



Organização

Dra. Leticia Carla Baptista Rosa Jordão
Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes
Ma. Andressa Paula de Andrade
Ma. Tatiana Manna Bellasalma e Silva
Ma. Mylene Manfrinato dos Reis Amaro

Anais

IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS

ISSN: 2965-5560



2022



**IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS**
5 a 7 de outubro 2022

DIRETOR GERAL

Prof. Me. Gilmar de Oliveira

DIRETOR DE ENSINO

Prof. Me. Daniel de Lima

DIRETOR FINANCEIRO

Prof. Eduardo Luiz Campano Santini

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Prof. Me. Renato Valenca Correia

SECRETÁRIO ACADÊMICO:

Tiago Pereira da Silva

**COORD. DE ENSINO, PESQUISA E
EXTENSÃO-CONPEX:**

Prof. Me. Luciana Moraes Silva

COORDENAÇÃO ADJUNTA DE ENSINO:

Prof. Dra. Nelma S. R. de Araújo

COORDENAÇÃO ADJUNTA DE PESQUISA:

Prof. Me. Luciana Moraes Silva

COORDENAÇÃO ADJUNTA DE EXTENSÃO:

Prof. Dr. Jeferson de Souza Sá

**COORDENADOR NEAD - NÚCLEO DE
EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA:**

Prof. Me. Jorge Luiz Garcia Van Dal

COORDENADORA DO CURSO DE DIREITO

Prof. Dra. Leticia Carla Baptista Rosa Jordão

COMISSÃO CIENTÍFICA

Prof. Me. Andressa Paula de Andrade

Prof. Dra. Leticia Carla Baptista Rosa Jordão

Prof. Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes

Prof. Me. Mylene Manfrinato dos Reis Amaro

Prof. Me. Tatiana Manna Bellasalma e Silva

COMISSÃO DE AVALIAÇÃO

Ana Carolina Davanso de Oliveira Cândido

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná

Carla Graia Correia

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná

Flavia Kriki de Andrade

UniCesumar – Universidade Cesumar

Gabriel Teixeira Santos

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná

Jenifer Ferraz Calvi

UniCesumar – Universidade Cesumar

Joao Lucas Foglietto de Souza

UniCesumar – Universidade Cesumar

Jussara Romero Sanches

UniCesumar – Universidade Cesumar

Laiana Delakis Recanello

UNIFAMA - União das Faculdades de Mato Grosso

Lara Caxico Martins

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná

Leonardo Bocchi Costa

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná

Leonardo Inácio Nunes

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná

Ligia Binati

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná

Pedro Léo Alves costa

UFRPE - Universidade Federal Rural de Pernambuco

Quithéria Maria de Souza Rocha

UniCesumar – Universidade Cesumar

Stela Cavalcanti da Silva

UniCesumar – Universidade Cesumar

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA/DIAGRAMAÇÃO

Prof. Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes

Luiz Augusto Ruffo

UniFatecie – Centro Universitário Fatecie

Rodovia BR – 376, KM 102, nº 1000 – Chácara Jaraguá – CEP 87701-970 –
Paranavaí/PR

Andressa Paula de Andrade
Letícia Carla Baptista Rosa Jordão
Luiz Geraldo do Carmo Gomes
Mylene Manfrinato dos Reis Amaro
Tatiana Manna Bellasalma e Silva
Organizadores

ANAIS
IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS



PARANAÍ/PR

2022

Ficha Catalográfica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

C749 Congresso de Direitos Humanos e novos paradigmas do direito.
UNIFATECIE (4. : 2022) Paranavaí, PR).

Anais do 4º Congresso de Direitos Humanos e Novos Paradigmas do
Direito. UniFatecie, 5, 6 e 7 de outubro de 2022, organizado por Letícia
Carla Baptista Rosa. . . et al. Paranavaí, PR: EduFatecie, 2023.
850 p.

Outros coordenadores: Luiz Geraldo do Carmo Gomes, Andressa Paula de
Andrade, Tatiana Manna Bellasalma e Silva, Mylene Manfrinato dos Reis
Amaro

ISSN: 2965-5560

1. Direitos humanos– Congresso. 2. Direitos humanos – Pesquisa.
3. Direitos sociais. 4. Direitos fundamentais. I. Gomes. Luiz Geraldo do. II.
Andrade, Andressa Paula de. III. Silva Tatiana Manna Bellasalma e. IV.
Amaro, Mylene Manfrinato dos Reis. IV. Centro Universitário UniFatecie.

