafrasear Gawande, cirurgião e jornalista, em seu inovador artigo na revista americana *The New Yorker*, acerca do envelhecimento e fim da vida:

Esta não é uma perspectiva atraente, e as pessoas naturalmente preferem evitar o assunto de sua decrepitude. Houve dezenas de livros best-sellers sobre envelhecimento, mas eles tendem a ter títulos como “Jovem no próximo ano”, “A fonte da idade”, “Sem idade”, “Os anos sensuais”. Ainda assim, há custos para desviar nossos olhos das realidades. Por um lado, adiamos as mudanças que precisamos fazer como sociedade. Por outro, nos privamos de oportunidades para mudar a experiência individual do envelhecimento para melhor. (GAWANDE, 2007, p. 07).

Ao passo que, afastar o assunto da realidade pode ser mais prejudicial do que se pensa. Conforme explica Doughty (2016, p. 13), o modo como as pessoas escolhem lidar com o fenômeno, diz mais sobre si mesmos do que sobre o receio intrinsecamente instaurado desde cedo, assim expresso pelo autor:

Podemos nos esforçar para jogar a morte para escanteio, guardando cadáveres atrás de portas de aço inoxidável e enfiando os doentes e em quartos de hospital. Escondemos a morte com tanta habilidade que quase daria para acreditar que somos a primeira geração de imortais. [...] O medo da morte é o motivo de construirmos catedrais, de termos filhos, de declararmos guerras. A morte guia todos os impulsos criativos e destrutivos que temos como seres humanos. Quanto mais perto chegamos de entendê-la, mais perto chegamos de entender a nós mesmos.

Analogamente, pode-se resumir como mencionado na obra “A Negação da Morte”, pelo antropólogo cultural Becker (2007, p. 21), “a ideia da morte, o medo dela, assombra o animal humano como nenhuma outra coisa”.

4 A INCAPACIDADE FUNCIONAL NO SER HUMANO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A incapacidade funcional, se caracteriza por meio da dificuldade em desempenhar atividades cotidianas que o indivíduo afetado costumava ter algum domínio, em função de um problema de saúde ou em decorrência de um histórico de qualidade de vida precário. Associada a demais fatores, a incapacidade funcional pode ser diferenciada por duas vertentes e meios que afeta: a realização de atividades comumente praticadas por qualquer idade, conhecida pela sigla (ABVD), sendo estas as tarefas ligadas à mecanismos essenciais para o cotidiano, como se alimentar, fazer a higiene pessoal e se vestir. E por outro lado, a realização das atividades instrumentais e rotineiras (AIVD), mas que estão em relação direta com a independência do indivíduo na sociedade, como fazer compras, dirigir e pagar contas, entre outras (NUNES, ET AL, 2016).

Com relação à competência comportamental, para Lawton (1991), esta representa a avaliação do funcionamento da pessoa quanto à saúde, ao uso do tempo e às dimensões sociais e cognitivas. Estas competências do indivíduo em suas realizações habituais se refletem em autonomia e independência, devendo levar-se sempre em consideração os demais aspectos objetivos, subjetivos e contextuais que as envolvem.

Conforme Karsch (2003), quando a incapacidade atinge o ser humano, ele se torna funcional e intelectualmente impossibilitado de exercer as atividades diárias que comumente realizaria, passando desta forma a afetar o *status* psicológico e o uso de serviços de cuidados de longa permanência, podendo vir inclusive, a causar agravantes às suas condições e, portanto, o impedimento de funcionar conforme deveria.

Segundo entendimento de Lima-Costa, Barreto e Giatti (2003), sobre as condições de saúde e o uso de serviços de saúde da população brasileira, desde então os idosos têm pelo menos uma doença crônica, sendo hipertensão e a artrite as mais comuns em território nacional.

A doença crônica é dominante e a maior causa de incapacidade.

Ao tratar-se das condições de vida adequadas para uma população com alta expectativa de vida para seus idosos, reflete-se à luz das palavras de Veras (2009, p. 04):

Um dos resultados dessa dinâmica é a maior procura dos idosos por serviços de saúde. As interações hospitalares são mais frequentes e o tempo de ocupação do leito é maior quando comparado a outras faixas etárias. Desta forma, o envelhecimento populacional se traduz em maior carga de doenças na população, mais incapacidade e aumento do uso de serviços de saúde.

Seguindo o preposto de que a incapacidade atinge o indivíduo de forma a provocar mais internações e maior tempo de ocupação de leito, destaca-se entendimento de Doughty (2016, p. 224), acerca das hipóteses que se seguem em decorrência de enfermidades mais graves:

A palavra “decúbito” vem do latim, *decumbere*, que significa ficar deitado. Como regra, pacientes acamados precisam ser movidos em intervalos de poucas horas, para garantir que o peso do próprio corpo não pressione os ossos no tecido e na pele, interrompendo a circulação sanguínea. Sem o fluxo de sangue, o tecido começa a apodrecer. As escaras ocorrem quando um paciente é deixado na cama por um período longo, como costuma acontecer em casas de repouso com poucos funcionários. Sem movimento, o paciente vai começar a se decompor enquanto ainda está vivo, sendo comido pelo próprio tecido necrótico.

Muitas pessoas apresentam múltiplos problemas coexistentes e buscam inúmeros especialistas, porém, sem obter resultados eficazes, resta como alternativa passar por situações como essas, com dificuldade. De acordo com publicação na revista norte americana intitulada *The New Yorker*, por Gawande (2007, p. 23), é igualmente preocupante:

As inscrições para programas de treinamento em medicina de cuidados primários para adultos estão despencando, enquanto campos como cirurgia plástica e radiologia recebem inscrições em números recorde. Em parte, isso tem a ver com dinheiro – os rendimentos em geriatria e cuidados primários para adultos estão entre os mais baixos da medicina. E, em parte, admitamos ou não, a maioria dos médicos não gosta de cuidar de idosos.

Não existem recursos paliativos e especialistas suficientes para cuidar de maneira adequada de uma sociedade acometida por inúmeras doenças e pela própria idade avançada, mas insiste-se em intervenções médicas para manter as pessoas vivas. Permitir que elas morressem seria sinal de fracasso do nosso supostamente infalível sistema médico moderno (DOUGHTY, 2016).

Desta forma, constata-se que, embora a indústria e a medicina queira prolongar a vida, o ser humano está fadado a incapacidade, a impossibilidade de exercer a vida como a exerceu um dia, a dependência de terceiros e tratamentos de saúde, este é o desenvolvimento natural do ser humano, alguns antecipados pela morte.

5 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA EM RELAÇÃO À EUTANÁSIA

Apesar da ausência de artigos ou legislações dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que de forma expressa e diretamente tipifiquem a prática da eutanásia como crime, o direito brasileiro contém normas que tratam dos casos em que ocorrem técnicas e ações semelhantes. Algumas dessas previsões que se assemelham com a eutanásia, encontram-se comumente no Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem (COFEN, 2017), bem como no novo Código de Ética Médica (CFM, 2009, p. 39), destacado da seguinte forma:

Art. 41 – Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

No mesmo sentido, encontra-se previsões legais no corpo do Código Penal, o qual retrata como fundamento para os tribunais brasileiros, a tipificação da eutanásia como homicídio qualificado, desta forma, considerado como hipótese idêntica de punibilidade, já que a prática é cometida por motivo relevante moral. Desta maneira, a ação é prevista como crime base nas previsões dos artigos 65, inciso III, alínea “a”, e artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal (BRASIL, 1940; SHIMAMURA, TERASACA, AMARAL, 2008).

O Código Penal (1940, p. 22) institui o tipo do homicídio privilegiado, como sendo, “Matar alguém” quando “o agente comete o crime impellido 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”.

Ao mesmo tempo, coincidente a possibilidade de tipificação da conduta à luz do Código Penal, destaca-se a existência do atenuante, que é verificado no caso de o ato ter sido realizado a pedido da vítima e tendo em vista o alívio de um sofrimento latente e inevitável, é possível que haja redução de pena para a reclusão de 3 a 6 anos (RODRIGUES, 2015).

Por outro lado, no ano de 2002 a Holanda regulamentou tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido, passando a inexistir as hipóteses de punição prevista em lei. Durante trinta anos a questão era debatida nos tribunais holandeses e algumas décadas anteriores à legalização, os atos cometidos eram tolerados. Para o território holandês, as duas práticas devem atender a

critérios essenciais. O paciente deve gozar de competência para que possa realizar o pedido de forma voluntária, bem como ser portador de doenças crônicas que gerem sofrimento físico ou psicológico, demasiadamente intensos (CASTRO, 2016).

Assim, Rodrigues (2015, p. 03) esclarece:

A eutanásia é um direito legalmente previsto em alguns países como a Holanda e a Bélgica, nos casos para pacientes terminais ou portadores de doenças incuráveis que acarretam em sofrimento físico e emocional para o paciente e seus familiares. Em outros países, no entanto, é possível que o paciente faça o requerimento legal de não haver tentativa de ressuscitação no caso de parada crítica de órgãos. É importante destacar que a eutanásia é um ato de vontade própria e individual do enfermo, quando em estado de plena consciência, que garante a esse a escolha entre cessar seu sofrimento em vida ou continuar lutando.

Ademais, a Bélgica comporta entendimento semelhante ao da Holanda, no que remonta à eutanásia. Desde 2002, a eutanásia voluntária é permitida no país para indivíduos mentalmente capazes e maiores de idade que sofram de doenças terminais e incuráveis, podendo vir a causar sofrimento prolongado com o tempo. Entretanto, o país ainda não reconheceu o suicídio assistido de forma explícita, apesar de casos reportados aos órgãos competentes, serem julgados da mesma forma que a eutanásia. A legislação holandesa segue outra direção em seus requerimentos para a legalização, tendo como um dos principais requisitos no que remeta ao paciente não terminal. Nestes casos, o médico responsável deve consultar a opinião imparcial de um especialista independente ao caso, levando assim, cerca de um mês entre o período do requerimento do paciente e o ato em si (CASTRO, 2016).

6 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar da Carta Constitucional de 1988 prever em seu Título II, tanto os direitos como as garantias fundamentais, é de importante saber que, há diferenciação quando fala-se em direitos fundamentais. (BRASIL, 1988; BRITES, 2020).

Pois, conforme explana Pedro Lenza (2017), direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos por meio dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos ou prontamente os repara, no caso de serem violados.

6.1 Direito Fundamental à Vida e a Dignidade

Detém-se que o direito à vida é constitucionalmente considerado o mais importante e fundamental. Em um sentido interpretativo, segue-se a linha de raciocínio de que para os demais direitos e garantias fundamentais ao ser humano ter validade e até mesmo sentido para a sua

existência, necessita-se do direito à vida como base. Direitos fundamentais são aqueles que dão proteção a uma pessoa diante da atuação do Estado. Estes garantem o essencial ao ser humano para que ele viva de maneira digna em uma sociedade. (SOUZA, 2015).

Todavia, a Constituição Federal de 1988 traz um conceito acerca da dignidade da vida humana, como um de seus preceitos fundamentais para o direito à vida em um Estado democrático, previsto legalmente no artigo 1º, inciso III. Sobretudo, em função dos debates sobre os direitos humanos, o princípio da dignidade humana ganha cada vez mais relevância no Direito Brasileiro (SOUZA, 2015; BRASIL, 1988).

De acordo com o pensamento de Sarlet (2020, p. 225) no que diz respeito à ideia de dignidade da pessoa humana, e o pressuposto de admitir uma prática que, possa garantir um fim tranquilo e sem sofrimento ao indivíduo enfermo “a ideia de bom senso, prudência e razoabilidade deve ser considerada, deixando claro não haver, ao menos explicitamente, qualquer vedação constitucional ao dito “direito de morrer com dignidade”.

Como observado pela Constituição Federal de 1988, em mesmo artigo 5º, de inciso X, a inviolabilidade à honra está sob pena de indenização nos casos decorrentes de sua violação, seja moral ou material (BRASIL, 1988).

Naturalmente, a Constituição de 1988, junto a outros ramos do direito – incluso o Código Penal de 1940, tendo em vista que, é plenamente cabível pena nos casos da violação da honra do indivíduo em suas diversas formas, faz-se ver que, não trata-se da mera aplicação de um direito em si, mas sim do intuito em preservar as pessoas que possuem sua dignidade e honra ofendidas (BRASIL, 1988; BRASIL, 1940).

Não o bastante, ressalta-se a tamanha importância ao direito brasileiro, ao intuito de respeitar os direitos fundamentais, tem-se como fundamento da República Federativa do Brasil, o direito a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III, da CF/88 (BRASIL, 1988)

6.2 Eventual possibilidade de um direito fundamental sobrepor outro

No Brasil, o direito à vida refere-se a um bem intransponível e de caráter inviolável do indivíduo. Entretanto, apesar de sua previsão inviolável no ordenamento pátrio e de sua prática rigorosa, o direito à vida encontra algumas exceções quanto à sua suprema aplicabilidade. Como expresso nos casos de guerra declarada formalmente pela própria Constituição Federal, bem como ainda, em casos de supressão da vida intrauterina, em condições permissíveis ao aborto, dispostos no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1988; BRASIL, 1940; SERAFIM JUNIOR;

BARBOSA, 2019).

Por outro lado, apesar de um direito e de estar em patamar axiológico superior, o princípio da dignidade humana não detém caráter objetivo na legislação brasileira. Embora negado no âmbito jurídico brasileiro, a eutanásia encontra base no princípio da dignidade humana, o qual previsto na Constituição Federal de 1988 como fundamento da República, ensejando desta forma a privação do enfermo em situação de extremo sofrimento (BRASIL, 1988; SERAFIM JUNIOR; BARBOSA, 2019).

Em análise, nota-se ausência de legislação que especifique por materialidade a respeito da morte digna. Ao passo que, por abster-se no que concerne a possibilidade da pessoa humana ter direito de escolha, em casos que não deseja manter-se vivo diante de grande sofrimento em decorrência de moléstias sem cura, o impedindo desta forma, de gozar de vida plena e digna.

Contraposto a este fato, conforme a legislação suprema determina como inviolável o direito à vida, há interpretações frente ao caso, em decorrência da inércia quanto a responsabilidade que assume, ao impedir que o Estado sobreponha seus interesses sob o indivíduo, gerando ofensas à honra e integridade pessoal (SERAFIM JUNIOR; BARBOSA, 2019).

Desta forma, Melo Neto (2014, p. 5) esclarece:

É comum situações nas quais se vislumbra a colisão concreta entre direitos fundamentais igualmente reconhecidos no plano abstrato. Nesses casos, a maneira mais coerente e justa de solução do conflito ocorre com base em um juízo de ponderação, ou seja, um direito irá prevalecer em detrimento do outro, contudo essa decisão estará limitada pela máxima da proporcionalidade.

Decerto que, o princípio mais relevante à resolução dos conflitos envolvendo direitos fundamentais, é o da proporcionalidade, também denominado razoabilidade, o qual consiste em técnica interpretativa necessária à proibição de excessos, à justa medida e ao bom senso. É através deste princípio que o julgador analisa as harmonizações ou restrições a direitos fundamentais colidentes, buscando sempre tomar a decisão mais justa. (BUENO, 2016).

Não o bastante, sabe-se que os direitos fundamentais de 1º Geração, possuem como escopo os direitos de liberdade, os quais, se materializam por uma atuação negativa do Estado, ou seja, o Estado deve intervir o mínimo e somente o essencial na vida privada, garantido a liberdade de todo cidadão (LENZA, 2017).

7 MATERIAIS E MÉTODOS

Visando obter e contribuir para os conhecimentos e soluções para problemas apresentados, como no presente exposto, referente as situações que ensejam a ausência de

legislações específicas no ordenamento jurídico do Brasil, para que possam ser revistas mediante ferimento constitucional.

Deste modo, o escopo apresentado visa demonstrar os resultados obtidos por meios exploratórios e explicativos, sendo o primeiro pela necessidade do estudo e levantamento quanto à interpretação e aplicação da legislação brasileira, no que concerne a prática da Eutanásia para que assim, possa após análise de todo material, apresentar uma definição explicativa da possível aplicação da teoria apresentada.

Contudo, o método utilizado no referido trabalho foi uma revisão bibliográfica, tendo maior ênfase em artigos científicos que tratam com perícia sobre o assunto, por meio de abordagem qualitativa, em conceitos como conteúdo e discurso, partindo-se do levantamento de doutrinas, recorrendo a portais e fontes de alta confiabilidade, objetivando obter instrumentos legais existentes relacionadas à doutrina e o tema apresentado.

CONCLUSÃO

O objetivo geral do referido escopo foi desenvolver uma arquitetura que permita, de maneira distribuída, extrair ativos de conhecimento a partir de bases textuais. Desta forma, fora realizada uma análise no que diz respeito não apenas a polêmica em torno da prática da eutanásia, mas também em todo o entorno histórico e jurídico sobre sua definição, bem como, as demais possibilidades de garantias e direitos como base para o indivíduo que por ela opta.

Isto posto, inicialmente deve-se ter em mente que a morte é um destino natural de todo ser humano, todavia, a sociedade tem infundido a falácia ideológica de uma suposta imortalidade, obviamente por fins industriais e comerciais.

Todavia, verifica-se em um contexto histórico, que nos tempos mais remotos, a ideia de morte era entendida naturalmente pela sociedade, principalmente em casos de sofrimento e dor, era comum e plenamente aceito as práticas para antecipar a morte e manter a dignidade, poupando todo sofrimento.

Em alguns países como Holanda e Bélgica, a legislação possui maior evolução, possibilitando a prática da eutanásia.

Assim, conforme exposto, diferentemente da Distanásia e da Ortotanásia, a Eutanásia caracteriza-se por uma “morte boa”, a fim de evitar demasiado sofrimento e dor do enfermo, que resultará em sua morte, utilizando de instrumentos no intuito que a pessoa possa morrer, ainda com consciência e dignidade, sem sofrimento.

Por outro lado, sabe que o ser humano está fadado a incapacidade ao término da vida, a impossibilidade de gerir atos que até então eram feitos com independência, tais como, comer, se vestir, dirigir, trabalhar, andar, manter a higiene pessoal, muitas das vezes já não será mais

possível ao enfermo.

Nisto torna-se evidente, que a enfermidade, além da dor e sofrimento o incapacita para atos comuns e diários, sendo estas, circunstâncias que cristalinamente afrontam a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, sabe-se que o direito a vida, encontra-se no topo dos direitos e garantias fundamentais, todavia não deve ser absoluto. Sendo assim, é possível constatar que a Eutanásia encontra respaldo constitucional para sua legalidade, uma vez que, conforme exposto, os direitos constitucionais de 1º geração, pautam-se pelos direitos de liberdade, aqueles que o Estado deve intervir o mínimo possível na vida privada, garantido liberdade do cidadão. Por outro lado, constitui-se como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, alvo que deve ser pautado em todos os sentidos pelas ações do Estado.

Logo, por mais que o direito a vida esteja no topo dos direitos fundamentais, deve-se, na própria interpretação constitucional, estabelecer garantias não só de manter a vida ao máximo possível, mas condicionar uma vida com dignidade, assim, este deve ser o objeto do Estado.

Portanto, estando o enfermo plenamente consciente, resguardando os direitos fundamentais de 1ª geração, numa atuação negativa do Estado de intervenção na vida privada, corroborada pela garantia da dignidade da pessoa humana, deve-se o Estado facultar-lhe, nos estágios terminais da vida, a escolha da morte, em garantia a dignidade da pessoa humana e não forçar o enfermo a prolongar a sua “vida” sem qualquer dignidade, incapacitado para os atos do cotidiano, com sofrimento e dor. Pois, a ideia que deve-se prevalecer a Estado e ao Legislador, a fim de que autorize a Eutanásia no direito brasileiro é de que vida sem dignidade, não é vida.

REFERÊNCIAS

BECKER, Ernest. A Natureza Humana e o Heroico. In: _____. **A Negação da Morte**. Springfield, Massachusetts: Record, 2007.

BRANDALISE, Vitor Bastos; REMOR, Aline Pertile; CARVALHO, Diego; BONAMIGO, Elcio Luiz. “Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário.” **Revista Bioética** [online], v. 26, n. 2, pp. 217-227, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1983-80422018262242>>. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL, Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRITES, Júlia. Direitos Fundamentais: Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. **Instituto de Direito Real** [online]. Rio de Janeiro, RJ: 2020. Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/artigos/direito-fundamentais-teoria-geral-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 31 out. 2022

BUENO, Kaique Francis. O Conflito de Direitos Fundamentais no Brasil. **Brasil Escola** [online], Palmas, Tocantins, p. 2-6, 2016. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-conflito-de-direitos-fundamentais-no-brasil.htm#indice_11>. Acesso em: 31 out. 2022

CARVALHO, Mariana Rodrigues. A eutanásia à luz do princípio da autonomia de vontade. **Centro de Ciências Jurídicas e Sociais**. p. 04, Campina Grande, PB. 2016. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

CASTRO, Mariana Parreiras Reis de et al. “Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática”. **Revista Bioética** [online], v. 24, n. 2, pp. 355-367. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1983-80422016242136>>. Acesso em: 05 jun. 2022.

COFEN. Conselho Federal De Enfermagem. **Resolução Cofen nº564/2017**: Código de Ética de Enfermagem. Brasília. 2017. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html. Acesso em: 18 jun. 2022.

CFM. Conselho Federal De Medicina. **Resolução CFM 1.931/2009**: Código de Ética Médica. Brasília. 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46048/o-direito-a-morte-digna-e-as-modalidades-de-assistencialismo>. Acesso em: 04 jun. 2022.

DOUGHTY, Caitlin. **Confissões do Crematório**. São Francisco, Califórnia: Darkside, Regiane Winarski, 2016.

GAWANDE, Atul. “A maneira como envelhecemos agora”. **The New Yorker**. Nova Iorque, n.50-9, p. 07-23, abr. 2007. Disponível em: < <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17508461/>>. Acesso em: 29 mai. 2022.

GONÇALVES, Ferraz. “O significado da palavra eutanásia”. **Medicina Paliativa** [online]. Porto, Portugal, v. 10, p. 1, 2018. Disponível em: < <https://medicinapaliativa.pt/>>. Acesso em: 28 mai. 2022.

HUMPHRY, Derek; WICKETT, Ann. **O direito de morrer**. Barcelona, Catalonia: Tusquets Editores, 2005.

IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. §2277. Catecismo da Igreja Católica. Vaticano. [s.d]. Disponível em: <https://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p3s2cap2_2196-2557_po.html> Acesso em: 03 jun 2022.

SERAFIM JUNIOR, Joel, BARBOSA, Pedro. “Eutanásia: direito à vida e a dignidade da pessoa humana”. **Biblioteca Universidade do Rio Verde** [online]. p. 2-14, 2019. Disponível em <<https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Joel%20Serafim%20de%20Lima%20Junior.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2022.

KARSCH, Úrsula M. Idosos dependentes: famílias e cuidadores. **Cadernos de Saúde Pública**, p. 861-866. São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.scienceopen.com/document?vid=f637fada-a1c3-4ec0-8bb5-458dc1d84652>. Acesso em: 18 jun. 2022.

LAWTON, M. P. Uma visão multidimensional da qualidade de vida frágil em idosos. *In* BIRREN, J. E.(Eds.); LUBBEN, J. E. .(Eds.); ROWE, J. C.(Eds.); DEUTCHAMANN, D. E.(Eds.), **O conceito e as medidas de uma qualidade de vida melhor para idosos**. p. 3-27. San Diego, CA: Academic Press. 1991. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/prc/a/3Kq6ytSyjc9M4PMBK6bKqHd/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 03 jun. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Editora Saraiva, 2017.

MENEZES, M.B.; SELLI, L.; ALVES, J.S. Distanásia: percepção dos profissionais da enfermagem. **Rev. Latinoam. Enferm.** v.17, n.4, p.443-448, 2009. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/rlae/v17n4/02.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2022.

MELO NETO, Orlando Luiz. A Relatividade dos Direitos Fundamentais e os Limites a sua Relativização. **Conteúdo Jurídico** [online], Brasília-DF: 2014. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38573/a-relatividade-dos-direito-fundamentais-e-os-limites-a-sua-relativizao>>. Acesso em: 31 out. 2022

NUNES, Juliana Damasceno; SAES, Mirelle de Oliveira; NUNES, Bruno Pereira; SIQUEIRA, Fernando Carlos Vinholes; SOARES, Deisi Cardoso; FASSA, Maria Elizabeth; THUMÉ, Elaine; FACCHINI; Luiz Augusto. “Indicadores de incapacidade funcional e fatores associados em idosos: estudo de base populacional”. **Epidemiol. Serv. Saúde** [online], Bagé, Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.5123/S1679-49742017000200007>>. Acesso em: 03 jun. 2022.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo, SP: Método e Grupo GEN, 2020.

PORFÍRIO, Francisco. “Cultura brasileira”; **Brasil Escola** [online], Palmas, Tocantins, p. 2-4, 2016. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cultura-brasileira.htm>>. Acesso em 03 jun. 2022.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. "Eutanásia"; **Brasil Escola** [online], Palmas, Tocantins, p. 1-4, 2015. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/eutanasia>>. Acesso em: 03 jun. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, São Paulo, SP: Saraiva, 2020.

SHIMAMURA, Emilim; TERASACA, Cinthia; AMARAL, Ana Cláudia. “Em defesa da eutanásia e de um estado democrático, legítimo e laico segundo a teoria de Jurgem Habermas”. **Revista do Direito Privado da UEL** [online], Londrina, Paraná. 2008. Disponível em: < www.uel.br/revistas/direitoprivado>. Acesso em: 28 mai. 2022.

SOUZA, Leonardo Vieira de. “O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988”. **Justificando: Mentis inquietas pensam Direito** [online]. Higienópolis, São Paulo, p. 1, 2015. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/02/14/o-principio-da-laicidade-na-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em: 04 jun. 2022.

VERAS, Renato. “Envelhecimento populacional contemporâneo: demandas, desafios e inovações.” **Revista de Saúde Pública** [online], São Paulo, São Paulo, v. 43, n. 3, pp. 548-554, 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-89102009005000025>>. Acesso em: 03 jun. 2022.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo, SP: Jurídica Brasileira, 1999. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569/r145-20.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 18 jun

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

O DIREITO DOS ANIMAIS: Uma Análise Jurídica sobre a Necessidade de Alteração do Status Jurídico dos Animais no Brasil

Jéssica Maciel de Oliveira Silva¹; Mayara Gabriela Ferreira Lourenço².

¹Graduanda em Direito. Centro Universitário Vale do Rio Verde. jessica.maciel@aluno.unincor.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4471-1923>.

²docente/especialista. Centro Universitário Vale do Rio Verde. prof.mayara.lourenco@unincor.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6712-7896>.

RESUMO

O trabalho buscou demonstrar que os animais são seres sencientes, necessitando assim de respeito por parte dos seres humanos, devendo ter garantia a direitos fundamentais e vida digna. Além disso, visou abordar a linha histórica do relacionamento dos animais e humanos na terra, juntamente com a análise da influência do antropocentrismo, e as consequências que isso acarreta a vida destes seres não humanos, bem como a necessidade de evolução do direito dos animais no Brasil. Com o fim de alcançar os objetivos propostos no trabalho utilizou-se de métodos exploratórios e explicativos, sendo o procedimento utilizado a pesquisa bibliográfica. Nessa perspectiva, a proposta do trabalho é a mudança efetiva na situação jurídica dos animais no Ordenamento Jurídico Brasileiro, ante a aprovação do Projeto Lei 6.799/2013.

Palavras-Chave: Animais; Antropocentrismo; Direitos; fundamentais; sencientes.

ABSTRACT

The work sought to demonstrate that animals are sentient beings, thus requiring respect from human beings, and should be guaranteed fundamental rights and a dignified life. In addition, it aimed to address the historical line of the relationship between animals and humans on earth, together with the analysis of the influence of anthropocentrism, and the consequences that this entails for the lives of these non-human beings, as well as the need for evolution of animal rights in the world. Brazil. In order to achieve the objectives proposed in the work, exploratory and explanatory methods were used, with the procedure used being bibliographical research. In this perspective, the proposal of the work is the effective change in the legal status of animals in the Brazilian Legal System, before the possible approval of Project Law 6.799/2013.

Keywords: Animals; Anthropocentrism; rights; fundamental; sentient

1 INTRODUÇÃO

Os animais são os principais companheiros do ser humano desde os primórdios, de início sendo estes utilizados para a sobrevivência do homem e atualmente sendo parte de suas famílias.

Nessa linha, através da evolução da humanidade e muita pesquisa, foi possível identificar que os animais possuem sentimentos e um grau de racionalidade, mesmo que não igual ao do ser humano, mas o bastante para serem passíveis ao sofrimento se não forem atendidas suas necessidades e não obtiverem o cuidado que necessitam.

O estudo tem a finalidade de analisar a definição dos animais perante a legislação brasileira e o status jurídico atribuído a eles, justificando-se a pesquisa com base na necessidade

urgente da modificação da visão sobre os animais no direito brasileiro.

O fato de o direito brasileiro prever que os animais são bens semoventes, piora demasiadamente os maus tratos, pois ao serem vistos como coisas, são negligenciados, sendo deixado de lado suas necessidades físicas e seus sentimentos.

Dessa forma, busca-se reforçar a ideia de que os animais são seres que sentem e se expressam e desse modo, são possuidores de direitos fundamentais, como a dignidade e a igualdade entre os demais, tentando assim, diminuir a visão de superioridade entre humanos e as demais vidas presente em nosso planeta.

Nessa perspectiva, objetiva-se o reconhecimento dos animais como seres vivos sencientes e dignos de direitos, com legislações mais severas para a proteção destes seres frágeis.

No decorrer do trabalho, foi criada uma linha de raciocínio de forma que fique possível visualizar que, desde o começo da humanidade na terra, o ser humano sempre esteve em busca de se satisfazer, não se importando com as demais vidas presentes na terra e se colocando no centro de tudo, vindo a nascer assim o termo Antropocentrismo, para explicar essa visão dos homens sobre sua importância no mundo. Após essa explicação, seguindo esse mesmo raciocínio, explica-se a relação dos animais com os homens em linha histórica, para que possa ser compreendido como a relação que se tem hoje entre ambos teve início.

Em seguida, para adentrar ao tema principal do trabalho, o direito dos animais, entra-se em um tópico onde é analisado e demonstrado os direitos que estes já possuem na legislação brasileira, sendo por fim analisado o projeto lei mais importante para os animais que fora proposto no país, o Projeto Lei 6.054/2019.

Destaca-se que a análise feita em volta desse tema, no presente trabalho, é de fazer uma análise crítica, da importância da alteração do status jurídico no ordenamento jurídico, e as consequências que isso acarretará.

Cabe resaltar ainda que, sob a perspectiva metodológica, será utilizada o modelo de pesquisa bibliográfica com natureza de pesquisa de natureza aplicada, visando gerar conhecimentos e soluções para problemas específicos, quanto as situações que envolvem o direito a uma vida digna aos animais, e o reconhecimento destes quanto a sujeitos de direito.

Ainda, a pesquisa tem natureza qualitativa, sendo as principais fontes do estudo a doutrina, a jurisprudência pátria e a legislação pertinente.

Deste modo, este estudo apresentará seus resultados por meio de objetivos exploratórios e explicativos, pela necessidade do estudo e levantamento bibliográfico quanto a interpretação e aplicação da legislação brasileira nas situações problemas, para que

assim, possa, após análise de todo material, apresentar uma definição explicativa da possível solução, consoante ordenamento jurídico brasileiro, das controvérsias apresentadas sobre o tratamento dos animais no sistema brasileiro e seus reflexos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A Visão Antropocentrista

Antropocentrismo é um vocábulo híbrido de composição greco-latina, surgido na língua francesa em 1907, do grego: *anthropos*, o “homem”, e do latim: *centrum* ou *centricum*, que quer dizer “centro” ou “centrado” (MILARÁ e COIMBRA, 2004).

Nessa visão o homem é a referência máxima e absoluta de valores no mundo, tendo tal corrente ganhado ampla aceitação no mundo ocidental, a partir da ideia que pressupunha a razão como atributo exclusivo da espécie humana. (SILVA e RECH, 2017).

Para o Antropocentrismo, se X é humano, então X tem um valor moral ou intrínseco. Logo, se não é humano, não têm valor moral ou intrínseco, uma vez que, não sendo humano, este ser não é dotado de razão (LUCKET, 2004).

Vê-se que, o antropocentrismo existe há muito tempo, desde a origem da religião, que através das escrituras bíblicas é possível verificar a extrema importância dada a espécie humana, como por exemplo em Gênesis, capítulo 1, versículo 26, onde dispõe: “Façamos o homem à nossa imagem e semelhança, o qual presida aos peixes do mar, sobre as aves dos céus, as bestas e a todos os répteis, que se movem sobre a terra, e domine sobre toda a terra” (BÍBLIA, p.04, 2006).

Nota-se que nesse contexto, o ser humano seria o “presidente” de todo o mundo, podendo utilizar de qualquer artifício para sua satisfação, mesmo que implique em uma vida não digna aos outros animais. Logo, o pensamento antropocêntrico dissocia o homem dos demais elementos naturais e lhe atribui poderes excepcionais para dominar a natureza e usá-la para seus próprios fins (CUNHA, 2004).

Assim, como o ser humano se utiliza de tudo o que existe para sua satisfação, sem se dar conta do prejuízo que acarreta a sua própria raça, vê-se uma destruição em massa, pois os recursos estão se esgotando. Segundo Hoffman e Sandelands (2005), o resultado de todo processo predatório sobre a natureza, em razão de atitudes antropocêntricas, tem-se que mais de 11 mil espécies de animais e plantas estão ameaçadas atualmente, 25% dos ecossistemas marinhos empobrecidos e 44% vulneráveis à depleção.

Com toda essa destruição, fora criada nova vertente, o Antropocentrismo Conservacionista “que reconhece as limitações do meio natural e a importância de sua preservação para os fins da continuidade do desenvolvimento e da manutenção da vida humana”. (SILVA e RECH, 2017). Perceba que, do mesmo modo o mundo e as raças animais continuam servindo para a satisfação dos interesses humanos, ou seja, ambas as concepções seguem no sentido de que o valor dos elementos naturais é quantificado no proveito humano que estes possam gerar, sendo o ser humano no centro de tudo. (SILVA e RECH, 2017).

Assim, a concepção antropocêntrica passa ao largo do reconhecimento da dignidade de todos os outros seres e elementos que compõem o ecossistema, reduzidos a ferramentas a serviço do homem. Levando ao pensamento de que o verdadeiro valor está na vida humana. Porém, nesse ponto está o grande paradoxo da concepção antropocêntrica: a vida com dignidade só pode perpetrar-se em um ambiente natural equilibrado, e este, por sua vez, só existe onde todos os seres e elementos do ecossistema desempenham o seu papel. (SILVA e RECH, 2017).

Com isso, vê-se que negar o valor moral das demais espécies, reduzindo a preservação do meio ambiente à garantia da continuidade da vida humana e de seu desenvolvimento é ilógico. (SILVA e RECH, 2017). Sendo que “a própria vulnerabilidade humana sugere uma revisão filosófica e prática do conceito de natureza, para além dos limites antropocêntricos, menos restrito ao ego humano e mais voltado ao universo que o cerca e do qual é parte”. (SILVA e RECH, p. 7, 2017).

2.2 A Relação dos Animais com os Seres humanos no Tempo

Para entender melhor o assunto, é de extrema importância fazer a análise do histórico da relação entre os animais e os seres humanos, sendo longa e antiga, desde a pré-história, conforme diz o Médico Veterinário, Marcio Waldman (2013, p. 1 e 2):

O processo de domesticação teve início desde a pré-história, quando a proximidade entre homens e animais era relatada nas pinturas de cavernas. Esse processo fez com que os animais não só se aproximassem dos homens como também se tornassem mais dependentes deles (...) A arte de domesticar animais iniciou na cultura humana quando os homens começaram a viver em determinadas regiões do mundo e passaram a usar a criação de animais para auxiliar na produção de alimentos, para transporte de pessoas ou cargas e até mesmo para cuidados com os terrenos para agricultura.

Pode-se notar que, de início o ser humano começou a domesticar animais para satisfazer seus interesses, pois estes eram notadamente melhores do que os humanos em vários aspectos, como caça e sobrevivência.

No século VI a.C. na Grécia antiga, Pitágoras (582 AC – 496 AC), já defendia o respeito e a proteção dos animais, criticando o consumo e a matança destes. Em um dos discursos do poeta, foi dita a frase marcante onde diz que o ser humano nunca terá paz, enquanto for implacável com as criaturas vivas, e que a matança entre os seres humanos é fruto do massacre que fazem aos animais. Afirmando ainda que quem semeia assassinato e dor não pode colher alegria e amor. (PITÁGORAS apud OVID, 2009)

Já na Idade Média, o filósofo Descartes, criou a teoria do animal máquina, onde afirmava que os animais não possuem razão, não falam e não podem expressar pensamentos, não possuem alma, semelhantes a máquinas, inexistindo qualquer imoralidade na utilização de animais como simples coisas sem valor algum. (DESCARTES, 1970)

No final do século XVIII, é publicado o livro *A Dissertation on the Duty of Mercy and the Sin of Cruelty against Brute Animals*, onde Humphry Primatt, publicou um texto de filosofia moral, sendo provavelmente a primeira obra dedicada a defender com argumentos éticos a igualdade moral entre humanos e não-humanos. Ele afirma que a ética, para que seja considerada refinada, deve estender o princípio da igualdade a todos os seres dotados de sensibilidade e capacidade de sofrer, assim claramente incluindo os animais. (PRIMATT, 1776).

Nesse raciocínio, no século XX, o filósofo Henry Salt, publicou o primeiro livro inteiramente dedicado aos direitos dos animais, com título de *“Animal Rights”*. Acreditava que os animais possuem o direito de serem livres para viver suas próprias vidas e o ser humano tem a responsabilidade de tratá-los com compaixão e justiça. (WIKIPÉDIA, 2022).

Pela razão de termos direitos iguais e pelo fato de alguns animais serem como nós, já que são igualmente sujeitos de uma vida, deve-se concluir que esses animais, também, têm direitos, incluindo o direito a serem tratados com respeito. Então, eles devem ser reconhecidos como sujeitos de valor inerente, e, por essa razão, incluídos no âmbito da consideração moral. (REGAN, 2004).

Já no início do século XXI, foi colocado em pauta a extrema necessidade se rever criticamente a filosofia moral tradicional e adotar um único princípio para considerar moralmente todos os seres semelhantes, atendendo ao que ordena a justiça, ou seja, tratamento igual para os casos semelhantes (SINGER, 2002).