CDD: 23 ed. 341.48

Catalogação na publicação: Zineide Pereira dos Santos – CRB 9/1577

SUMÁRIO

ARTIGOS COMPLETOS _____ **11**

GT 1: CIÊNCIAS CRIMINAIS _____ **11**

1	A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DA PESSOA EGRESSA	12
2	A EUTANÁSIA PERANTE A LEGISLAÇÃO E A SOCIEDADE BRASILEIRA	31
3	A FALTA DE INFRAESTRUTURA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS FEMININOS	43
4	A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS A PARENTALIDADE DAS MÃES EM CUMPRIMENTO DE PENA	55
5	AS DIFICULDADES DA MULHER NO CÁRCERE E PÓS CÁRCERE	67
6	BANALIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL: UMA ANÁLISE FRENTE AO CASO “BOATE KISS”	81
7	CRIMES VIRTUAIS E PEDOFILIA: CRIMINALIZAÇÃO DA CIBERPEDOFILIA	90
8	DO ENCARCERAMENTO A RESSOCIALIZAÇÃO	106
9	DO ENCARCERAMENTO FEMININO	116
10	LEI MARIA DA PENHA E PRISÃO PREVENTIVA: CONFLITO APARENTE DE NORMAS	128
11	MULHERES NO CÁRCERE	140
12	O ISOLAMENTO SOCIAL E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER	153
13	TERMO CIRCUNSTANCIADO LAVRADO PELA POLÍCIA MILITAR: UM ESTUDO SOBRE AS INFRAÇÕES FRENTE A MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA OCORRIDAS NO ESTADO DO PARANÁ, DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19	164
14	TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO: QUESTÃO DE GÊNERO	183
15	TRÁFICO DE PESSOAS	197
16	VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA A MULHER	207

GT 2: DIREITO PÚBLICO _____ **222**

17	A CAMINHADA HISTÓRICA ATÉ A IMPLANTAÇÃO DA LEI Nº 12.711 DE 2012 E SUA FUNCIONALIDADE	223
18	A FIGURA DO TRABALHADOR RURAL VOLANTE COMO SEGURADO OBRIGATÓRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.	233
19	A NORMALIZAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO NA PANDEMIA CORONAVÍRUS	248
20	A PROTEÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS	259
21	NOÇÕES DE JUSTIÇA EM ARISTÓTELES: A EQUIDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS	271

22	PESCADORES ARTESANAIS: AS DIFICULDADE PARA O ENQUADRAMENTO COMO SEGURADO ESPECIAL	282
23	PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL E A APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	297
24	RELIGIÃO EM AMBIENTE DE TRABALHO	307

GT3: DIREITO PRIVADO **317**

25	A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO NO PROCESSO CIVIL	318
26	A EVOLUÇÃO DA MULHER NA RELAÇÃO DE TRABALHO	336
27	A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS MUDANÇAS ATÉ AS NOVAS CONFIGURAÇÕES DE PLURALIDADE FAMILIAR CONTEMPORÂNEAS	353
28	A GUARDA COMPARTILHADA NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19: NOVOS CONFLITOS E PARADIGMAS.	373
29	A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS SOB A PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DA PERSONALIDADE	384
30	A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL	395
31	A NOVA ERA: CRIPTOATIVOS	408
32	A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO DIGITAL	420
33	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DA OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE	432
34	A SUPEREXPOSIÇÃO NA ERA DIGITAL E OS IMPACTOS SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE	445
35	A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DIGITAL	458
36	ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS	470
37	ADOÇÃO INTERNACIONAL COMO UMA POSSIBILIDADE DE DIMINUIR O VOLUME DE CRIANÇAS AGUARDANDO UMA FAMÍLIA	479
38	ALIENAÇÃO PARENTAL	492
39	ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES JURÍDICAS RELATIVAS AS EMPRESAS EMITIDAS PELO GOVERNO FEDERAL DURANTE O PERÍODO DE PANDEMIA DO COVID-19	509
40	AS LEIS DE PROTEÇÃO A MULHER NOS DIAS ATUAIS	518
41	CRIPOMOEDAS: UMA ANÁLISE DA (IN)VIABILIDADE DA CONSTRUÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	533
42	DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO NA OCORRÊNCIA DE UM DANO EXISTENCIAL	551
43	DIREITO A VIDA COM QUALIDADE: TRABALHO DECENTE E MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EQUILIBRADO	566
44	DIREITO AO NOME DO NATIMORTO	582
45	ERRO MÉDICO X IATROGENIA: RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	594
46	GUARDA COMPARTILHADA: EM FAVOR DOS DIREITOS E INTERESSES DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	606