2.3 Direito dos Animais e sua Evolução Perante a Legislação Brasileira

No Brasil, os direitos dos animais não foram colocados em debate pelos legisladores até o ano de 1922, onde fora apresentado o primeiro projeto legislativo brasileiro contra a crueldade

e maus-tratos aos animais, que, no entanto, não foi aprovado (GOMES, apud LEVAI, 1998).

Porém, quase dois anos após esse projeto de lei, entra em vigor o Decreto Federal nº 16.590 (BRASIL, 1924), primeira legislação que vai contra os maus tratos animais, pois este decreto proibia corridas de touros, garraios e novilhos, rinhas de galos e canários, dentre outras (DIAS, 2000).

Já em 1934, no Governo Getúlio Vargas foi editado o Decreto nº 24.645 (BRASIL, 1924), contendo a proibição de práticas geradoras de maus-tratos aos animais (LEVAI, 1998).

Em 1941 o Decreto-Lei nº 3.688 em seu artigo 64, passou a tipificar a conduta cruel contra o animal.

Art.64 - Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo.

Pena- prisão simples, de 10 (dez) dias a 1(um) mês ou multa;

§1º- Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza, em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§2º- Aplica-se a pena com aumento de metade se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público (BRASIL, 1941, pág. 8).

É tipificado neste artigo, a prática de crueldade contra os animais como contravenção, não sendo assim considerado crimes, ou seja, são infrações penais de sanções mais leves (CADAVEZ apud CUSTÓDIO, 2008).

Em 1967, entrou em vigor a Lei n. 5.197 (BRASIL, 1967), para a proteção dos animais silvestres. Conhecida como Código de Caça, a Lei passou a considerar como crimes as condutas antes tidas apenas como contravenções penais (RODRIGUES, 2012).

Já em 1979, surgiu a Lei n. 6.638 (BRASIL, 1979), limitando o uso do animal como cobaia, em pesquisas e experiências científicas.

A fauna foi definida como meio ambiente pela Lei 6.938, de 1981 (BRASIL,1981), que, também, a partir de sua nova redação, trouxe ao âmbito ambiental a questão da responsabilidade civil e administrativa. Esta Lei é conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (RODRIGUES, 2012).

Nesta mesma linha, em 12 de fevereiro de 1998, o artigo 32 da Lei nº 9.605 tipifica maus-tratos de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (BRASIL, 1998). Com isso, a conduta de maus-tratos aos animais não é mais prevista como contravenção penal, mas sim crime.

Em 2015, uma mudança significativa foi levada à Câmara, que analisou o Projeto de Lei 3670/15 (BRASIL, 2015), onde estabelecia que os animais não seriam mais considerados como

simples coisas, mas sim bens móveis, ganhando assim um pouco de proteção, tendo regramentos iguais aos demais bens móveis presentes no ordenamento brasileiro. A proposta, foi do senador Antônio Anastasia (PSDB-MG), que com a aprovação alterou o Código Civil (Lei 10.406/02) ao prever uma nova natureza jurídica dos animais, de bens móveis, ou seja, úteis para a sociedade. Nas palavras de Anastasia:

Alguns países europeus avançaram em sua legislação e já alteraram os seus Códigos, fazendo constar expressamente que os animais não são coisas ou objetos, embora regidos, caso não haja lei específica, pelas regras atinentes aos bens móveis. Isso representa um avanço que pode redundar no reconhecimento de que os animais, ainda que não sejam reconhecidos como pessoas naturais, não são objetos ou coisas. (BRASIL, 2015, p. 1).

No Brasil, atualmente o Código Civil prevê aos animais um status legal de bens semoventes (BRASIL, 2002), ou seja, bens que possuem movimento próprio, por conseguinte, são estes tratados como objetos de propriedade, não sendo-lhes atribuído personalidade jurídica nem vistos como sujeitos de direitos. Nesse sentido Almeida (2013, p. 3), dispõe que:

Os animais não são reconhecidos pelo ordenamento jurídico como sujeitos de direitos, pois são tidos como bens sobre os quais incide a ação do homem, uma vez que a proteção do meio ambiente existe para favorecer o próprio homem e somente por via reflexa para proteger as demais espécies.

A Constituição Federal de 1988, protege os animais, em seu artigo 225, parágrafo 1º, ao dizer que não há um meio ambiente equilibrado sem estes, devendo todos defendê-los e extinguirem a crueldade animal. (BRASIL. 1988).

Com base nos progressos da legislação brasileira, é possível visualizar um avanço considerável em relação aos direitos dos animais, em um julgado recente do STJ, ao decidir a visitação ao cachorro do ex-companheiro de uma mulher, onde afirmam que “os bichos não podem ser considerados meras coisas inanimadas, pois merecem tratamento peculiar em virtude das relações afetivas estabelecidas entre os humanos” (BRASIL, 2018, p. 1). Segue julgado do STJ, *In Verbis*:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de

sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, §1, inciso VII – “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita – inerente ao poder familiar – instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente – dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido.

O relator, ainda destacou a notoriedade do vínculo afetivo entre os homens e seus animais de estimação e lembrou que “de acordo com pesquisa do IBGE, já existem mais cães e gatos em lares brasileiros do que crianças” (BRASIL, 2018, P. 2). O ministro Luiz Felipe Salomão afirma:

Nesse passo, penso que a ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de companhia – sobretudo nos tempos em que se vive – e negar o direito dos ex-consortes de visitar ou de ter consigo o seu cão, desfrutando de seu convívio, ao menos por um lapso temporal (...) Na hipótese ora em julgamento, o tribunal de origem reconheceu que a cadela foi adquirida na constância da união estável e que teria ficado bem demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, destacando, ao final, que eventual desvirtuamento da pretensão inicial deverá ser levada ao magistrado competente para a adoção das providências cabíveis. (BRASIL, 2018, pág. 2).

Assim, nota-se que, para a melhoria de vida tanto dos animais quanto das famílias onde, os mesmos, possuem vínculo, é preciso a legislação brasileira superar a “coisificação” dos

animais e das bases naturais da vida (FENSTERSEIFER, 2008), como já tem sido feito em julgados com essa temática.

Cabe aqui ainda destacar que o país já se encontra em caminho a essa mudança, pois desde 2013 já se encontra proposto o Projeto Lei 6.054/2019 (número atual), que será mais bem detalhado no próximo tópico, onde o deputado Ricardo Izar (PP-SP), propõe a mudança do Status atual dos animais, de bens semoventes, para sujeitos de direitos despersonalizados, sendo este um grande passo para novas conquistas em favor dos animais.

2.4 A Importância de Alteração do Status Jurídico dos Animais à Luz do mais Importante PL no Brasil Atualmente – O Projeto Lei 6.054/2019

O PL (Projeto Lei) teve sua origem com o número 6.799/2013, na Câmara dos Deputados, tendo sido criado pelo deputado Ricardo Izar (PP-SP), com o seguinte objetivo, determinado em emenda, “os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa”. Dessa forma, a importância da PL, fica nítida, pois ao proibir o tratamento dos animais como coisa, consegue-se trazer uma maior proteção em casos de maus tratos, e ainda com o fim da coisificação animal, eles terão mais garantia de direitos fundamentais.

Analisando a PL, verifica-se que o artigo 2º traz os objetivos fundamentais, sendo:

I. Afirmção dos direitos dos animais e sua respectiva proteção; II. Construção de uma sociedade mais consciente e solidária; III. Reconhecimento de que os animais possuem personalidade própria oriunda de sua natureza biológica e emocional, sendo seres sensíveis e capazes de sofrimento. (IZAR, 2013, p.1).

Busca-se dar aos animais direitos fundamentais relativos a senciência que estes possuem, sendo assegurados uma vida digna. Assim, serão cada vez menos deixados à mercê do sofrimento, tanto pelas pessoas que os maltratam, quanto pelas autoridades que fingem não ver a situação precária que muitos animais vivem.

Em complemento, o art. 3º da PL, traz uma nova natureza aos animais, deixando de ser apenas bens e passando a serem reconhecidos como *sui generes*, “Os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa”. (IZAR, 2013, p. 1)

A título de entendimento, ser sujeito de direitos despersonalizados, significa ser uma

coletividade que não possui personalidade própria, ou seja, nesse quadro, os animais teriam maior proteção e garantia de direitos fundamentais, mas não se enquadrariam como pessoas ou indivíduos personalíssimos.

Nessa linha, o art. 4º, visa incrementar ao artigo 82 do Código Civil, um parágrafo único, onde seria disposto que o previsto no caput não se aplica aos animais domésticos e silvestres. (IZAR, 2013, p. 1). Para título de conhecimento o artigo 82 do CC, prevê que “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (BRASIL, 2002, p. 10).

A matéria foi aprovada na Câmara dos Deputados e enviada ao Senado, onde foi igualmente aprovada, com uma emenda, qual seja:

Não se aplica ao uso e à disposição dos animais empregados na produção agropecuária e na pesquisa científica nem aos animais que participam de manifestações culturais registradas como bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro, resguardada a sua dignidade. (BRASIL, 2019, p. 2)

Com a aprovação a PL passou a tramitar com a atual numeração 6.054/2019. Sendo assim, uma excelente iniciativa ao propor reconhecer os animais como seres sencientes, o que significa que os animais são sensíveis e possuem um grau de consciência, “os animais não-humanos, assim como o homem, sentem dor e emoção e estão sujeitos ao sofrimento. Mas o termo senciente pode referir-se também a experiências positivas, como prazer e felicidade” (SCHEFFER, 2019, p. 2).

Nesse contexto, cabe ressaltar que a senciência dos animais não-humanos já fora reconhecida desde 2012, na Conferência de Cambridge:

A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos. (INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS, 2012, pág. 3).

A luta pelo reconhecimento de que, por serem sencientes, os animais não-humanos devem ter garantidos seus direitos fundamentais e assim, passariam a ter o seu direito à vida, à integridade física e à dignidade garantidos, em face do Estado e de particulares, sendo dever do Estado promover meios para que os animais tenham acesso à saúde, alimentação, entre

outros direitos fundamentais. (MEDEIROS, 2013).

Desse modo, observa-se que o PL é um grande passo a ser dado no Brasil, para garantir os direitos e a segurança dos animais, ocorre, porém, que, sua tramitação tem sido demorada, pois ao decorrer do tempo alguns problemas foram surgindo, como é possível notar através do requerimento de redistribuição proposta pelo Deputado Nelson Barbudo (PL/MT), pois segundo sua visão há inseguranças jurídicas acerca do tema, pois em suas palavras:

Definir que os animais não humanos possuem natureza “sui generis” é dar carta branca ao intérprete da lei, trazendo subjetividade ao texto legal, o que servirá apenas para embaralhar a ordem vigente e trazer insegurança jurídica e instabilidade social. Essa expressão é vazia, quer dizer apenas que é uma classificação única, “do seu próprio gênero”, portanto não especifica como deve ser o tratamento legal aos animais não humanos. Ademais, a disposição que permite aos animais não humanos “obter tutela jurisdicional em caso de violação (dos seus direitos), vedado o seu tratamento como coisa” também possui capacidade de gerar grande confusão, pois fere a segurança jurídica e coloca a sociedade em estado de incerteza. Vedar o tratamento de ‘coisa’ aos animais poderia garantir que eles não fossem comercializados, por exemplo. Inclusive, a possibilidade de o animal “obter tutela jurisdicional para garantir seus direitos”, pode vir a permitir que os animais pleiteiem judicialmente medida que impeça sua comercialização, ou que ele seja castrado, ou ainda que a ele seja garantido o direito de herança etc., impactando diretamente as atividades pecuárias. O choque da aprovação do projeto não seria apenas financeiro, pois há que se considerar também o tratamento que seria dado aos animais capazes de transmitir doenças, como ratos, capivaras etc. sendo que essa alteração teria o condão de impactar também na própria saúde humana, direito social expressamente garantido no caput do art. 6º da Constituição Federal. (BRASIL, 2022, p. 2 e 3)

Sendo através dessas falas possível verificar novamente o antropocentrismo presente na visão do homem, que mais uma vez não consegue enxergar além de suas próprias necessidades, só inventando malefícios que isso gerará ao ser humano, pois não terão mais a possibilidade de utilizar vidas para enriquecer com comércio, ou com sacrifícios para suas crenças, pensando somente no estado de incerteza que trará a sociedade a nova forma de tratamento aos animais, com medo de que estes retirem direitos garantidos somente aos humanos, o que é totalmente sem fundamento algum, pois igualdade não retira direitos, somente acrescenta mais beneficiários a eles, ou seja, o que pode-se retirar de seus pensamentos é somente que, mais uma vez, para o homem, somente o que importa é sua vida e suas necessidades.

Contudo, no dia 14/06/2022, o Deputado Ricardo Izar, recorreu contra decisão proferida pela Presidência, em 13/06/2022, que deferiu o pedido contido no Requerimento nº 970/2022, que em suas palavras:

É equivocada sugestão por parte do requerente de que animais passariam a invocar direitos inexistentes ao seu repertório objetivo, alegamos que tal argumento é privado de qualquer substância lógica ou jurídica na medida em que iniciativas legislativas semelhantes a do PL 6054/2019 já foram aprovadas e implementadas em diversos

países desenvolvidos sem ferir sobremaneira, em nenhuma dimensão, o livre comércio de quaisquer animais e as atividades pecuárias ou correlatas ao seu uso. Estes países continuam pujantes e notórios em todas as cadeias de negócios com animais tanto em caráter nacional como internacional, mesmo tendo aprovadas propostas semelhantes em mérito e forma (...) Animais, sejam eles quais forem, quando da aprovação deste PL, não passarão a gozar de autonomia ou liberdades jurídicas que os blindem ao seu uso comercial, mesmo que respeitada sua dignidade. Assumir este caminho é não compreender absolutamente o PL em discussão, já amplamente discutido pelos colegas parlamentares das duas casas, e pior, dá claros sinais de inépcia hermenêutica e legislativa por parte do requerente. Alertamos que o requerente, na tentativa de provocar confusão regimental, parece desejar que passem a ocorrer redistribuições infinitas sobre o PL 6054/2019, o que por si só é algo digno de firme refração. Reforçamos que este PL, na forma como se apresenta, é resultado de longas discussões com colegas parlamentares das duas casas, que, experientes e previdentes das possibilidades interpretativas, resolveram, em total acordo, apresentar as emendas hoje observadas. Resulta um ultraje à competência de tantos colegas parlamentares desafiar suas decisões e propostas, a submissão de novas e infinitas comissões de reavaliação do que antes fora acordado. (IZAR, 2022, p. 1, 2 e 3)

Dessa maneira, o que é possível verificar aqui é que, pela visão antropocêntrica, é assustador pensar em dividir com os animais os direitos fundamentais, porém a PL trazida nesse contexto, possibilita não o que fora alegado pelo Deputado Nelson Barbudo, mas apenas, que os animais ao ganhar essa nova natureza *sui generes* e sencientes, terão ampla garantia a segurança e uma qualidade de vida melhor. O intuito não é retirar dos seres humanos seus direitos, mas sim dar direitos básicos a outras vidas.

3 MATERIAIS E MÉTODOS

Com o fim de alcançar os objetivos propostos no trabalho, fez-se necessário a realização de pesquisa de natureza aplicada, no campo das Ciências Sociais Aplicadas, visando gerar conhecimentos e soluções para problemas específicos, como no presente caso, quanto as situações que envolvem o direito a uma vida digna aos animais, e o reconhecimento destes quanto a sujeitos de direito.

Deste modo, o presente estudo apresentou seus resultados por meio de objetivos exploratórios e explicativos, o primeiro pela necessidade do estudo e levantamento bibliográfico quanto a interpretação e aplicação da legislação brasileira nas situações problemas, para que assim, pudesse, após análise de todo material, apresentar uma definição explicativa da possível solução, consoante ordenamento jurídico brasileiro, das controvérsias apresentadas sobre o tratamento dos animais no sistema brasileiro e seus reflexos.

Para tanto, o procedimento utilizado foi a pesquisa bibliográfica, por meio da abordagem qualitativa, tanto de conteúdo, como de discurso, partindo-se do levantamento de doutrinas, recorrendo a autores como Levai, Laerte Fernando e Rodrigues, Danielle Tetu,

além de, jurisprudências, livros, artigos científicos entre outros materiais que tenham como conteúdo o Direito dos animais em serem tratados como sujeitos de direitos e terem direito de possuir uma vida digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho buscou-se apresentar fundamentos que demonstrem que os animais possuem sentiência, ou seja, são dotados de sentimentos e consciência, tendo desse modo que ter garantia a direitos fundamentais básicos de vida e dignidade. Percebendo-se que é de extrema necessidade e urgência o Estado brasileiro reconhecer, a sua condição de sujeitos de direitos, sendo necessário se distanciar da ideia do antropocentrismo e construir uma tutela estatal mais efetiva para a boa vida dos animais.

A sentiência dos animais já resta comprovada pelos estudos realizados em Cambridge, sendo exposto as conclusões que chegaram na Conferência de 2012, já citada no decorrer do trabalho, assim não há mais dúvidas quanto aos sentimentos e consciência que os animais possuem, sendo que vários países já acataram esse resultado, e realizaram legislações mais eficientes quanto a proteção e aos direitos destes seres não humanos.

Ocorre que, no Brasil o Projeto Lei 6.054/2019, é o que possui a mudança mais significativa para os direitos dos animais, pois, visa modificar a natureza de coisificação dos animais para seres sencientes e *sui generes*, onde será assegurado mais direitos e garantias a eles, porém este projeto encontrou barreiras a boa tramitação, como já demonstrado acima, pois, foi criada visões sem bases e intuitos diversos do real pretendido quando de sua propositura, para que não fosse aceita essa mudança no Brasil, com justificativa de que o ser humano terá prejuízos com esse novo status dos animais, o que demonstra um forte rastro do antropocentrismo ainda presente em nossa sociedade, pois ainda se inferioriza a importância da vida dos animais em comparação aos seres humanos, ao sempre deixarem para escanteio assuntos relacionados a eles, e priorizarem os demais, ou como neste caso, colocarem empecilhos para o avanço dos direitos animais, com medo de não conseguirem ter as necessidades humanas supridas.

O PL, ao ser aprovado, será um grande passo a ser dado no Brasil, e é de extrema importância a sua mais breve aprovação, dando assim a devida importância a vida digna dos animais, reconhecendo seus direitos como seres vivos, e não mais um utensílio a satisfação dos interesses humanos. Os animais sencientes, devem ter seus direitos tutelados não em benefício

da humanidade, mas sim pelo fato de serem detentores de valor próprio, pois são seres vivos, merecedores de respeito e dignidade por parte da espécie humana.

Pela análise realizada no decorrer do trabalho, conclui-se que, para se ter uma efetiva proteção da vida digna dos animais não-humanos, embora seja de extrema importância a aprovação da PL em destaque, e as mudanças em relação a legislação brasileira, é necessária ainda uma mudança no modo como os seres humanos enxergam esses seres vivos, deixando de lado as ideias antropocêntricas que ainda perpetuam sobre a terra, e passar a procurar outros meios para a satisfação de seus interesses, sendo necessário talvez que o Estado, providencie mais estudos e conhecimentos para as pessoas, sobre a importância da vida animal e os bons cuidados para com eles, pois afinal, os animais merecem ter uma vida digna e feliz tanto quanto os seres humanos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jeovaldo da Silva. Proteção aos animais. **Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/protECAo-aos-animais/>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**. Trad. Pe. Antônio Pereira de Figueiredo. São Paulo: 2006.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Requerimento do dep. Nelson Barbudo**. Brasília: 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2181570. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto passa a considerar animais como bens móveis e não mais como coisas**. JusBrasil. Disponível em: <<https://cd.jusbrasil.com.br/noticias/420142286/projeto-passa-a-considerar-animais-como-bens-moveis-e-nao-mais-como-coisas>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL, **Decreto 16.590, de 10 de setembro de 1924**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16590-10-setembro-1924-509350-norma-pe.html>>. Acesso em: 29 mai. 2022.

BRASIL, **Decreto 5.197, de 3 de janeiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15197.htm>. Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL, **Decreto 6.638, de 8 de maio de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16638.htm#:~:text=LEI%20No%206.638%2C%20DE%20%20DE%20MAIO%20DE%201979.&text=Estabelece%20normas%20para%20a%20pr%C3%A1tica,animais%20e%20determina%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL, **Decreto 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm>. Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL, **Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm#:~:text=tutelados%20do%20Estado.-,Art.,a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20que%20possa%20caber.>>. Acesso em: 29 mai. 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm#:~:text=L9605&text=LEI%20N%C2%BA%209.605%2C%20DE%2012%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20penais,ambiente%2C%20e%20d%C

3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL, **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL, **Projeto Lei 3670/15**. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0p7atgm796yop12zlsbvrdo0vx20855301.node0?codteor=1414939&filename=PL+3670/2015. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Emenda do Senado a Projeto de Lei 6.054/19 da Câmara**. Brasília, 2019. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835164>. Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL, STJ – **Resp: 1713167 SP 2017/0239804-9**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 09/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável**. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-19_20-21_STJ-garante-direito-de-excompanheiro-visitar-animal-de-estimacao-apos-dissolucao-da-uniao-estavel.aspx>. Acesso em: 21 mai. 2022

CUNHA, S. O ambiente na sociologia: a emergência da nova ecologia humana. **Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa**, 2004.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 7, p. 54-86, jul./ set. 1997. apud. CADAVEZ, Lília Maria V. de Abreu P. CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS: UMA LEITURA TRANSDISCIPLINAR À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. Direito & Justiça, Porto Alegre. 2008.

DESCARTES, R. **Descartes Philosophical Letters**. Trad. A. Kenny. Oxford: Oxford University Press, 1970.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

HOFFMAN, A.J.; SANDELANDS, L.E. **Getting right with nature: Anthropocentrism, ecocentrism, theocentrism**. Organization and Environment, 18(2): 1-22, 2005.

IHU, **Instituto Humanitas Unisinos**. Declaração de Cambridge sobre Consciência em Animais Humanos e não Humanos. Disponível em:

<<https://www.ihu.unisinos.br/noticias/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>>. Acesso em 28 mai. 2022.

IZAR, Ricardo. **Projeto Lei 6.054/19**. Dispõe sobre acrescentar parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1975326&filename=EMR+1+CMADS+%3D%3E+PL+6054/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+6799/2013%29#:~:text=3%C2%BA%20do%20Projeto%20de%20Lei%20n%C2%BA%206054%2C%20de%202019%2C%20a,Sess%C3%B5es%2C%20em%20de%20de%202021. Acesso em: 21 jun. 2022.

IZAR, Ricardo. **Projeto Lei 6.799-A, de 2013**. Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=08F993CE9D7E947AE0FEF3AD9BCE6EA2.proposicoesWeb2?codteor=1401921&filename=Avulso+-PL+6799/2013#:~:text=3%C2%BA%20%2D%20Os%20animais%20n%C3%A3o%20humanos,%E2%80%9CArt.>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais: O direito deles e o nosso Direito sobre eles**. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1998.

LUCKETT, S. **Environmental Paradigms, Biodiversity Conservation, and Critical Systems Thinking**. Systemic Practice and Action Research. 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MILARÉ, E.; COIMBRA, J. A. A. Antropocentrismo X eco centrismo na ciência jurídica. **Revista de direito ambiental**, 2004.

OVID. **Metamorphoses**. Oxford World's Classics. Oxford University Press. (2009).

PRIMATT, Humphrey. **A Dissertation on the Duty of Mercy and Sin of Cruelty to Brute Animals**. Londres: T. Cadell, 1776.

REGAN, Tom. **The Case for Animal Rights**. 1ª edição. California: University of California Press, 2004

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHEFFER, Gisele Kronhardt. **PL 27/2018: um avanço pela metade na proteção aos animais**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/744421958/pl-27-2018-um-avanco-pela-metade-na-protECAo-aos-animais>>. Acesso em: 20 mai. 2022

SILVA, Diego Coimbra Barcelos da; RECH, Adir Ubaldo. **A SUPERANÇA DO ANTROPOCENTRISMO: UMA NECESSÁRIA RECONFIGURAÇÃO DA INTERFACE HOMEM-NATUREZA**. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-UFG_41-02.01.pdf>.

Acesso em: 08 set. 2022.

SINGER, Peter. **Vida ética**: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

WALDMAN, Marcio. **Relação entre homens e animais**. Disponível em:

<<https://www.petlove.com.br/dicas/relacao-entre-homens-e-animais>>. Acesso em: 20 mar. 2022

WIKIPÉDIA, **Henry Stephens Salt**. Disponível em:

<https://en.wikipedia.org/wiki/Henry_Stephens_Salt>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Petrônio de Souza Carvalho¹; Paulo Vitor Aparecido Ferreira²

¹Graduando em Direito. Centro Universitário Vale do Rio Verde. petronio.souza@aluno.unincor.edu.br.
<https://orcid.org/0000-0002-3593-0422>

²Professor Mestre. Centro Universitário Salesiano de São Paulo. prof.paulo.ferreira@unincor.edu.br.
<https://orcid.org/0000-0002-2512-8006>

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como tema o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro. Diante da precariedade do sistema prisional brasileiro onde há massivas violações dos direitos fundamentais dos apenados como pessoa humana e um descaso e incapacidade do Estado em administrar o sistema, surgiu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), reconhecido mediante decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347. Deste modo, o estudo da crise no sistema prisional brasileiro, tem como objetivo analisar as suas causas, efeitos e seus reflexos na violação dos direitos fundamentais dos indivíduos privados de liberdade, sob uma ótica da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. O procedimento utilizado foi a pesquisa bibliográfica, através da abordagem qualitativa, coletando informações de sites, revistas jurídicas e legislação, para demonstrar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário em buscar melhorias da política pública para o sistema prisional brasileiro. Portanto, observa-se que o Poder Judiciário pode, e deve, intervir diante dos outros poderes, na busca de melhorias da política pública para o sistema prisional brasileiro, para a preservação da dignidade dos presos e a segurança da sociedade.

Palavras-Chave: Estado de Coisas Inconstitucional; direitos fundamentais; sistema prisional.

ABSTRACT

This course conclusion work has as its theme the Unconstitutional State of Things in the Brazilian prison system. Faced with the precariousness of the Brazilian prison system, where there are massive violations of the fundamental rights of the inmates as a human person and a neglect and inability of the State to administer the system, the Unconstitutional State of Things (ECI) emerged, recognized by a decision of the Federal Supreme Court (STF) in the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347. Thus, the study of the crisis in the Brazilian prison system aims to analyze its causes, effects and its reflexes in the violation of the fundamental rights of individuals deprived of liberty, from a perspective of the theory of the Unconstitutional State of Things. The procedure used was bibliographic research, through a qualitative approach, collecting information from websites, legal magazines and legislation, to demonstrate the need for intervention by the Judiciary in seeking improvements in public policy for the Brazilian prison system. Therefore, it is observed that the Judiciary can, and must, intervene before the other powers, in the search for improvements in public policy for the Brazilian prison system, for the preservation of the dignity of prisoners and the security of society.

Key words: *Unconstitutional State of Things; fundamental rights; prison system.*

1 INTRODUÇÃO

No atual quadro do sistema prisional brasileiro muitos problemas são apresentados, como o mau funcionamento do sistema penitenciário devido as omissões do Estado juntamente com a superlotação, condições desumanas de custódia, violação de direitos

fundamentais, déficit no efetivo de Policiais Penais, falta de investimento público, falhas estruturais, dentre outros problemas caracterizam-se o sistema como ineficaz na ressocialização e reeducação do detento.

A precariedade do sistema prisional brasileiro potencializa as múltiplas violações de direitos humanos, revelando, assim, o descaso e a incapacidade do Estado em administrar o sistema prisional e conseqüentemente não cumprir com seu objetivo principal, que é a promoção da ressocialização dos indivíduos que cumprem pena e sua reeducação para reinserção na sociedade.

Diante disto, surgiu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), reconhecido mediante decisão do STF na ADPF 347 em setembro de 2015, com o objetivo de o tribunal interferir junto ao Poder Legislativo e Executivo para criar projetos estruturais de políticas públicas e ajudar a elaborar esses projetos e reduzir assim os problemas estruturais do sistema carcerário, que se encontra em péssima situação.

Diante do exposto e utilizando a pesquisa bibliográfica, por meio da abordagem qualitativa, coletando informações de sites, revistas jurídicas e legislação, para demonstrar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário na busca de melhorias da política pública para o sistema carcerário brasileiro.

Inicialmente será abordado um breve estudo do sistema prisional brasileiro, em seqüência será exposto a precariedade do sistema prisional brasileiro. Posteriormente abordará sobre os direitos fundamentais do preso e por fim, versará sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, com o intuito de verificar a sua eficácia.

A importância desse tema encontra-se nos reflexos que a grave situação atual do sistema prisional brasileiro gera. O alto nível de criminalidade contribui para o problema da superlotação dos presídios. Com o sobrecarregamento, há a violação do direito dos apenados como pessoa humana, além disso, o grave quadro contribui com o aumento da violência e a formação de facções em todos os presídios, ameaçando a segurança pública e transformando os presídios em escolas de criminosos, não existindo assim, a chance de ressocialização.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O calamitoso estado do sistema prisional

A situação carcerária é uma das questões mais complexas da realidade social brasileira.

O sistema prisional atual é possivelmente, detentor de um dos maiores déficit social que o Estado e a sociedade têm. Uma dívida em aberto, um vulcão em ponto de entrar em erupção. Uma situação assustadora e de impacto profundo e eminente no cotidiano do país (SANTOS, 2018).

Segundo o relatório contendo informações penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional-DEPEN, que é divulgado semestralmente, no 11º Ciclo - INFOPEN (jul-dez 2021) a população carcerária era de 833.176, sendo 790.486 homens e 42.690 mulheres. O sistema prisional contava com 1.549 estabelecimentos penais. A capacidade no sistema carcerário era de 521.738 vagas masculinas e 51.592 vagas femininas, tendo um déficit de 268.748 vagas masculinas, aproximadamente 33,99% (BRASIL, 2021).

De acordo com os dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, atualmente há 919.708 pessoas privadas de liberdade, sendo 916.983 presos (867.372 homens e 49.611 mulheres) e 2.725 internados (2.550 homens e 175 mulheres) (BRASIL, 2022).

A precariedade do sistema prisional brasileiro e as violações de direitos humanos que ocorrem cotidianamente no interior dos presídios do país é um triste fato que tem se intensificado nos últimos tempos.

Conforme Pereira (2017, p. 169):

A superlotação dos presídios tem sido apontada como uma das principais causas de violação de diversos direitos humanos consagrados em vários instrumentos internacionais, muitos deles dos quais o Brasil é parte, como a *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948*; a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948*; as *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, de 1955*; o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966*; a *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 1969*, também conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*; e a *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984*. A própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, também é violada em diversos de seus dispositivos.

O mau funcionamento do sistema penitenciário brasileiro devido as omissões do Estado juntamente com a superlotação, condições desumanas de custódia, violação de direitos fundamentais e falhas estruturais torna-se ineficaz a ressocialização do apenado, fundamento do próprio Direito Penal.

Na maioria dos estabelecimentos penais as condições de operação não condizem com o que é determinado pelas normas positivadas, como a Lei de Execução Penal.

O Estado detentor do direito de punir, também detém a responsabilidade de possibilitar a ressocialização e a reintegração do indivíduo na sociedade, porém é negligente quanto a isso.

Matheus Carvalho (2017, p. 348), associa a responsabilidade do Estado por omissão a teoria do risco criado ou risco suscitado. Sobre essa premissa, o doutrinador ensina:

Por vezes, em algumas circunstâncias, o Estado cria situações de risco que levam à ocorrência de dano. Por meio de um comportamento positivo, o Estado assume grande risco de gerar dano a particulares. Assim, nesses casos, o Estado responde objetivamente por ele, ainda que não se demonstre conduta direta de uma agente público. As situações mais corriqueiras decorrem da guarda de pessoas ou de coisas, como é o caso de detentos de um presídio [...]

Considerando que os detentos estão sob a guarda, tutela e proteção do Estado, este terá responsabilidade objetiva imputada quando por ação ou omissão causar dano físico, moral e social ao apenado.

Em relação a efetivação da responsabilidade do Estado, quando da custódia do preso, o sistema penitenciário brasileiro há décadas não tem proporcionado garantias mínimas de sobrevivência para os detentos.

A falta de estabelecimentos penais resulta em superlotação dos presídios, que acabam por violar expressamente os direitos humanos dos detentos.

Rogério Greco (2015, p. 166) em seu livro “Sistema Prisional – colapso atual e soluções alternativas”, dispõe que:

A superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Juntamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometidos pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinha a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem do sistema prisional.

A funcionalidade e a finalidade das prisões, que deveria propiciar condições para ressocialização do apenado, acabam desencadeando a reincidência destes.

2.2 A ideia do Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional-ECI teve sua origem na Colômbia, em 1997. A Corte Constitucional Colombiana declarou o ECI em 28 de Abril de 1998, depois de constatar e comprovar o quadro grave de superlotação nos presídios do país. Todos presídios do país encontravam-se em condições precárias, violando os direitos dos apenados de forma generalizada (NASCIMENTO, 2020).

Assim sendo, a Corte Constitucional Colombiana estabeleceu que o poder público elaborasse projetos para ampliar e reformar unidades prisionais; alocasse verbas orçamentárias para custear tais projetos, com a intenção de cessar as violações dos direitos fundamentais; cobrou do Presidente da República e dos Governadores medidas para assegurar o respeito dos direitos dos apenados em todas as prisões do país (NASCIMENTO, 2020).

O Estado de Coisas Inconstitucional-ECI consiste em uma técnica decisória que os juízes ou cortes utiliza quando os direitos fundamentais são violados de forma massiva e sistemática, quando da omissão inconstitucional do poder público, por meio de emissão de ordens estruturais dirigidas aos Poderes Executivo e Legislativo com a finalidade de elaborar e realizarem políticas públicas aptas a solucionar esse estado de coisas (FALCÃO e FERNANDES, 2018).

É oportuno citar a definição Estado de Coisas Inconstitucional do jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. (CAMPOS, 2016, p.21).

O Supremo Tribunal Federal, em 09 de setembro de 2015, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema prisional brasileiro, ao analisar e julgar a ação judicial de Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347 proposta pelo Partido Socialista e Liberdade - PSOL (NASCIMENTO, 2020).

Foi constatado que o sistema prisional brasileiro encontrava-se em condições muito precárias e a conjuntura estrutural do sistema estava em colapso, resultando em violações generalizadas dos direitos fundamentais dos detentos, atingindo de forma direta o princípio da dignidade da pessoa humana, resultado da falta de investimentos e melhorias do sistema e

uma negligência contínua dos Poderes Públicos, tonando-se necessário a apresentação de projetos de investimentos para estrutura prisional e elaboração de medidas para resolução do problema (NASCIMENTO, 2020).

Os problemas do sistema prisional brasileiro perduram há décadas e o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional juntamente com adoções de medidas para solucioná-los se apresenta como um instrumento que permitirá a busca pelo bem-estar social, função principal do Estado (NASCIMENTO, 2020).

O Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido no Brasil, por ser um instituto novo, ainda não apresentou os resultados esperados, o Estado continua omissivo e ainda não foram criadas medidas estruturais capazes de sanar realmente os problemas do sistema prisional do país, pois os meios de comunicação evidenciam as violações de direitos fundamentais que o condenado se submete nas unidades prisionais.

2.3 O papel do Poder Judiciário perante a atuação do sistema prisional brasileiro

A separação dos poderes é um princípio que tem por objetivo evitar arbitrariedades e o desrespeito aos direitos fundamentais (MADRIGAL, 2019).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, trata da separação de poderes, dispondo que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988)

Por independência entende-se que é a ausência de subordinação, de hierarquia entre os Poderes, sendo cada um deles livre para se organizar e não podendo intervir indevidamente (fora dos limites da Constituição) na atuação do outro. Já a harmonia, significa colaboração, cooperação, visa garantir que os Poderes expressem uniformemente a vontade da União (MADRIGAL, 2019).

A independência entre os Poderes não é absoluta, é limitada pelo sistema de freios e contrapesos, que prevê a interferência legítima de um Poder sobre o outro, nos limites estabelecidos na Constituição (MADRIGAL, 2019).

A responsabilidade pelo quadro caótico do sistema prisional é de todos os poderes e envolvidos no sistema de justiça: Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário e Ministério Público.

É notório que os estabelecimentos prisionais estão fora do controle do Estado. A Constituição Federal atribui a execução penal ao Estado, não às facções criminosas. Aos Poderes Executivo e Legislativo soma-se à responsabilidade, por omissão, do Poder Judiciário e do Ministério Público pela ausência do poder público na administração penitenciária.

A competência para implementação de políticas públicas atinentes ao sistema penitenciário é do Poder Executivo, que tem sido negligente de maneira sistemática e constante.

A partir da constatação da ineficiência do Estado na efetivação dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, surge a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de políticas públicas com fins de preservação da dignidade dos presos e a segurança da sociedade.

Portanto, a omissão do Poder Público na garantia dos direitos fundamentais dos detentos e do direito à segurança da sociedade viola frontalmente a Constituição Federal, devendo ser objeto de controle judicial.

A atuação do Poder Judiciário, nestes casos, não viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que está garantindo os direitos fundamentais da pessoa humana (FREITAS FILHO, 2018).

Dessa forma, mostra-se perfeitamente cabível a ação do Judiciário, para determinação ao Executivo de realização de obras para adequação estrutural de estabelecimentos penais à Lei de Execução Penal (FREITAS FILHO, 2018).

Quando declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, o Poder Judiciário não há de ficar em posição hierárquica acima dos outros poderes, o verdadeiro intuito quando necessário da aplicação desse instituto é a resolução da demanda, sendo que a ligação harmônica e o equilíbrio entre os três poderes é de suma importância para colocar em prática as medidas adotadas, não havendo sobreposição hierárquica entre eles (DUARTE e DUARTE NETO, 2016).

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional tem conteúdo político-jurisdicional e posiciona o Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais violados, acompanhando as políticas públicas e corrigindo, caso necessário, os programas, projetos e ações dos organismos públicos que não tenham conseguido dar vida aos preceitos constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a legitimidade de o Poder Judiciário intervir no caso de violação massiva de direitos fundamentais, com o uso da lei para obrigar o Poder Executivo a cumprir os preceitos para a tutela da pessoa humana (MARTINELLI, 2018).

No julgamento da ADPF 347, o STF deferiu algumas medidas que foram solicitadas, dentre elas, determinou a realização das audiências de custódia em todo país e a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN (BARBOSA, 2021).