47	JOGOS ELETRÔNICOS: VIOLÊNCIA E SEUS IMPACTOS NA SAUDE FÍSICA E MENTAL	619
48	LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM FACE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	630
49	O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO	641
50	O HOME OFFICE NOS TEMPOS MODERNOS E O CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO	654
51	O PATRIARCALISMO: INFLUÊNCIA SOCIAL, AVANÇOS E MUDANÇAS CULTURAIS	672
52	O PROCEDIMENTO DO INVENTÁRIO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL	684
53	OS IMPACTOS DO DANO EXISTENCIAL EM RAZÃO DA OFENSA AO DIREITO À DESCONEXÃO DO EMPREGADO EM REGIME DE TELETRABALHO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	695
54	REMUNERAÇÃO E SALÁRIOS	713
55	RESPONSABILIDADE CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL E A SOCIEDADE DE CONSUMO	725
56	RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ALIENAÇÃO PENAL	737
57	REVENGE PORN: UMA NOVA MODALIDADE DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	747
58	VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	762

RESUMO SIMPLES 774

GT 1: CIÊNCIAS CRIMINAIS 774

1	A (IN)EFICIÊNCIA DO ESTADO NA EXECUÇÃO DA LEI PENAL	775
2	A CONDIÇÃO DEGRADANTE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	776
3	A DOCTRINA CRISTÃ NO MÉTODO APAC E A (IN)EFETIVAÇÃO DO DIREITO PERSONALÍSSIMO À LIBERDADE RELIGIOSA: UMA INTERSECÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E CÁRCERE	777
4	A ESPERA DE UM MILAGRE	779
5	A RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	780
6	A RETRATAÇÃO DO ESTELIONATO EMOCIONAL NOS CINEMAS	781
7	ABUSO POLICIAL E IMPUNIDADE	782
8	ACUSAÇÃO SEM PROVAS CONCRETAS	783
9	ANÁLISE DE UM FEMINICÍDIO: ESTUDO DO CASO DO FILME “UM CRIME DE MESTRE”	784
10	ANÁLISE DO SISTEMA CARCERÁRIO SUB OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS CONCEITOS DE RESSOCIALIZAÇÃO	785
11	CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL: AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL	786

12	CONDENAÇÕES INDEVIDAS COMO CONSEQUÊNCIA DE ERROS JUDICIÁRIOS	787
13	DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DO FILME ‘12 HOMENS E UMA SENTENÇA’	788
14	DIREITO E LITERATURA: COMENTÁRIOS DO CÓDIGO DE MENORES DE 1927 E OS REFLEXOS AOS DIREITOS DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI A PARTIR DA LEITURA DE <i>CAPITÃES DA AREIA</i> , DE JORGE AMADO	789
15	FALSAS ACUSAÇÕES DE ABUSO SEXUAL INFANTIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FILME “A CAÇA”	791
16	IGUALDADE E JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	792
17	IMPARCIALIDADE DO JUIZ DIANTE DO JULGAMENTO	793
18	INSANIDADE MENTAL OU VERDADEIRA FACE CRIMINOSA?	794
19	JOVENS DE PERIFERIA NO TRÁFICO DE DROGAS	795
20	MAIS FORTE QUE O MUNDO-A HISTÓRIA DE JOSÉ ALDO	796
21	O PORTE DE ARMAS: BENÇÃO OU MALDIÇÃO?	797
	UMA ANÁLISE A PARTIR DA OBRA CINEMATOGRAFICA “O JÚRI”.	797
22	O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	798
23	TRÁFICO DE ORGÃOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	799
24	TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO	800
25	VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA: UMA ANÁLISE DO EFEITO GASLIGHTING, A FERIDA INVISÍVEL QUE LESA A DIGNIDADE HUMANA EM RELAÇÕES DESTRUTIVAS	801