No tocante a realização de audiências de custódia, a Corte determinou aos juízes e tribunais brasileiros, observadas as disposições do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, a realização das audiências de custódia, em até noventa dias. Assim viabilizou-se o comparecimento do preso perante a autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas contados do momento da prisão (BRASIL, 2015, p. 4), para que seja avaliada a sua legalidade, bem como as medidas a serem tomadas no caso, devendo a privação da liberdade ser aplicada em último caso, quando não for cabível as outras medidas.

Após a decisão do Supremo, a audiência de custódia passou a ser obrigatória em todo o país, fato que gerou efeitos positivos, dada a redução do número de pessoas presas em flagrante que tem tido a sua liberdade cerceada após esta audiência (PEREIRA, 2017).

Quanto ao descontingenciamento e a liberação de recursos do FUNPEN, a Suprema Corte, considerando o notório estado de superlotação, precariedade e falência estrutural do sistema penitenciário brasileiro, reconheceu a inconstitucionalidade dos atos infr legais de contingenciamento e de não liberação de verbas do FUNPEN, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos (BRASIL, 2015, p. 4).

O Fundo Penitenciário Nacional foi criado pela Lei Complementar 79, de 07 de Janeiro de 1994. Conforme se depreende do artigo 1º da referida Lei, o FUNPEN tem por finalidade “proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional”, sendo que a gestão de seus recursos é atribuição do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (BARBOSA, 2021).

No âmbito da ADPF nº 347, verificou-se que as ordens não foram devidamente efetivadas, devido a suposta falta de flexibilidade, falta de acompanhamento e monitoramento da implementação da decisão, aliada a ausência de diálogo e compreensão dos envolvidos. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional assim, não obteve o resultado pretendido quanto a situação em concreto dos direitos dos internos no sistema prisional brasileiro (ALVES e OLIVEIRA, 2019).

A declaração do ECI no sistema prisional brasileiro é alvo de críticas por alguns doutrinadores, por supostamente não findar na real solução para os problemas e exigir ação mútua, ameaçando a separação de poderes, bem como, pela possível banalização deste (ALVES e OLIVEIRA, 2019).

Importante crítica que surge quanto ao Estado de Coisas Inconstitucional se refere quanto ao fato de exigir ações de efetivação por parte do Poder Judiciário: “[...] ao legislador complete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais” (CANOTILHO, 2000, apud ALVES e OLIVEIRA, 2019).

Alguns juristas criticam a declaração de ECI, por discordarem do ativismo judicial inerente a essa técnica. Para eles, as críticas estão no risco de banalização e subjetivismo, ilegitimidade democrática e violação à separação de poderes (FALCÃO e FERNANDES, 2018).

Segundo Lenio Streck, o risco de banalização e subjetivismo no uso da técnica da declaração de ECI, deriva do emprego de termos vagos, como “tutela estrutural”, que abriria várias possibilidades para enquadrar qualquer situação como passível de declaração do estado de coisas inconstitucional:

Minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral. (STRECK, 2015).

O segundo argumento refere-se à ilegitimidade democrática, pois o STF não teria legitimidade para estabelecer e tratar de políticas públicas porque seus integrantes não foram eleitos pelo voto popular. Essa tarefa competiria aos Poderes Executivo e Legislativo, cujos membros foram eleitos para elaborar leis e realizar políticas públicas como representantes do

povo. Ao Poder Judiciário incumbiria fazer cumprir a Constituição, as leis e as demais normas jurídicas, e não as reelaborar como legislador positivo (FALCÃO e FERNANDES, 2019).

Em relação às críticas ao Estado de Coisas Inconstitucional - ECI em razão da violação a Separação dos Poderes Campos (2015) conclui:

“Primeiramente, partem de uma concepção estática do princípio, de poderes não só separados, como distantes e incomunicáveis. As pretensões transformativa e inclusiva da Carta de 1988 requerem, ao contrário, um modelo dinâmico, cooperativo de poderes que, cada qual com as ferramentas próprias, devem compartilhar autoridade e responsabilidade em favor da efetividade da Constituição. Em segundo lugar, ainda que se reconhecesse como plenamente vigente esse modelo estático de poderes que se excluem funcionalmente, circunstâncias próprias do ECI — violação massiva de direitos fundamentais e bloqueios políticos e institucionais — configuram motivos suficientes à flexibilização, nos casos concretos e sob o ângulo de princípios de moralidade política, razões de separação ortodoxa de poderes. Pensar de modo diverso equivale a tolerar situações de somatório de inércias, de paralisia dos três poderes em desfavor da realização efetiva de direitos fundamentais.”

3 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para alcançar os objetivos propostos no trabalho, será necessário a realização de pesquisa de natureza aplicada, no campo das Ciências Sociais Aplicadas, visando gerar conhecimentos e soluções para problemas específicos, como no presente caso, quanto as situações que envolve a violação de direitos fundamentais e as omissões do Estado perante o sistema carcerário.

Deste modo, o presente estudo apresentará seus resultados por meio de objetivos exploratórios e explicativos, o primeiro pela necessidade do estudo e levantamento bibliográfico quanto aos direitos fundamentais lesados dentro do sistema carcerário brasileiro, para assim, poder, após análise do material explicar as causas e consequências da ocorrência do problema e seus reflexos.

Para tanto, o procedimento a ser utilizado será a pesquisa bibliográfica, por meio da abordagem qualitativa, coletando informações de sites, revistas jurídicas e legislação, para demonstrar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário na busca de melhorias da política pública para o sistema carcerário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo estudo realizado, verificou-se que a partir da constatação da ineficiência do Estado na efetivação dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, o Poder Judiciário pode, e deve intervir perante os outros poderes, na busca de melhorias da política pública para o sistema prisional brasileiro, para a preservação da dignidade dos presos e a segurança da sociedade.

Destaca-se que com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), após a decisão do Supremo Tribunal Federal, a audiência de custódia passou a ser obrigatória em todo o país, fato que gerou efeitos positivos, dada a redução do número de pessoas presas em flagrante após esta audiência.

A Suprema Corte também determinou à União a liberação das verbas do FUNPEN-Fundo Penitenciário Nacional, destinadas ao financiamento de programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional.

Portanto, diante da crise enfrentada pelo Sistema Prisional Brasileiro, tem-se que as medidas deferidas pelo Supremo Tribunal Federal funcionam como importantes ferramentas para superar esse quadro e buscar assegurar os direitos fundamentais mínimos aos presos determinados pela nossa Constituição Federal.

Foi possível compreender que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pelo Supremo Tribunal Federal é um passo pequeno diante de um problema complexo existente no sistema prisional brasileiro, que é a efetivação dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

Porém, mesmo com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), o Estado ainda continua omissivo, não foram criadas medidas estruturais possíveis de sanar realmente os problemas carcerários do país, pois nos dias atuais, os meios de comunicação mostram as violações de direitos fundamentais que o condenado se submete nas unidades prisionais.

Os problemas estruturais na sociedade brasileira que envolvem a proteção de direitos, ainda são extremamente complexos, sendo possível concluir que por mais que o Poder Judiciário tenha boa vontade ao tratar sobre o tema, a solução envolve também o Poder Executivo, cuja competência é a implementação de políticas públicas atinentes ao sistema penitenciário e o Poder Legislativo, cuja competência inclui a fiscalização da atuação do Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

ALVES, G.C.; OLIVEIRA, Y.A.N. O Estado de Coisas Inconstitucional e a Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais. **Jus**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72595/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-aplicabilidade-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 31 out. 2022.

BARBOSA, Nathália Ferreira Netto. Análise acerca do reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional no Brasil à luz da ADPF 347. **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF: 10 nov 2021, 04:34. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/57412/anlise-acerca-do-reconhecimento-do-estado-de-coisas-inconstitucional-no-brasil-luz-da-adpf-347>. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Estatísticas BNMP Nacional, 2022. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 26 mai. 2022.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. DEPEN. **Departamento Penitenciário Nacional**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 25 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF** [online]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 09 set. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/vAsbpZ>. Acesso em: 31 out. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Devemos temer o Estado de Coisas Inconstitucional? **Conjur**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 31 out. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 2000.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo** - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

DUARTE, J. K. V.; DUARTE NETO, J. G. O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI): o remédio estrutural para a efetivação dos direitos fundamentais perante um diálogo entre os Poderes da União. **Revista da ESMAL**, n.1, p. 298-321, 2016. Disponível em:

<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/25>. Acesso em: 12 mar. 2022.

FALCÃO, A. G. C.; FERNANDES, A. D. Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a parceria público-privada. **Periódicos Uni**. 7 Edu. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/iniciacao-cientifica/article/download/416/412/>. Acesso em: 25 mai. 2022.

FREITAS FILHO, José Vidal de. Atuação do Judiciário face as deficiências do sistema prisional. **Revista Justiça & Cidadania**. Edição 16, 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/atuacao-do-judiciario-face-as-deficiencias-do-sistema-prisional/>. Acesso em: 25 mai. 2022.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2.ed., Niteroi: Impetus, 2015.

MADRIGAL, Alexis Gabriel. Harmonia e independência entre os poderes. **Jusbrasil**. 2019. Disponível em: <https://alexismadrigal.jusbrasil.com.br/artigos/704859633/harmonia-e-independencia-entre-os-oderes#:~:text=A%20separa%C3%A7%C3%A3o%20de%20poderes%20%C3%A9,tend%C3%Aancia%20ao%20abuso%20do%20poder>. Acesso em: 25 mai. 2022.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. O caos do sistema carcerário é também responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público. **Jusbrasil**. 2018. Disponível em: <https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/423635828/o-caos-do-sistema-carcerario-e-tamb-m-responsabilidade-do-poder-judiciario-e-do-ministerio-publico>. Acesso em: 25 mai. 2022.

NASCIMENTO, Paulo Henrique do. **O Estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro**. Orientador: Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva. 2020. 58 fl. Monografia (Curso de Graduação em Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG. Souza, 2020. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/17475>. Acesso em: 12 mar. 2022.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, 5(1), 167-190, 2017. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/download/472/206>. Acesso em: 12 mar. 2022

SANTOS, R. G. R. C. **Reflexões acerca do Sistema Penitenciário frente à Lei de Execução Penal**. Orientador: Fabrício Wantoil Lima. 2018. 28 f. TCC (Graduação). – Curso de Direito, Faculdade Raízes, Anápolis, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/379/1/RAYSSA%20GABRIELLE%20RODRIGUES%20COSTA%20SANTOS.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Conjur**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 31 out. 2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO RIO VERDE - UNINCOR

Três Corações: Av. Castelo Branco, 82 - Chácara das Rosas | CEP: 37417-150 - TELEFONE: 35 3239.1000

Belo Horizonte: Av. Amazonas, 3.200 - Prado | CEP: 30411-186 - TELEFONE: 31 3064.6333

Caxambu: Rua Dr. Viotti, 134 - Centro | CEP: 37440-000 - TELEFONE: 35 3341.3288

**O INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS:
Inovação para o Código de Processo Penal**

Débora da Silva Nogueira; Prof. Me. José de Assis Pereira
Débora da Silva Nogueira; Graduada em Curso de Direito da Universidade Vale do Rio Verde.
deborasnogueira99@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8948-108X>
Prof. Me. José de Assis Pereira. Centro Universitário Vale do Rio Verde. prof.assis.pereira@unincor.edu.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7494-6187>

RESUMO

O Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal trouxe uma tremenda novidade para o Código de Processo Penal: O Instituto do Juiz das Garantias. O mesmo já era presente em alguns países, mas se tornou uma grande inovação no nosso presente ordenamento jurídico. Para analisarmos essa inovação no Código de Processo Penal, será feito um estudo sobre o conceito e criação de Juiz das Garantias, bem como suas características e benefícios. Em especial, estudaremos sobre os sistemas processuais e sobre o elemento essencial da função jurisdicional: a imparcialidade do magistrado. A metodologia para o desenvolvimento do presente trabalho é a pesquisa bibliográfica, e serão pesquisadas algumas obras de doutrinadores que irão auxiliar para a conclusão do mesmo. Com base no que será descrito ao longo do trabalho, ficará claro que, para um processo ser válido, é indispensável que haja a imparcialidade do juiz, e que o mesmo se coloque acima das partes do processo, bem como, entre elas.

Palavras-chaves: Código de Processo Penal; Juiz das garantias; Sistemas Processuais Penais; Imparcialidade.

ABSTRACT

The Federal Senate Bill No. 156/2009 of the Federal Senate brought a tremendous novelty to the Code of Criminal Procedure: The Institute of the Judge of Guarantees. The same was already present in some countries, but it has become a great innovation in our current legal system. In order to analyze this innovation in the Criminal Procedure Code, a study will be made on the concept and creation of the Guarantee Judge, as well as its characteristics and benefits. In particular, we will study procedural systems and the essential element of the judicial function: the impartiality of the magistrate. The methodology for the development of the present work is the bibliographical research, and some works of scholars will be researched that will help for the conclusion of the same. Based on what will be described throughout the work, it will be clear that, for a process to be valid, it is essential that the judge has impartiality, and that he is placed above the parts of the process, as well as between them.

Keywords: Criminal Procedure Code; Warrant Judge; Criminal Procedural Systems; Impartiality;

1. INTRODUÇÃO

Em 2019 entrou em vigor a Lei de nº 13.964/2019, que trata sobre um tema muito relevante no Direito Penal e Processo Penal Brasileiro, que diz sobre Juiz das Garantias.

De acordo com o artigo 3º B da referida lei, diz que o Juiz das Garantias é responsável civil, penal e administrativamente, pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

O objetivo deste princípio é bem simples, as funções judiciais de exame de legalidade de medidas cautelares e invasivas na fase de investigação serão realizadas por certo juiz, e na fase de instrução e julgamento do processo, será outro juiz. Ou seja, o magistrado que autoriza as medidas coercitivas pré-processuais, no caso as cautelares e invasivas, não é o mesmo magistrado que irá instruir e julgar, embora não haja impedimento que este último, mediante um prévio requerimento as autorize.

Pode-se dizer que, com a entrada em vigor desta Lei, houve um salto em direção à efetividade da Justiça Criminal, a qual consiste na absolvição dos inocentes e condenação dos culpados, ou seja, na proteção dos dois princípios constitucionais fundamentais integrantes na relação processual, a garantia individual e a segurança jurídica, para que realmente seja efetivada a justiça.

2. O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS

Em um processo penal, é essencial a ocorrência de duas fases para a solução de um delito. A primeira fase é a pré-processual, que é comandado por uma autoridade policial, e tem como o principal objetivo colher o máximo de elementos informativos possíveis, com indícios sobre a autoria e materialidade do fato.

A segunda fase é a processual, que será conduzida por um magistrado - juiz, que irá analisar todas as provas e ao final decidirá sobre a condenação ou absolvição do réu.

A figura desse instituto inovador na legislação processual tem como propósito maior que o magistrado seja imparcial durante sua tomada de decisão no processo. Diante disso, é de extrema necessidade a implantação de um juiz para atuar apenas no momento do inquérito e outro para as demais fases do processo, para que haja a imparcialidade do juiz, que é um ponto essencial no decorrer do processo.

Com base nos pensamentos de Lima (2020) acerca do instituto:

Consiste na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal. (LIMA, 2020, p. 114).

Vale ressaltar que, o instituto do Juiz das Garantias não foi criado para extinguir ou presidir o inquérito policial. O mesmo continuará sob a responsabilidade do delegado de polícia, o que irá acontecer será uma divisão de tarefas entre o juiz atuante no inquérito e o

juiz da fase processual, buscando garantir então, a total imparcialidade entre eles, como também garantir os direitos constitucionais do acusado.

Ainda de acordo com Renato Brasileiro de Lima:

Trata-se de verdadeira espécie de competência funcional por fase do processo. Quer dizer que, a depender da fase da persecução penal em que estivermos, a competência será de um ou de outro juiz: entre a instauração da investigação criminal e o recebimento da denúncia (ou queixa), a competência será do juiz das garantias, que ficará impedido de funcionar no processo, após o recebimento da peça acusatória (ou absolutória), a competência será do juiz da instrução e julgamento. (LIMA, 2020, p.115)

Ou seja, o propósito do instituto do juiz das garantias é minimizar ao máximo as chances de contaminação subjetiva do juiz da causa, potencializando, pois, a sua imparcialidade, seguindo na contramão da sistemática até então vigente, quando a prática de qualquer ato decisório pelo juiz na fase investigatória tornava-o prevento para prosseguir no feito até o julgamento final.

Dito isso, o Código de Processo Penal passa a prever que o juiz das garantias que intervir na fase investigatória, deliberando, por exemplo, ao menos quanto ao recebimento da denúncia, estará impedido de funcionar no processo. Opera-se então, a cisão funcional entre os momentos de investigação e julgamento da persecução penal.

3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Antes de iniciar um debate sobre o tema Juiz das Garantias, é necessário compreender o que são os sistemas processuais penais existentes e qual deles será aplicado no ordenamento jurídico pátrio.

Desta feita, segundo Rangel (2007, p.1) pode-se definir um sistema processual:

“Um conjunto de princípios e regras constitucionais que estabelecem as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito no caso concreto. Vale ressaltar que, todo sistema é regido por um único princípio unificador.”

Logo, a doutrina processual elenca que são três sistemas processuais penais: o sistema inquisitório, sistema acusatório, e sistema misto.

3.1.Sistema Inquisitório

Sendo este sistema, aquele que guarda resquícios do período da Santa Inquisição da Igreja Católica na Idade Média. Sobre o qual Lima (2021) escreve:

Adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitório posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Típico dos sistemas ditatoriais, tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor. (LIMA, 2021, p. 42)

De fato, essa aglomeração de poder nas mãos de apenas uma pessoa, nesse caso as do magistrado, compromete a imparcialidade no processo. Pois, o mesmo magistrado que agirá como acusador, ficará psicologicamente vinculado ao resultado do processo, perdendo a imparcialidade no julgamento.

Aqui não há distinção entre os sujeitos processuais, sendo o juiz, o defensor e o acusador uma única pessoa.

Este tipo de sistema está violando frontalmente, tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo Renato Lima (2021, p.43):

Fica evidente que este processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há de se falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à CF/88 e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3.2.Sistema acusatório

Em sentido oposto e de modo diverso ao sistema inquisitório, tem-se o sistema acusatório, que se caracteriza pela distinção entre os sujeitos processuais, sendo que cada qual ocupará sua posição frente ao processo. Onde acontece o óbvio: o juiz – julga, a defesa – defende e a acusação – acusa. Existe aqui a distinção das partes, conforme leciona Lima (2021):

“O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. (LIMA, 2021, p. 43).”

Quanto à denominação de “acusatório”, diz respeito a situação jurídica de que para que alguém seja chamado ao processo penal, ele deve ser acusado de algo, como bem

explicita Lima:

À luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. O sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. (LIMA, 2021, p. 43).

Segundo Luigi Ferrajoli (2006, p. 518), são características deste sistema: a separação rígida entre juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa e a publicidade e a oralidade do julgamento.

Nota-seclaramente, que o sistema inquisitório é diferente do sistema acusatório, e o que diferenciam eles, no pensamento do doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2021) é a posição dos sujeitos dentro do processo, e a gestão da prova:

O que efetivamente diferencia o sistema inquisitório do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Com isso, além de separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova' (LIMA, 2021, p.44)

O sistema acusatório é o sistema processual adotado no Brasil, com fundamentos no contraditório, ampla defesa, imparcialidade do magistrado, segundo Aury Lopes Jr.:

A Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal.

(...)

Agora, a estrutura acusatória está expressamente consagrada no Código Processual Penal, e não há mais espaço para o juiz-ator-inquisitor, que atue de ofício violando o *nepcedatiudexexofficio*, ou que produza prova de ofício, pilares do modelo acusatório. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 53)

Quanto ao dispositivo legal, o artigo 3º-A do CPP - Código de Processo Penal Brasileiro - (BRASIL, 1941, p. 01), diz expressamente que o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, ao que segue:

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

3.3.Sistema Misto

O sistema misto nada mais é que a mistura (junção) dos dois sistemas citados acima, pois abrange duas fases processuais distintas, o inquisitório e o acusatório, nos dizeres de Lima e Lenza:

Trata-se de um modelo novo, funcionando como uma fusão dos dois modelos anteriores, que surge com o *Code d'Instruction Criminelle* francês, de 1808, por isto também é chamado de sistema francês.” (Lima, 2021, p. 44)

Nesse sistema há uma fase investigatória e persecutória preliminar conduzida por um juiz (não se confundindo, portanto, com o inquérito policial, de natureza administrativa, presidido por autoridade policial). Seguida de uma fase acusatória em que são assegurados todos os direitos do acusado e a independência entre acusação, defesa e juiz. Tal sistema inaugurado com o *Code d'Instruction Criminelle* (Código de Processo Penal francês), em 1908, atualmente é adotado em diversos países europeus e sua característica marcante é a existência do Juizado de Instrução, fase preliminar instrutória presidida por juiz. (REIS, Alexandre Cebrian, 2012, p. 33)

Como descrito pelo doutrinador (Reis, 2012), o sistema misto pertence a outro ordenamento jurídico alheio ao brasileiro, sem real aplicabilidade, frente à legislação pátria.

4. Juiz das Garantias ou da Legalidade?

Num primeiro momento, sobre o instituto do Juiz das Garantias, surge um questionamento, seria um juiz para cuidar das “garantias constitucionais” ou um juiz para cuidar da “legalidade” das ações durante o processo?

De acordo com o doutrinador Flávio Meirelles (2020), o termo adequado para o instituto seria juiz da legalidade, e não juiz das garantias:

Esse nome, juiz das garantias, tendo em conta esses tempos sombrios de hermenêutica populista (2020), não foi boa escolha. Não representa o que ele realmente é. Dá margem à equivocada compreensão de que o juiz irá se limitar a proteger direitos do acusado, mantra do catálogo de estultices ideológicas. O juiz das garantias não apenas avalia se o requerimento feito pela autoridade investigadora não viola a legislação como também autoriza medidas invasivas e impõe cautelares, entre as quais a prisão provisória. Ao autorizar medidas invasivas e determinar a prisão, não está se limitando a observar regras de garantia, mas também normas de segurança pública garantistas da coletividade. Ele acende duas velas, uma para a garantia, outra para a segurança. Por essas razões, a terminologia selecionada não foi apropriada. Juiz das garantias é vocábulo que expressa apenas um aspecto de sua atuação, a de garantia. Não revela sua ação em prol do coletivo, aquela que concede efetividade à regra constitucional da segurança pública, dever do Estado e direito do cidadão. Melhor batismo teria sido se fosse dado o nome *juiz de legalidade*. (MEDEIROS, 2020.).

Controversas hermenêuticas à parte, o termo consagrado pela Lei nº 13.964, de 2019, foi: Juiz das Garantias, logo no Art. 3º-B do CPP (BRASIL, 1941, p. 01/02.)

5. Violação no Princípio do Juiz Natural

Para debater uma possível violação do Princípio do Juiz Natural, por parte da existência de um juiz das garantias, torna-se necessário discorrer sobre o significado do princípio em voga, onde na visão do doutrinador Renato Brasileiro Lima, seria:

O princípio do juiz natural deve ser compreendido como direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural, ou juiz legal, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras e taxativas de competência estabelecidas pela lei. Visa assegurar que as partes sejam julgadas por um juiz imparcial e independente. Cuida-se de princípio fundamental do processo penal. (LIMA, 2021, p. 356.)

Pode-se ver que este princípio é relevante e importante para o processo penal. Adúvida é: existe violação do instituto juiz das garantias no princípio do juiz natural?

Segundo o doutrinador Flávio Meirelles (2020) sobre o assunto:

O princípio do juiz natural se traduz em que o magistrado deve ter sua competência determinada antes do fato a ser julgado. Não pode ser indicado, designado, nomeado para julgar um caso específico. Estando a competência do juiz das garantias previamente prevista em lei, soa excêntrico o argumento de que haveria violação do juiz natural. Evidente que na hipótese de criação de centrais das garantias, há necessidade de provimento de cargos, sendo as vagas preenchidas tendo em conta as regras de antiguidade e merecimento. Os juízes não podem ser designados. Não há, tampouco, impedimento à distribuição de funções, das garantias e da instrução. Havendo prévia lei de organização judiciária regulando a matéria, não é possível se cogitar violação do juiz natural. (MEDEIROS, 2020, p20.)

Ou seja, de acordo com esse entendimento, não há violação do juiz das garantias no princípio do juiz natural.

6. IMPARCIALIDADE: Elemento essencial da função jurisdicional

6.1. Conceito de imparcialidade do magistrado:

Para haver a validade do processo, é necessário que tenha a imparcialidade do juiz,

sendo que este deve colocar-se entre as partes e acima delas, sendo esta, a primeira condição para o magistrado exercer sua função jurisdicional. (NOVO, 2019).

De acordo com Nestor Távora e Fábio Roque de Araújo (2013):

O princípio do juiz natural encontra harmonização com o artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal do Brasil, que dispõe: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;” guardando estreita relação com o princípio da imparcialidade jurisdicional. Isso é dado na medida em que a figura do juiz natural se pauta na designação, exercida em lei, de um julgador próprio para cada delito, preestabelecido antecedentemente à prática deste. (ARAÚJO, Távora, 2013, p. 04)

Segundo discorre Lima (2020):

De modo a evitar que uma parte seja beneficiada em detrimento da outra, ainda que involuntariamente, o magistrado só pode atuar de maneira imparcial, conduzindo o processo como um terceiro desinteressado em relação às partes, comprometendo-se a apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas sobre os fatos em apuração, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos. (LIMA, 2020, p. 120)

Ou seja, imparcial é o magistrado que, não tenha nenhum interesse no objeto do processo, não deseje facilitar em hipótese alguma uma das partes, e faça com quem sua sentença seja justa diante do processo.

Essa imparcialidade subdivide-se em: subjetiva e objetiva.

6.2. Imparcialidade subjetiva do julgador

A imparcialidade subjetiva está ligada com a relação do caso concreto que é posto ao juiz e as partes que estão envolvidas no processo. Onde, também, discorre Aury Lopes Jr. (2006):

“Desde o caso Piersack, de 1982, entende-se que a **subjetiva** alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, deste modo, a sua falta de pré-juízos. (LOPES, Junior, 2006, p. 91)”

Essa imparcialidade visa evitar que o processo seja conduzido por alguém que já tenha formado uma convicção pessoal prévia acerca do objeto do julgamento. Giacomolli é bem claro quanto a essa imparcialidade, vejamos:

A imparcialidade subjetiva é examinada no íntimo da convicção do magistrado, e visa evitar que o processo seja conduzido por alguém que já tenha formado uma convicção pessoal prévia acerca do objeto do julgamento, ou seja, pode ser traduzida na impossibilidade do magistrado aderir às razões de uma das partes antes do momento processual estabelecido. (GIACOMOLLI, 2016, p. 278).

A imparcialidade subjetiva se funda na consciência do julgador, ou seja, quando sua apreciação sobre determinada matéria não contém vício de convicção capaz de danificar ou causar detrimento aos sujeitos do processo. (VIDAL, s.d.)

6.3. Imparcialidade objetiva do julgador

A imparcialidade objetiva se embasa na aparência de imparcialidade do juiz, ou seja, quando este não teve sua percepção de imparcialidade comprometida ou tomada como questionável perante a sociedade e às instituições. Assim, discorre Aury Lopes Jr.:

Já a imparcialidade **objetiva** diz respeito a se tal juiz se encontra em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade). (LOPES JUNIOR, 2006, p. 91).

Ou seja, essa imparcialidade vai à busca de um magistrado que não cometa atos dentro dos processos que escape de sua principal atividade judicante, com o compromisso de agir conforme todas as regras processuais existentes dentro do assunto, e de forma totalmente correta, para que não haja motivos para que o torne parcial.

Com base na decisão do Ministro Joaquim Barbosa:

A imparcialidade objetiva é aferida a partir da postura da entidade julgadora, que não deverá deixar qualquer espaço de dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte à outra, ou seja, não basta ser imparcial, sendo indispensável que o juiz aparente tal imparcialidade.

É o que se denomina de teoria da aparência, pautada pelo adágio inglês *justice must not only be done; it must also be seen to be done*. (Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2º Turma. Supremo Tribunal Federal. HC 94.641/BA.)

Por força desta teoria, segundo Renato Lima:

“Havendo dúvida razoável e fundada acerca da parcialidade do julgador, justifica-se o seu afastamento, mesmo que, subjetivamente, possa não haver influência sobre a condução do processo ou julgamento. (LIMA, 2020, p.121)”

Portanto, mais do que um julgamento imparcial, há de se assegurar uma aparência de imparcialidade à atividade jurisdicional, já que sua própria legitimidade depende consoante leciona Ferrajoli:

“Da confiança das partes e da sociedade na imparcialidade do magistrado, de modo que não se pode ter temores de que o julgamento esteja afeito a um juiz inimigo, ou de qualquer modo parcial. (Ferrajoli, 2006, p. 535).”

Enfim, como afirmado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no Caso Piersack vs. Bélgica de 1982, há de ser verificado se o magistrado oferece garantias suficientes de exclusão de qualquer dúvida razoável sobre sua imparcialidade, devendo oferecer confiança e segurança acerca da imparcialidade. (GIACOMOLLI, 2016, p.279)

7. O INSTITUTO ATUALMENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Sabe-se que o Ministro Luiz Fux, presidente do Supremo Tribunal Federal, suspendeu o instituto do juiz das garantias em janeiro de 2020, devido ao surgimento de questionamentos de entidades ligadas aos Juízes e ao Ministério Público.

O ponto questionado no que tange ao texto aprovado pelo Congresso Nacional, foi a falta de um “*vacatio legis*” que fosse compatível com a mudança proposta com a criação do instituto.

A *vacatio legis* nada mais é que um prazo legal que uma lei tem para entrar em vigor, ou seja, prazo de sua publicação até o início de sua vigência.

A presente lei do juiz das garantias passou a vigorar 30 dias após sua publicação oficial, prazo este sido considerado insuficiente pelo Judiciário.

Todavia, com a sua suspensão há mais de dois anos, o Ministro Luiz Fux ainda não levou o assunto para uma análise do colegiado, haja vista que o mesmo é o relator dos processos. Eduardo Brandão, presidente da Associação dos Juízes Federais (Ajufe), deixou sua opinião sobre o assunto:

“Na prática, não tinha como o juiz das garantias ser adotado (no prazo anterior). E agora, com a pandemia, com teto de gastos, com guerra, não há como cobrar um investimento em estrutura do Judiciário.” BRANT; MARQUES, 2022

Entre inúmeras controvérsias na aprovação do Congresso ao que tange ao instituto juiz das garantias, Sergio Moro, ex-ministro da Justiça, criticou também o instituto, alegando que possivelmente haveria acúmulo de trabalho para os magistrados.

No Supremo Tribunal Federal há quatro ações a respeito do tema, que geram a possibilidade de inconstitucionalidade no texto aprovado pelo Congresso.

8. ASPECTOS METODOLÓGICOS

A metodologia utilizada para o estudo e desenvolvimento do presente trabalho será de natureza básica, com objetivo descritivo, e adotado o procedimento de pesquisa bibliográfica.

Algumas obras foram pesquisadas e compõem as fontes para o desenvolvimento do

trabalho, como os seguintes autores: Aury Lopes Junior, Paulo Rangel, Luigi Ferrajoli, Renato Lima Brasileiro, Flávio Meirelles Medeiros, Fábio Roque Távora, Nereu JoséGiacomolli, Alexandre CebrianAraujo Reis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste trabalho foi de expor sobre o instituto do Juiz das Garantias, sua criação, bem como, a importância da existência de um juiz imparcial, para proteger os direitos fundamentais de todos.

A partir do estudo concluído sobre os sistemas processuais penais, foi possível perceber que, o sistema inquisitório é caracterizado por atribuir poderes instrutórios ao juiz, e o sistema acusatório se mostra mais capacitado para concretizar o significado do devido processo legal ao fundamentar sua base na imparcialidade do juiz, na igualdade das partes, prezando pela qualidade dos julgamentos sem a perda da eficácia e a diminuição da quantidade de recursos nos tribunais.

O Juiz das Garantias, assim como o processo penal constitucional brasileiro, segue as regras do sistema acusatório, separando a fase investigatória da fase processual, fazendo com que o magistrado que profere a sentença da ação penal não tenha contato com a fase pré-processual, e tão somente com a fase processual, como também com as provas produzidas neste período.

Conforme tudo o que foi descrito neste trabalho, pode-se ver que para validar um processo, é essencial a imparcialidade do juiz, o mesmo deverá se colocar acima das partes, bem como entre delas.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO, Fábio Roque; TÁVORA, Nestor. **Direito Processual Penal**. 2ed. Niterói: Impetus, 2013;

BRANT, Danielle. MARQUES, José. **Juiz das garantias ultrapassa 2 anos na gaveta de Fux sem nenhum sinal de solução. Folha de São Paulo**. 18 de abr. de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/04/juiz-das-garantias-ultrapassa-2-anos-na-gaveta-de-fux-sem-nenhum-sinal-de-solucao.shtml#:~:text=Aprovado%20no%20pacote%20anticri->

me%20em,Tribunal%20Federal)%2C%20Luiz%20Fux> . Acesso em: 06 dez. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em 03 nov 2022;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

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

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**: Volume único. 8º ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**: volume único 9º.ed. rev., amplo. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021;

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, 17ª ed, São Paulo. Saraiva Educação, 2020;

LOPES Junior, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

MEDEIROS, Flávio Meirelles.**Código de Processo Penal Comentado**. <https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>: 2020 (MEDEIROS, Flavio Meirelles.)

MEDEIROS, Flávio Meirelles. Funções do juiz das garantias. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://flaviomeirellesmedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/1114276162/artigo-3-b-cpp-funcoes-do-juiz-das-garantias>. Acesso em: 27 out. 2022.

NOVO, Benigno Núñez. Imparcialidade do Juiz: ética da magistratura. **Jus**. 15 jun. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74696/imparcialidade-do-juiz>>. Acesso em: 03 nov. 2022

O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL NA DISTINÇÃO DE HOMICÍDIO E SUICÍDIO NOS CASOS DE ENFORCAMENTO

Letícia Lollobrígida Pereira Arantes¹; Prof. Esp. Mayara Gabriela Lourenço Ferreira²

¹Graduanda em Direito. Centro Universitário Vale do Rio Verde. leticia.lollobrigida@aluno.unincor.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4588-7659>;

²Prof. Esp. Mayara Gabriela Lourenço Ferreira. Centro Universitário Vale do Rio Verde. prof.Mayara.lourenco@unincor.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6712-7896>

RESUMO

Não raras às vezes, encontram-se pessoas, cuja causa da morte foi por asfixia, e por tais razões, necessário se faz a análise do motivo da morte, principalmente para possibilitar a distinção de um homicídio e de um suicídio. Assim sendo, a prova pericial vem sendo utilizada no âmbito jurídico com o intuito de esclarecer a autenticidade ou veracidade do fato, formando assim a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Dessa forma, com esta pesquisa objetiva-se abordar a importância da medicina legal dentro do devido processo legal, especialmente na distinção de suicídio e homicídio nos casos em que há análise do crime de enforcamento. Para alcançar os objetivos propostos propõe-se realizar uma pesquisa bibliográfica com base nas obras de autores clássicos destacados no corpo deste projeto. Assim, conclui-se através do contexto deste trabalho, que para uma efetiva justiça e uma exata aplicação da penalidade no crime contra a pessoa (homicídio) e nas situações de suicídio nos casos de enforcamento, é indispensável à contribuição da prova médico-legal, a fim de que possa apreciar melhor a verdade em um critério exato e iluminar a consciência do magistrado.

Palavra-Chave: direito penal; medicina legal; asfixia mecânica; devido processo legal.

ABSTRACT

It is not uncommon to find people whose cause of death was asphyxiation, and for such reasons, it is necessary to analyze the reason for death, mainly to enable the distinction between homicide and suicide. Therefore, expert evidence has been used in the legal field in order to clarify the authenticity or veracity of the fact, thus forming the judge's conviction about the elements necessary for the decision of the cause. Thus, this research aims to address the importance of forensic medicine within due legal process, especially in the distinction between suicide and homicide in cases where there is analysis of the crime of hanging. To achieve the proposed objectives, it is proposed to carry out a bibliographical research based on the works of classical authors highlighted in the body of this project. Thus, it was concluded through the context of this work, that for an effective justice and an exact application of the penalty in the crime against the person (homicide) and in the situations of suicide in cases of hanging, it is indispensable to the contribution of the medico-legal evidence, in order that he may better appreciate the truth in an exact criterion and enlighten the conscience of the magistrate.

Keywords: criminal law; medicine legal; asphyxia mechanics; due process legal.

1 INTRODUÇÃO

A perícia médico-legal dentro da medicina legal constitui um conjunto de procedimentos médicos e técnicos que tem por finalidade o esclarecimento de um fato de interesse da justiça.

Assim, a finalidade da perícia é produzira prova, e a prova não é outra coisa senão o

elemento demonstrativo do fato, ou melhor, o norte que aponta o rumo da lide, ou também pode ser considerada a voz do fato.

Partindo desta premissa, essa pesquisa traz como problemática norteadora se existe a possibilidade de uma efetiva justiça e uma exata aplicação da penalidade no crime contra a pessoa (homicídio) e nas situações de suicídio nos casos de enforcamento sem a contribuição da prova médico-legal. Assim, o desenvolvimento desta pesquisa pretende comprovar a tese de que o valor da prova técnica é o melhor caminho para se obter a verdade nessas possíveis “áreas cinzentas”.

A elaboração desta pesquisa será produzida por meio de revisão bibliográfica, compreendendo relevantes obras jurídicas, bem como, fundamentos da medicina jurídica necessários para o entendimento.

Com essa pesquisa se propõe a apresentar, em um primeiro momento, a abordagem sobre o conceito do princípio do devido processo legal, descrevendo conseqüentemente sobre a prova pericial como melhor caminho para se obter a verdade, pois sempre que houver dúvida, será sinal de que certamente a prova não foi feita.

Posteriormente, destacará sobre os tipos de asfixia mecânica, possibilitando a distinção de homicídios e suicídios, por fim, considerando como a incidência da prova pericial na qualificação do crime de homicídio é eficaz na determinação das situações de um eventual suicídio simulado.

Assim, o objetivo fundamental do trabalho será avaliar a importância da prova pericial para se distinguir o crime de homicídio e situações de suicídio nos casos de enforcamento, bem como alcançar a verdade material e a aplicabilidade efetiva do princípio do devido processo legal, haja vista, a possibilidade de casos fáticos de homicídios serem disfarçados por um suicídio, na tentativa de o assassino esquivar-se da condenação criminal.