GT 2: DIREITO PÚBLICO **802**

26	“DEEPPFAKE”: A URGÊNCIA DE UMA DISCUSSÃO À LUZ DO DIREITO	803
27	A ANÁLISE DA EFICÁCIA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS À PARTIR DO FILME “SÉRGIO”	804
28	A CONDUTA DO ADVOGADO COMO GARANTIDORA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FILME “FILADELFIA”	805
29	A SEGREGAÇÃO SOCIAL E A CRISE DE VALORES: UMA OFENSA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?	806
30	A VULNERABILIDADE DE VÍTIMA DE AGRESSÃO SEXUAL PERANTE A INEFICÁCIA DAS NORMAS E DO PODER JUDICIÁRIO	807
31	ACESSO A DIREITOS SOCIAIS BÁSICOS EM COMUNIDADES HIPOSUFICIENTES: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FILME “CIDADE DE DEUS”	808
32	DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A (IR)RETROATIVIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	809
33	DIREITOS HUMANOS OU DIREITO DO MAIS FORTE? UMA ANÁLISE HISTÓRICO-CONCEITUAL DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES A PARTIR DO CONTEXTO DO FILME “PIXOTE: A LEI DO MAIS FRACO”.	810
34	ESCRavidÃO CONTEMPORANEA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FILME “DJANGO LIVRE”	812
35	LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O CRIME DE INTOLERÂNCIA RELIGIOSA	813

36	O “PISO DA ENFERMAGEM” E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE _____	814
37	O NÃO-DIREITO NA ALEMANHA NAZISTA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS _____	815
38	POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE TUTELA E DEFESA DA DIGNIDADE E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO IDOSO NO MUNICÍPIO DE MARINGÁ/PR _____	816
39	PRINCÍPIOS RUGGIE NA ORDEM INTERNACIONAL E O DECRETO N. 9.571/2018 COMO DIRETRIZ NACIONAL SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS EM ANÁLISE À EFETIVIDADE DE DIREITOS HUMANOS _____	817
40	RACISMO VELADO OU EXPLÍCITO? O BRASIL RACISTA REVELADO PELO FILME “MEDIDA PROVISÓRIA” _____	818
41	SOCIEDADE LÍQUIDA E DIREITOS HUMANOS: PERCEPÇÃO JURÍDICA SOBRE DIREITOS HUMANOS NO FILME BACURAU _____	819
42	VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ORIUNDA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA NARRATIVA DISTÓPICA DO FILME “O POÇO” _____	821
43	VITIMOLOGIA: IMPORTÂNCIA DA VÍTIMA NO DELITO _____	822
GT3: DIREITO PRIVADO _____		823
44	O BEBÊ MEDICAMENTO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA _____	824
45	A CONTRIBUIÇÃO DO LETRAMENTO DIGITAL NO COMBATE A DISSEMINAÇÃO DE DESINFORMAÇÃO NO CIBERESPAÇO _____	825
46	A DICOTOMIA ENTRE O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA VERSUS O ANONIMATO DO DOADOR _____	826
47	A DIGNIDADE NO RESGATE DO SOLDADO RYAN: ANÁLISE DO FILME A LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE _____	827
48	A EVOLUÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO _____	828
49	A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA TOMADA DA DECISÃO FAMILIAR DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS _____	829
50	A LIMITAÇÃO DE IDADE PARA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA _____	830
51	A MEDIAÇÃO COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO _____	831
52	A PRÁTICA DA EUTANASIA E O CONFLITO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA _____	832
53	A PRIMAZIA DA AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS E A PROTEÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DA DIGNIDADE HUMANA _____	833
54	A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EM “QUEDA LIVRE”: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS A LUZ DO EPISÓDIO DO SERIADO BLACK MIRROR _____	834
55	A TORTURA E A DITADURA CAMINHAM JUNTOS _____	835
56	A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E AS INJUSTIÇAS DO SISTEMA JUDICIÁRIO. _____	836

57	AS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE PROVA E AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	837
58	A INSUFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE AMPARO SOCIAL À MATERNIDADE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO À LIBERDADE COMO DIREITO DE PERSONALIDADE DA MULHER	838
59	DIREITOS DO CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS	839
60	DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE: O CONSUMIDOR E A LGPD	840
61	DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DE HIV/AIDS NO TRABALHO	841
62	DURAÇÃO E INTENSIDADE DA JORNADA DE TRABALHO NO BRASIL	842
63	INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL	843
64	MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	844
65	O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DIGNO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS DOCENTES DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO	845
66	PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA x ELEVAÇÃO DE PREÇOS SEM JUSTA CAUSA	846
67	REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	847
68	RESUMO DA “TUTELA POST MORTEM DIGITAL DE PERFIS EXPLORADOS ECONOMICAMENTE: UMA PROPOSTA DE ARQUITETURA DE REDE PARA O INSTAGRAM”	848
69	TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR	849
70	TELETRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA DIANTE DA PANDEMIA COVID 19	850
71	UM INSTRUMENTO OU UMA VIDA?	851
72	UMA PROVA DE AMOR	852