2 O QUE É O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio ora em análise é que garante a todos o direito a um processo com todas as fases previstas em lei e todas as garantias constitucionais. O devido processo legal traduz uma das mais relevantes garantias constitucionais do processo, garantia essa que deve ser ligada com a plenitude do contraditório e da ampla defesa, bem como, com o princípio da inafastabilidade de jurisdição, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2021, p.172).

Acerca do conteúdo do postulado em análise, cumpre transcrever esta lição, de lavra do Ministro Celso De Mello (BRASIL, 2009, p.5):

O exame de garantia constitucional do due process of Law permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ex post facto; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

Diante disto, de acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2021, p.173) o Princípio do devido processo legal deve ser entendido como uma tutela processual, uma vez que assegura ao indivíduo paridade de condições em face do estado, respeitando as regras legais, ou seja, transcreve o viés formal e material do devido processo legal.

Nesta senda, Marco Aurélio Ferreira (2004, p.60), relata que o vínculo do devido processo legal se dá nas seguintes garantias: de acesso à justiça penal, juiz natural, em matéria penal, tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal, plenitude de defesa do indiciado, réu, ou condenado, publicidade dos atos processuais, motivação dos atos decisórios penais, fixação de prazo razoável de duração de processo e legalidade da execução penal.

Por fim, cumpre ressaltar que, a Carta Magna (BRASIL, 1988, p.5) reza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5.º, LIV), portanto, é imprescindível para a busca da verdade substancial, um processo de fundamentação justo e racional, permitindo-se assim uma aproximação da realidade, ou melhor, uma aproximação menor ou maior, da certeza dos fatos para que haja uma aplicação correta da penalidade.

2.10 que é a Prova Pericial

A teoria geral das provas dentro do Código e Processo Penal (BRASIL, 1941, p.24) está embasada entre os artigos 155 a 184, tratando-se sobre sua terminologia, finalidade, destinatários, sujeitos, forma, objeto e em especial a parte específica sobre peritos e perícias, que começa a partir do artigo 158 do referido código.

Para Guilherme de Souza Nucci:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise de instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de

um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo. (NUCCI, 2009, p.343)

Dito isto, Genival Veloso De França (2017, p.14) relata que a prova pericial é o elemento demonstrativo da autenticidade ou veracidade de um fato, é o norte que aponta o rumo da lide, ou também pode ser considerada a voz do fato.

Nesta senda, tratando-se do conceito de prova pericial, Eugênio Pacceli de Oliveira postula que:

A prova pericial, antes de qualquer outra consideração, é uma prova técnica, na medida em que pretende certificar a existência de fatos cuja certeza, segunda a lei, somente seria possível a partir de conhecimentos específicos. Por isso deverá ser produzida por pessoas devidamente habilitadas, sendo o reconhecimento desta habilitação feito normalmente na própria lei, que cuida das profissões e atividades regulamentadas, fiscalizadas por órgãos regionais e nacionais. (OLIVEIRA,2009, p.341)

Assim, a Carta Magna (BRASIL, 1988, p.2) traduz em seu artigo 5º, inciso II que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa forma, verifica-se que mesmo se tratando de matéria de ordem pública, a apuração da verdade não pode se sobrepor aos direitos e ao respeito que se impõem ao examinado, que venha a se omitir ou a se deixar examinar.

Assim, o examinado diante de uma avaliação médico-legal tem o direito constitucional de recusar-se à realização do exame, pois de acordo com a Carta Política de 1988, ele estará exercendo a faculdade de não submeter o seu próprio corpo a uma prova que não deseja e o direito de não apresentar provas contra si próprio.

Nesse sentido, Genival Veloso de França (2017, p.19) relata que quando do exame médico-pericial, necessita que o perito informe primeiramente sobre o objeto, riscos, fins, métodos e exames que se devam se realizar.

Por fim, cabe ressaltar também, que existe o Princípio da “Livre Convicção” de que dispõe o julgador, que com base no alicerce da prova pericial, será ele auxiliado na convicção de sua sentença diante de provas idôneas, veementes e devidamente justificadas.

2.1.1 Tipos de Asfixia Mecânica

Na dicção de Genival Veloso de França:

As energias de ordem físico-químicas são aquelas que impedem a passagem do ar às vias respiratórias e alteram a composição bioquímica do sangue, produzindo um fenômeno chamado asfixia; que alteram a função respiratória, inibindo a hematose (transformação do sangue venoso em sangue arterial), podendo, em consequência,

Dito isto, Genival Veloso De França (2017, p.147) conceitua o termo “asfixia”, dizendo que é a síndrome definida pelos efeitos da ausência ou baixa concentração do oxigênio no ar respirável por objeção mecânica de causa violenta, fortuita e externa.

Já, Wilson Luiz Palermo Ferreira (2019, p.234) diz que asfixia é a supressão de respiração. Um estado de hipercapnia (aumento do teor de gás carbônico) ou hipoxia (redução do teor de oxigênio) no sangue arterial.

Independente do conceito a adotar, o certo é que existem várias espécies de asfixia, destacando-se três tipos para a presente pesquisa: Enforcamento, Estrangulamento e Esganadura.

2.1.2 Enforcamento

Para Genival Veloso De França (2017, p.159), o enforcamento além de ser predominantemente suicida, ele se caracteriza pela interrupção do ar atmosférico até as vias respiratórias, em decorrência da constrição do pescoço por um laço, agindo o peso do próprio corpo da vítima como força ativa, dando ensejo assim à classificação de enforcamento completo e incompleto.

Nas palavras de Hygino de C. Hercules (2011, p.491) o enforcamento completo se dá quando o corpo estiver totalmente suspenso e se alguma parte do corpo estiver apoiada em algum anteparo, diz-se que o enforcamento é incompleto.

Ademais, Wilson Luiz Palermo Ferreira (2019, p.247), ressalta a classificação do enforcamento típico e atípico, ou seja, o primeiro ocorrerá quando o nó estiver na parte posterior do pescoço, na nuca, já o segundo é quando o nó estiver em qualquer região do pescoço distinto da nuca.

Figura 1: Tipos de enforcamento



Fonte: INFOR-RR (2020)

2.1.3 Estrangulamento

Segundo Genival Veloso de França:

No estrangulamento, a morte se dá principalmente pela constrição do pescoço por um laço acionado por uma força estranha, obstruindo a passagem de ar aos pulmões, interrompendo a circulação do sangue ao encéfalo e comprimindo os nervos do pescoço. Nesse tipo de morte, ao contrário do enforcamento, o corpo da vítima atua passivamente e a força constritiva do laço age de forma ativa. (FRANÇA, 2017, p.163)

Dito isto, Hygino de C. Hercules (2011, p.499), traduz que o estrangulamento sempre é efetivado com auxílio de um laço, que pode ser mole, por exemplo, um lenço, semiduro como é o caso de um cinto ou mesmo duro, por exemplo, um arame.

Esse laço é colocado em redor do pescoço, em forma de alça, e conduzido pela força muscular do autor, cuja constrição é em sentido transversal e atinge toda a circunferência do pescoço.

Figura 1: Tipos de estrangulamento



Fonte: INFOR-RR (2020)

2.1.4 Esganadura

Nas palavras de Genival Veloso de França:

Esganadura é um tipo de asfixia mecânica que se verifica pela constrição do pescoço pelas mãos, ao obstruir a passagem do ar atmosférico pelas vias respiratórias até os pulmões. É sempre homicida, sendo impossível a forma suicida ou acidental. (FRANÇA, 2017, p.165)

Ademais, Hygino de C. Hercules (2011, p.503) diz que, sob o ponto de vista médico-

legal, a esganadura é exclusivamente homicida, como foi dito anteriormente, isso porque existe uma nítida desproporção de forças entre o agressor e a vítima.

Por fim, cabe ressaltar que, na esganadura não haverá sulco e sim o chamado “estigmas digitais”, que representará às marcas do dedo e das unhas, com base na figura abaixo.

Figura 1: Tipos de esganadura



Fonte: INFOR-RR (2020)

3 CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO DOS CRIMES DE HOMICÍDIO E SITUAÇÕES DE SUICÍDIO POR ENFORCAMENTO

Como já foi dito anteriormente, o enforcamento é, predominantemente, suicida. Pode, no entanto, em menor escala, ser homicida ou até mesmo acidental. Nessas situações, a missão do perito criminal é concluir se na cena em análise é um suicídio ou é um delito.

Dessa forma, esta conclusão do auxiliador da justiça se fundamentará em alguns critérios essenciais de acordo com a medicina legal, são eles: materialidade, dinâmica e autoria, segundo Hygino de C. Hercules (2011, p.498).

Dito isto, primeiramente, cabe ao perito criminal desvendar a “natureza jurídica da morte”, ou seja, o motivo que levou a morte da vítima, se ela matou a si mesma, se foi um terceiro que a matou ou se na situação verificada foi um acidente, de acordo com Hygino de C. Hercules (2011, p.498).

Posteriormente, será verificada a dinâmica, ou seja, a cena do local do crime e o que ela está demonstrando. No caso do Enforcamento, verifica-se que há certas formas de suicídio que seguem uma orientação determinada, devendo sempre considerar a natureza e disposição do laço, o ponto de suspensão do corpo e o ponto de inserção superior, segundo Genival Veloso De França (2017, p.160).

Ademais, neste tipo de asfixia mecânica por constrição do pescoço, é possível identificar

lesões anatomopatológicas, ou seja, a ação do laço no pescoço permite identificar com precisão os aspectos do cadáver, sinais internos, sinais externos e até mesmo o mecanismo da morte por enforcamento, que permite concluir se ocorreu a ação típica prevista no artigo 121 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940, p.22).

Assim sendo, é evidente o valor da prova pericial para se distinguir o crime de homicídio e situações de suicídio nos casos de enforcamento, pois se verifica que nessas possíveis “áreas cinzentas”, a educação médico-legal é imprescindível para a aplicação efetiva do devido processo legal e também de uma penalidade assertiva.

Por fim, segundo Genival Veloso De França (2017, p.15), a importância da prova está, pois, na necessidade que tem o julgador de fundamentar a convicção de sua sentença fazendo-se com isso ocorrer à garantia esculpida no princípio do devido processo legal, ou seja, atendendo-se assim tanto o seu viés formal quanto seu viés material conforme já apresentado.

4 ASPECTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa do tipo bibliográfica e descritiva pretende avaliar a importância da prova pericial para se distinguir o crime de homicídio e situações de suicídio nos casos de enforcamento bem como alcançar a verdade material e a aplicabilidade efetiva do princípio do devido processo legal.

A pesquisa ora em análise é considerada bibliográfica, pois é feita com o levantamento de referências teóricas já analisadas e publicadas, direcionado para o conhecimento prévio sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta.

Dito isto, Antônio Carlos Gil (2002, p.44) descreve que boa parte dos estudos exploratórios pode ser definida como pesquisas bibliográficas e as pesquisas sobre ideologias, bem como aquelas que se propõem à análise das diversas posições acerca de um problema, também costumam ser desenvolvidas quase exclusivamente mediante fontes bibliográficas.

Já a pesquisa descritiva expõe características de determinado fenômeno sem interferência do pesquisador, apenas para relato e observação.

Dessa forma, através de objetivos exploratórios e explicativos, bem como, autores de renome, como, Genival Veloso de França, Hygino de C. Hercules, Wilson Luiz Palermo Ferreira, será consultado durante a trajetória e formará o conjunto de informações relevantes descrito no decorrer do trabalho, priorizando os aspectos quantitativos do mesmo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito deste trabalho foi de comprovar a tese de que a prova técnica é o melhor caminho para se obter a verdade diante dos crimes de homicídio e situações de suicídio nos casos de enforcamento, bem como a aplicabilidade efetiva do princípio do devido processo legal, haja vista, a possibilidade de casos fáticos de homicídios serem disfarçados por um suicídio, na tentativa de o assassino esquivar-se da condenação criminal.

A partir da estrutura básica desta pesquisa, verifica-se que no âmbito da administração judiciária o valor racional de uma prova está no maior ou menor grau de aceitabilidade das informações ali contidas e que podem contribuir na avaliação do conflito como insuprível meio de comprovação de um fato.

Dessa forma, através do que foi visto no contexto deste trabalho, é indispensável para uma efetiva justiça e uma exata aplicação da penalidade no crime contra a pessoa (homicídio) e nas situações de suicídio nos casos de enforcamento, a contribuição da prova médico-legal, a fim de que possa apreciar melhor a verdade em um critério exato e iluminar a consciência do magistrado.

Assim, sob a análise da classificação e estudo das asfixias mecânicas, foi possível verificar o quão grande alicerce é a prova pericial, distinguindo a causa da morte de delitos correlatos a partir de elementos demonstrativo da autenticidade de um fato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 de jun. de 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Lei ° 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 01 de jun. de 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm&ved=2ahUKEwi0pqWMq9D3AhWObs0KHV6DDDCQFn_oECAMQAQ&sqi=2&usq=AOvVaw0O-cDf3dib8KbUFGgSkZCp. Acesso em: 01 de jun. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Emb. Decl. Nohabeas corpus 94.016/São Paulo.** Relator Min. Celso de Mello. 14.04.2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=130641279&ext=.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2022.

INFOR-RR. Instituto Nacional de Perícia e Ciências Forenses. **Figuras 1,2 e 3**. Disponível em:
<https://www.facebook.com/352933501971635/photos/a.358341531430832/616233895641593/?type=3>. Acesso em: 01 jun. 2022

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **Devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Medicina legal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HERCULES, Hygino de Carvalho. **Medicina Legal: Texto e atlas**. São Paulo: Editora Atheneu, 2011.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

UMA ANÁLISE SOBRE O CICLO DA VIOLÊNCIA DE ARLEQUINA E CORINGA À LUZ DA LEI 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA)

Carolina Rosental Pelegrini¹; Profa. Esp. Mayara Gabriela Lourenço², Prof. Esp. José Augusto Ribeiro Neto³

¹Graduada em Direito. UNINCOR. carolinarosental@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-2690-2278/>

²Profa. Esp. Mayara Gabriela Lourenço. UNINCOR. prof.mayara.lourenco@unincor.edu.br. <http://orcid.org/0000-0002-6712-7896/>

³Prof. Esp. José Augusto Ribeiro Neto. UFOP. joseaugustorn1@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-5329-1727/>

RESUMO

O presente trabalho teve como principal objetivo demonstrar, através de pesquisa qualitativa, a correlação ficção x realidade do ciclo da violência doméstica. O trabalho utilizou para ilustrar o ciclo da violência doméstica o relacionamento de Arlequina e Coringa, elencando as formas que uma mulher pode ser vítima da violência doméstica através da estória fictícia destes personagens, sendo utilizada a História em Quadrinhos Louco Amor como principal base para a ilustração das três etapas do ciclo da violência, passando pelo ato de tensão, seguido pelo ato de violência, e tendo como início-fim a fase da lua de mel. O trabalho demonstrou as três etapas de maneira clara por meio da estória e suas ilustrações, evidenciando para aqueles que o lerem quais podem ser os ciclos da violência de um relacionamento abusivo.

Palavras-Chave: violência doméstica; ciclo da violência; mulher; Lei Maria da Penha; abuso.

ABSTRACT

The present work had as main objective to demonstrate, through qualitative research, the fiction x reality correlation of the cycle of domestic violence. The work used the relationship between Arlequina and Joker to illustrate the cycle of domestic violence, listing the ways in which a woman can be a victim of domestic violence through the fictional story of these characters, using the comic strip Louco Amor as the main basis for the illustration. of the three stages of the cycle of violence, passing through the act of tension, followed by the act of violence, and having the honeymoon phase as the beginning-end. The work demonstrated the three stages clearly through the story and its illustrations, showing to those who read it what the cycles of violence in an abusive relationship can be.

Keywords: victim; domestic abuse; violence; Maria da Penha law; woman.

1 INTRODUÇÃO

Com o marco da criação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a violência doméstica ganhou maior destaque dentro do direito brasileiro, sendo mais debatida e pesquisada.

A lei traz em seu corpo inovações para o direito penal brasileiro, ao criar uma lei positiva penal, sem que automaticamente sua aplicação gere uma condenação ao agressor, mas sim, visar a proteção maior da vítima.

Ocorre, porém, que além da lei é necessário reconhecer as raízes do abuso sofrido pelas mulheres, sendo assim, surge a necessidade de observar, elencar e analisar as fases do ciclo da violência para melhor ajudar as vítimas de violência doméstica, bem como guiá-las de maneira correta mediante o abuso.

O abuso sofrido por mulheres ao redor do mundo sempre foi marcado pelo patriarcado, e

a ideia de vulnerabilidade e submissão colocados socialmente em cima da figura da mulher.

Dentro deste contexto e após a criação da Lei Maria da Penha, é importante demonstrar como o ciclo da violência toma cenário nas relações utilizando como ponto de partida um dos casais icônicos das histórias fictícias: Arlequina e Coringa.

A dinâmica do casal tem como base a violência doméstica, conjuntamente com uma Síndrome de Estocolmo vivenciada pela vítima Arlequina.

Sendo assim, aqui será demonstrado, por meio de pesquisa qualitativa, utilizando a estória “Louco Amor”, através do relacionamento de Arlequina e Coringa, o ciclo da violência.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Uma Breve Apresentação Dos Personagens

Arlequina tem sua primeira aparição nas telas em *Batman: A Série Animada (1992)* no episódio *Um favor para o Coringa (1992)*. A personagem foi criada para ser coadjuvante do episódio *Um favor para o Coringa (1992)*, entretanto o criador viu nela uma oportunidade de maior desenvolvimento de personagem e história (DINI, 2017).

Após sua primeira aparição, Arlequina cultivou o público e chamou atenção, tanto por suas artimanhas quanto por suas roupas marcantes (CHAGAS, 2020).

Em 1994 é lançada a revista em quadrinhos que mostra sua origem conjuntamente com a origem de seu relacionamento com o Coringa, denominada *Mad Love (Louco Amor, 1993)*, com o lançamento no Brasil, pela editora Abril Jovem, em formatinho em 1995 (WIKIPEDIA, [s.d.]).

Arlequina se chamava Harleen Quinzel, foi formada psicologia com prestígio pela Universidade de Gotham State (DINI, 2017, p. 21).

Após terminar seus estudos com prestígio, a Dra. Harleen Quinzel escolheu, dentro inúmeras oportunidades, fazer sua residência no Asilo Arkham, com objetivo de estudar as mais extremas personalidades de psicóticos irreversíveis (DINI, 2017, p. 31).

Ao chegar no Asilo Arkham, Harleen se depara com Coringa, que começa a seduzi-la logo em sua primeira oportunidade, fazendo uma conexão de seu nome com a personagem da *Commedia Dell-Arte*, Arlequin, chamando-a de Arlequina (CHAGAS, 2020).

Depois desse encontro, Dra. Harleen Quinzel após tentar insistentemente com sua superiora, Leland, ter sua primeira sessão de terapia com Coringa, Harleen obteve êxito. Na sessão, Coringa contou a ela como foi maltratado pelo pai alcólatra em sua infância, sendo vítima de diversos abusos e negligências. Tais confissões fizeram com que Harleen acreditasse que Coringa, na realidade, era o “coitadinho” de toda sua rixa com Batman, e que ele apenas estava enfrentando fantasmas de seu passado conturbado (DINI, 2017, p. 35).

Comovida por toda a história que Coringa a conta, Harleen vê fragilidade no palhaço psicopata, enxerga bondade em seu ser, e começa a se apaixonar por seu paciente, e criar um laço de dependência emocional (DINI, 2017, p. 39).