ARTIGOS COMPLETOS

GT 1: CIÊNCIAS CRIMINAIS

(PENAL, PROCESSO PENAL, CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL, EXECUÇÃO PENAL, ETC)

1 A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DA PESSOA EGRESSA

Andressa Paula de Andrade
Lucas Aparecido Freire

RESUMO: O presente trabalho realizou uma análise acerca do Programa de Atenção ao Egresso e do sistema carcerário desenvolveu um breve relato sobre o sistema Penitenciário e um pequeno conceito sobre a Lei de Execuções Penais, as penas existentes, e a Constituição Federal de 1988. O objetivo do trabalho é discutir, com vistas à reinserção social, as políticas de prisões públicas, como as que protegem os direitos humanos de detidos e não reclusos. Assim, foi realizado um estudo bibliográfico, prestando particular atenção ao conceito de reinserção social, face às manifestações associadas: reabilitação, reintegração e ressocialização. Para tanto, recorre-se a fontes do direito penal, da sociologia e da criminologia, com o objetivo de uma compreensão mais completa do instituto. A seguir, alguns dos mecanismos pelos quais o é mais comumente utilizado. São apresentados presos, dos quais se destacam pelo trabalho e estudo, possibilitando a condenação, assim como outros institutos que já o fizeram no curso. Cumprir a pena de acordo com a lei sobre a execução de sentenças penais.

Palavras-chave: Reinserção Social; Políticas públicas; Preso.

ABSTRACT: The present work carried out an analysis of the Egress Care Program and the prison system, developed a brief report on the Penitentiary system and a small concept about Law of Criminal Executions, about the existing sentences Federal Constitution of 1988. The objective of the work is to discuss, with a view to social reinsertion, public prison policies, such as those that protect the human rights of detainees and non-prisoners. Thus, a bibliographic study was carried out, paying particular attention to the concept of social reintegration, given the associated manifestations: rehabilitation, reintegration and resocialization. For this purpose, sources from criminal law, sociology and criminology are used, with the objective of a more complete understanding of the institute. The following are some of the mechanisms by which it is most commonly used. Prisoners are presented, of which they stand out for their work and study, enabling them to be sentenced, as well as other institutes that have already done so in the course. Serve the sentence in accordance with the law on the execution of criminal sentences.

Keywords: Social reinsertion; Public policy; Stuck.

1 INTRODUÇÃO

Ao mesmo tempo, o aumento da criminalidade tem provocado forte pressão da opinião pública para que o Estado adote penas mais severas para a punição de crimes, o que demonstra a ineficácia da reabilitação do detido por falta de sistema prisional e a dificuldade de reinserção penitenciária, inclusive na sociedade. Por outro lado, de acordo com a Pesquisa Nacional de Informações Penitenciárias, houve um aumento significativo da população encarcerada. Nesse sentido, cabe destacar que, em 2005, a população carcerária do Brasil era de 361 mil internos, enquanto em 2016 praticamente dobrou, para 726,7 mil internos.

Este aumento fez com que ações governamentais se voltassem para a construção de políticas públicas de médio e longo prazo, com o objetivo de não se repetir, principalmente no que se refere ao abandono do sistema prisional. As mudanças no sistema prisional paulista nos últimos 20 anos foram o crescimento de e a influência da sociedade civil no campo da formulação e implementação de políticas públicas nessa área.

Dentre as várias dificuldades encontradas pela gestão do sistema prisional brasileiro, o processo de ressocialização e reintegração do prisioneiro na sociedade é um problema importante.

A reeducação significa, como o nome do plano deixa claro, a reeducação daqueles que se distanciaram das “normas educacionais” impostas socialmente. A partir de nem é preciso dizer que esse ato de reeducação se concretiza com a execução da sentença, que por sua vez tem função educativa e corretiva.

A punição, nessa perspectiva, faria o preso refletir sobre seu erro e tentaria corrigi-lo mudando seu comportamento. Acontece que isso não é observado na realidade atual se a pena adquire um caráter eminentemente retaliatório e não tenha essa função reformadora/reparadora, pelo contrário, serve para corromper o perpetrador, sem prévio aviso. História (primária) e especializam aqueles que já estão envolvidos no crime (reincidência).