A partir deste momento os abusos psicológicos de Coringa começam (DINI, 2017, p. 34).

Ao longo de *Mad Love* (Louco Amor, 2017), é possível vislumbrar inúmeras situações de violências sofridas por Arlequina pelas mãos de Coringa, como no começo da história em que a personagem faz diversas tentativas sensuais para conseguir a atenção de seu amante, e ele grita com ela ao quase acertar ácido no rosto de Arlequina por estar descontente com seus planos frustrados contra Batman, ao atirá-la para fora de casa com violência (DINI, 2017), entre outras cenas que serão debatidas mais à frente.

2.2 O Papel da Mulher na História

A mulher ao longo da história foi vista de forma subalterna e oprimida, sem ser enxergada como sujeito de direito até meados do século XVII, quando, após a Revolução Francesa, foi redigida a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, não reconhecendo as mulheres como cidadãs de direito, bem como proibia que as mulheres tivessem acesso a direitos básicos tais quais educação formal (TAVASSIA, 2021).

A figura da mulher até então se limitava a quem a oprimia, sendo vista como a cuidadora, gestante, dócil, educadora dos filhos, sendo atribuído a ela o dever doméstico, e entre os séculos XVII e XX o papel das mulheres foi tomando novos rumos e novos significados após a Revolução Francesa (LERNER, 2019, p.69.)

Foi Mary Wollstonecraft, considerada a “pioneira do feminismo”, que em 1792, ao publicar a *Reinvidicação dos Direitos da Mulher*, livro entendido como base essencial para trazer ao debate condições igualitárias para homens e mulheres, reivindicando maior independência das mulheres. (AIDAR, 2021, online).

Esse marco trouxe ao debate da igualdade de gênero entre homens e mulheres, exigindo com que as mulheres tivessem os mesmos direitos que os homens, bem como o mesmo acesso à propriedade privada, cargos de gerência, herança familiar, educação, etc. (TAVASSIA, 2021).

No século XIX, após a primeira revolução industrial, as mulheres começam a ser inseridas no mercado de trabalho ao trabalharem em fábricas (JURÍDICO, 2009).

Entretanto, mesmo com diversas mudanças sociais na vida das mulheres, o ideal social colocado em cima da mulher permanece, conforme elenca Maria Berenice Dias (2007, p. 15):

Todos sonham com a felicidade, mas a mulher deposita este sonho no casamento: ser rainha do lar, ter uma casa para cuidar, filhos para criar e um marido para amar. Não

há casamento que as casadoiras não suspirem pelo buquê da noiva. Ao depois, venderam para a mulher uma ideia de que ela é frágil e necessita de proteção e delegaram ao homem o papel de protetor, de provedor. Daí a dominação, do sentimento de superioridade à agressão, é um passo.

Desta forma, ao haver a mudança do papel antes tido como “da mulher”, o papel do homem também se transforma, exigindo que este também comece a ter uma vida mais ativa dentro de casa, no cuidado com os filhos, dirimindo o ideal de “mulher do lar”, e colocando a igualdade de papéis dentro dos lares (DIAS, 2007, p. 17).

Com esse movimento, dá-se início ao esboço de uma divisão mais igualitária de serviços domésticos entre homens e mulheres, e com a mudança do ideal do que seria ser mulher para o homem, começam a existir conflitos que antes não haviam:

A mulher, ao se integrar no mercado de trabalho, saiu do lar, impondo ao homem a necessidade de assumir responsabilidades dentro de casa. Essa mudança acabou provocando o afastamento do parâmetro preestabelecido, terreno fértil para conflitos. Nesse contexto é que surge a violência, justificada como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero. Quando um não está satisfeito com a atuação do outro, surge a guerra dos sexos. Cada um usa suas armas: ele, os músculos, ela, as lágrimas. A mulher, por evidente, leva a pior e se torna vítima da violência masculina. (DIAS, 2007, p. 17).

Neste cenário surge o ciclo da violência, iniciado pelo ato de tensão, seguido do ato de violência, por conseguinte o ato de arrependimento (DIAS, 2007, p. 20), é possível conceituar o ciclo da violência, conforme

O ciclo da violência é primeiro retratado em 1979, por Lenore Walker, uma psicóloga que conseguiu criar um padrão entre os relacionamentos de vítimas de violência que atendia (PAOLINI, 2018, p. 57).

Sendo assim, fica evidenciado que o movimento de busca de independência feminina causa grande desconforto à postura confortável que era designada aos homens, sem responsabilidades dentro do lar, a não a de “provedor”, criando conflitos com a desconstrução do ideal de “mulher submissa”, trazendo os primeiros traços de terreno fértil para possíveis abusos.

2.3 O Ciclo Da Violência

O ciclo da violência pode ser conceituado conforme elenca Amanda Loio Vaz Paolini (2018, p. 60):

(...) Chamado "ciclo da violência", significa a imersão da mulher em um cenário cíclico e vicioso, em que três fases são vivenciadas pela vítima. A primeira delas seria a criação de tensões, (...) tais como brigas, injúrias e as ameaças tecidas pelo agressor, criam sensações de insegurança e temor na mulher. Em seguida, ocorre o indesejado ataque violento, isto é, a efetiva agressão, física e/ou psicológica, as quais (...) tendem a aumentar de intensidade conforme a frequência em que o ciclo se repete.

(...) Há uma terceira fase, chamada de "fase da lua de mel", em que agressor e vítima se reconciliam e esta última é levada a crer em uma verdadeira mudança comportamental do primeiro.

O ato de tensão começa com o agressor utilizando de insultos, ameaças e xingamentos, raiva e ódio, vejamos conforme a cartilha do TJPR: “Em um primeiro momento, o ofensor se utiliza de insultos, ameaças, xingamentos, raiva e ódio. Tais comportamentos fazem com que a vítima se sinta culpada, com medo, humilhada e ansiosa.” (PARANÁ, [s. d.]

Nesse primeiro momento, o agressor destrói a autoestima da parceira, fazendo-a acreditar que é inferior e que merece a violência, conforme é narrado por Maria Berenice Dias:

Nem sempre é por necessidade de sustento ou por não ter condições de provei sozinha a própria existência que ela se submete e não denuncia as agressões que é vítima. Em seu íntimo, se acha merecedora da punição por ter desatendido as tarefas que acredita serem de sua exclusiva responsabilidade.” (DIAS, 2007, p. 15)

Desta forma, com os abusos verbais e psicológicos já solidificados e a autoestima da vítima abalada, tendo sido afastada de seu grupo de apoio, passa para a segunda fase:

Ato de violência – nessa fase, as agressões tomam uma maior proporção, levando a vítima a se esconder na casa de familiares, buscar ajuda, denunciar, pedir a separação ou, até mesmo entrar em um estado de paralisia impedindo qualquer tipo de reação. (PARANÁ, [s.d.]).

Após as agressões, vem a terceira parte, o arrependimento, conhecida como lua-de-mel, marcada por pedidos de desculpas, promessas de nunca mais ocorrer agressões e que melhoras irão ocorrer. O agressor presenteia a vítima, pede perdão, conforme explicado no seguinte trecho:

Depois de um episódio de violência, vem o arrependimento, pedidos de perdão, choro, flores, promessas. Cenas de ciúmes são recebidas como prova de amor, e ela fica lisonjeada. O clima familiar melhora e o casal vive uma nova lua-de-mel. Ela sente-se protegida, amada, querida, e acredita que ele vai mudar. Tudo fica bom até a próxima cobrança, ameaça, grito, tapa. (DIAS, 2007, p. 19).

Mesmo após inúmeras agressões e violências vividas a vítima ainda permanece dentro

do relacionamento, seja por questões financeiras, por medo de que o agressor concretize suas ameaças, ou pela esperança que existe de que o agressor mude seu comportamento (BIANCHINI, 2010).

2.4 O Ciclo Da Violência E O Casal Fictício

Em *Louco Amor* (DINI, 2017) é possível perceber como o ciclo da violência aparece dentro da estrutura do relacionamento de Arlequina e Coringa é presente.

O primeiro ato de violência é concretizado na página da página 24 à 29, quando Coringa atribui a culpa de seus fracassos à Arlequina, humilhando-a, em um certo momento tentando atingi-la com ácido, e depois jogando-a para fora de casa, conforme as seguintes imagens demonstram:

Figura 01: Arlequina tentando ter um momento carinhoso com Coringa, enquanto este a maltrata e por último, a expulsa de casa com violência.



(DINI, 2017)

É possível visualizar na última imagem que Arlequina começa a se questionar sobre o relacionamento e as escolhas que fez em sua vida, quando começa a culpabilizar Batman pelas agressões de Coringa:

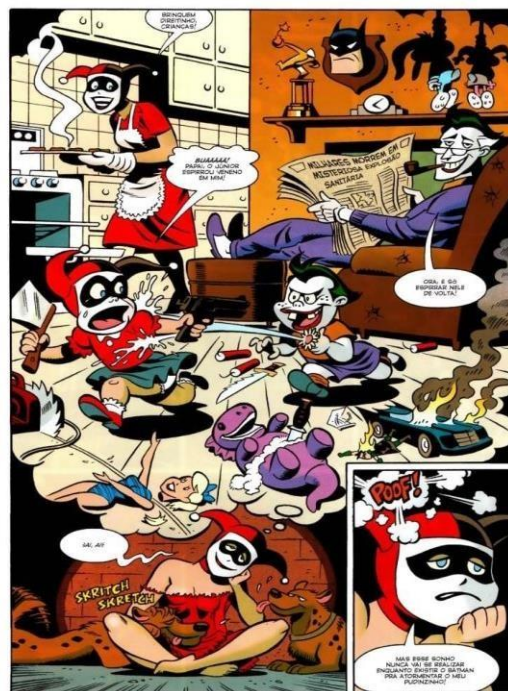
Figura 02: Arlequina após ser expulsa de sua casa com Coringa, reconhecendo a problemática dentro do relacionamento.



(DINI, 2017)

Com o passar da história, Arlequina esquematiza um método para que possa prender Batman e assassiná-lo, visando a mudança nas atitudes de Coringa

Figura 03: Arlequina imaginando um cenário onde ela e Coringa têm filhos, estão felizes, e o ciclo da violência acabou.



(DINI, 2017)

Ao prender o Homem-Morcego, este começa a questionar Arlequina sobre seu

relacionamento com Coringa, fazendo-a ligar para o palhaço e informá-lo de seu grande plano. Ao Coringa chegar onde Arlequina prendeu Batman, Coringa começa menosprezá-la por sua atitude, e em um ataque de ira a joga por uma janela, marcando o ato de violência do ciclo da violência doméstica:

Figura 04: Coringa defenestra Arlequina, que cai num beco escuro e recebe socorro de policiais.



(DINI, 2017)

Após ser defenestrada, se machucar gravemente e ser presa no Asilo Arkham, Arlequina recebe flores com votos de melhoras de Coringa, marcando o arrependimento no ciclo da

violência vivenciado por ela, e ela acredita em uma mudança (DINI, 2017).

Figura 05: Arlequina em uma cama de hospital.



(DINI, 2017)

Desta forma, é demarcado na história “Louco Amor” os três estágios do ciclo da violência de maneira bem clara.

2.5 Violência Doméstica E Como A Legislação A Trata

A violência contra as mulheres ganha um cenário maior no século XX, a partir da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW), em 1992, passando a perceber a grande gravidade que esse tema trazia para todo o mundo, sendo aprovada pela ONU a partir da Resolução nº 19, conforme cartilha do Conselho Nacional de Justiça (2019):

Em sua Recomendação Geral n. 19 (1992) sobre a violência contra as mulheres, adotada em sua décima primeira sessão, o Comitê esclarece que a discriminação contra as mulheres, como definido no artigo 1.º da Convenção, inclui a violência de gênero, ou seja, a “violência que é dirigida contra uma mulher porque ela é mulher ou que afeta as mulheres desproporcionalmente”, e que se constitui violação de seus direitos humanos.

A legislação brasileira apenas aparece em 2006, após a trágica história de Maria da Penha, mulher que sofreu durante anos abusos domésticos por seu marido, que, em determinado momento, tentou matá-la duas vezes:

Primeiro, ele deu um tiro em suas costas enquanto ela dormia. Como resultado dessa agressão, Maria da Penha ficou paraplégica devido a lesões irreversíveis na terceira e quarta vértebras torácicas, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda – constam-se ainda outras complicações físicas e traumas psicológicos.

No entanto, Marco Antônio declarou à polícia que tudo não havia passado de uma tentativa de assalto, **versão que foi posteriormente desmentida pela perícia**. Quatro meses depois, quando Maria da Penha voltou para casa – após duas cirurgias, internações e tratamentos –, ele a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho. (Instituto Maria da Penha, 2021)

Desta maneira, começou a luta de quinze anos por justiça, para que a violência contra a mulher fosse reconhecida e criasse artifícios para que a legislação brasileira protegesse de maneira eficiente as mulheres vítimas de violência doméstica, surgindo assim a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Em nosso ordenamento jurídico é conceituada como violência doméstica, de acordo com a lei 11.340/2006:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

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

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 reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta 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;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006)

A Lei Maria da Penha traz em seu bojo uma revolução para o ordenamento jurídico brasileiro reconhecendo a instituição familiar como possível local de violência contra a mulher, bem como identificar as formas de violência contra a mulher, criando também o instituto da violência doméstica:

Violência doméstica, como diz o próprio nome, é a violência que acontece no seio de uma família. Pela primeira vez foi consagrada, em âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim, por vontade dos seus próprios membros (ALVES, 2007, p. 149).

Desta forma é possível perceber que com a criação da Lei Maria da Penha foi possível reconhecer a violência contra a mulher e suas formas.

2.6 O Reconhecimento Do Ciclo Da Violência E A Lei Maria Da Penha

A Lei Maria da Penha estabelece em seu art. 8º medidas para coibir a violência doméstica:

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

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às

consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

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

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, 2006).

Desta forma, reconhecer o ciclo da violência torna-se extremamente necessário para que a violência possa ser coibida bem como instruir a mulher vítima de violência doméstica de maneira humanizada e empática, e criar maior instrução para os profissionais que realizam os atendimentos:

Por sua complexidade, a violência doméstica ainda representa um desafio para o setor saúde. Entre as dificuldades para superar tal desafio encontram-se os obstáculos para o seu diagnóstico, tais como os fatores de ordem cultural, a falta de orientação dos usuários e dos profissionais de saúde, fazendo parecer que ambos os grupos de sujeitos envolvidos têm receio em lidar com os desdobramentos do fenômeno. (LUCENA, 2016)

Com o reconhecimento dos ciclos da violência, seus estágios, e suas possíveis repercussões, torna-se mais fácil instruir as vítimas e guiá-las por um caminho sem muitos desdobramentos negativos.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

Para uma boa execução deste trabalho os materiais utilizados puderam ser encontrados em sites e disponíveis em downloads para seu acesso.

O método utilizado de pesquisa é a pesquisa de natureza aplicada no campo das Ciências

Sociais Aplicadas, que procura trazer um novo prisma para um olhar mais minucioso acerca dos ciclos da violência doméstica.

A pesquisa é qualitativa, colhendo dados de quadrinhos, doutrinas, folhetins informativos, sites, e trabalhos acadêmicos.

CONCLUSÃO

É possível através do trabalho apresentado identificar por meio da estória em quadrinhos Louco Amor as três etapas que configuram o ciclo da violência, elucidando através das imagens como cada etapa se manifesta dentro de um relacionamento abusivo.

É possível perceber os primeiros atos de tensão quando Coringa começa a xingar deslavadamente Arlequina por questões alheias à personagem, demonstrando a violência verbal e moral, que é especificado no art. 7º, II, da Lei Maria da Penha. Em seguida, é possível perceber o ato de violência quando Coringa atenta contra a saúde física e vida de Arlequina, ao atirar ácido nela, bem como ao defenestrá-la.

A última etapa do ciclo da violência, a “lua de mel” é demonstrada na **Figura 05**, quando, mesmo após Coringa ter atentado contra sua vida de diversas maneiras, Arlequina ainda acredita que há alguma chance de mudança na atitude de seu abusador, demonstrando a força psicológica que este exerce sobre sua pessoa.

Desta forma, ficam evidenciadas as três etapas do ciclo da violência doméstica por meio da estória fictícia, por meio de suas ilustrações e diálogos entre as personagens, demonstrando de maneira clara as leitoras e leitores quais são os três estágios do ciclo da violência e como reconhecê-los.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Laura. **Mary Wollstonecraft**: feminista britânica, 16 dez. 2021. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/mary_wollstonecraft/> Acesso em: 20 maio 2022.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira, **O reconhecimento legal do conceito moderno de família**. IBDFAM. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/242/novosite>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

ARLEQUINA. Wikipedia, 2022. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Arlequina>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Conselho do Nacional do Ministério Público. **Violência contra a mulher**: um olhar do Ministério Público – Brasília: CNMP, 2018. Disponível em:<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, **Lei nº. 11.340**, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BIANCHINI, Alice. **Os ciclos da violência contra a mulher**. Jusbrasil, 2011. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121813937/os-ciclos-da-violencia-domesticacontra-a-mulher>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

CHAGAS, Rodrigo. **Batman: Louco Amor** | A jornada de amor próprio da Arlequina. Disponível em: <<https://terraverso.com.br/batman-louco-amor-a-jornada-de-amor-proprio-da-arlequina/>> Acesso em: 10 jun. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2007.

DINI, Paul. **Batman: louco amor e outras histórias** / roteiro por Paul Dini e Bruce Timm; arte por Bruce Timm; [tradução Pedro Catarino e Daniel Lopes], -- 01. Ed. – Barueri: Panini Brasil, 2017.

JURÍDICO, Equipe Âmbito. **Mulheres e o mercado de trabalho**. Âmbito Jurídico, 2009. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-64/mulher-e-mercado-detrabalho/#:~:text=Resumo%3A%20A%20partir%20do%20s%C3%A9c,f%C3%A1bricas%20para%20operar%20as%20m%C3%A1quinas.>>> Acesso em: 14 de jun. de 2022.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens. / Gerda Lerner; tradução Luiza Sellera. – São Paulo: Cultrix, 2019.

LUCENA, Kerle Dayana Tavares de; DEININGER, Layza de Souza Chaves; COELHO, Hemílio Fernandes Campos; MONTEIRO, Alisson Cleiton Cunha Monteiro; VIANNA, Rodrigo Pinheiro de Toledo; NASCIMENTO, João Agnaldo do. **Análise do ciclo da violência doméstica contra a mulher**. USP, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/119238/117006>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Ciclo da Violência**. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/web/cevid/ciclo-violencia#:~:text=Foram%20identificados%20comportamentos%20habituais%20que,mulher%20de%20sair%20da%20situa%C3%A7%C3%A3o.>>>. Acesso em: 20 maio 2022.

QUEM É MARIA DA PENHA. **Instituto Maria da Penha**. [s.d.] Disponível em: <<https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

RECOMENDAÇÃO GERAL N. 35 SOBRE VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA AS MULHERES DO COMITÊ PARA ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE

DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW) – Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Periodicidade. ISSN.

Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf)

[content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf).> Acesso em: 15 de nov. de 2022.

TAVASSIA, Ana Paula Chudzinski; CHUDZINSKI, Ana Paula; RÊ, Eduardo de; BARROSO, Mariana Contreras; MARQUES, Marina Dutra. **A História dos Direitos das Mulheres**. Ed. Politize! 2021. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/historia-dos-direitosdas-mulheres/>>. Acesso em: 13 jun. 2022.