Decidiu-se para este estudo adotar procedimentos de busca bibliográfica, cujas fontes foram livros, documentos, leis, sites, jornais, revistas, entre outros. material disponível sobre a abordagem das políticas públicas na reintegração de pessoas que foram presos na sociedade.

Ao longo da pesquisa procurou traçar uma correlação da reintegração aparece como outro nome ligado ao tema da reinserção social, embora não se confunda com ele. A reintegração pressupõe um retorno parcial a um estado completo. Desta vez, quando o egresso volta ao convívio social, com a sua adaptação, podemos falar de reintegração.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a reintegração de pessoas que foram presas a entrar no mercado de trabalho. Será avaliar a importância das políticas públicas produzidas pela coordenadora de direitos civis e reinserção social da secretaria de administração penitenciária do Estado de São Paulo, que promoveu o capítulo do programa Cuidando de Graduados e Encontrando famílias sobre a prevalência de humanistas inovadores.

De acordo com o que foi estudo, justifica-se que o tema é relevante devido ao sistema prisional brasileiro, devido à crise que o atravessa atualmente com a superlotação das unidades prisionais.

Esta crise significa que a privação de liberdade é apenas um meio de retirar da sociedade o indivíduo que cometeu um ato contra a lei, não o de reeducar o recluso para não reincidir, no final das contas, afetaram o recebimento dessas pessoas da mesma forma que entraram ou pior ainda.

2. LEI DE EXECUÇÃO PENAL

No ano de 1983, fora aprovado o projeto de Lei do Ministro da Justiça Ibrehin Abi Hackel, projeto que no ano seguinte se converteu na Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, sendo a atual e vigente Lei de Execução penal até a presente data.

2.1 FINALIDADE DAS PENAS NO BRASIL

De acordo com o artigo inaugural da Lei de Execuções Penais:

Art. 1º 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.

Vale se salientar o sistema adotado pelo estado em função da finalidade da pena no Brasil, o estado adota o sistema de tríplice finalidade; retributiva, preventiva e reeducativa:

a) Segundo Bitencourt (2021), ao lecionar sobre a teoria da pena de acordo com a teoria preventiva a pena é aplicada para que se evite o cometimento de novos delitos, esta mesma teoria se sub divide em duas teorias preventiva específica que tem por sua finalidade evitar com que o sujeito venha voltar a praticar novos crimes e teoria preventiva geral que é direcionada a sociedade ou seja utiliza aquele individuo como exemplo de que a lei está sendo cumprida e que à uma sanção caso algum cidadão venha cometer algum delito.

b) Já a teoria retributiva conforme Prado (2021), visa punir o sujeito, ou seja, a pena tem como finalidade um castigo imposto a um sujeito que lesionou um bem jurídico fundamental, isto é a pena tem um fim em si mesma que é punir quem deve ser punido, uma resposta ao mau causado por este sujeito.

c) O que diz respeito a finalidade reeducativa da pena, conforme destaca Bitencourt (2021), deve se salientar a ressocialização do sujeito isto é a pena terá com finalidade reeducar o sujeito para o convívio em sociedade sem a prática de novos crimes.

Conclui-se então que o estado adota a teoria mista que visa não somente punir o sujeito que venha praticar um determinado crime como também prevenir que o mesmo e o restante da sociedade venha cometer crimes.

2.2 DIREITOS DA PESSOA PRESSA.

Segundo Greco (2017) o que se retira do condenado é somente o seu direito de liberdade, devendo assim ser preservados os seus demais direitos, como por exemplo, intimidade, dignidade integridade física e moral dentre outros.

Devendo assim garantir a todos os apenados os chamados direitos humanos garantidos constitucionalmente, tais direitos devido a Constituição Brasileira são considerados como direitos fundamentais, vejam sua definição:

Desse modo e sem embargo de sua necessária fundamentalidade formal e material, os direitos fundamentais devem ser entendidos, em última análise, como as reivindicações indeclináveis que correspondem a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade, ou mesmo no plano universal. Tais valores condizem com a liberdade, igualdade e solidariedade, tendo por base o princípio da suprema dignidade da pessoa humana.

[...] Nessa perspectiva, os direitos fundamentais representam a base de legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam, como normas que são, toda atuação estatal, impondo sê-lhe o dever de sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 454/455 IN GRECO 2017).

De acordo com a Constituição Federal o preso não poderá ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, e também lhe é assegurado o respeito à integridade física e moral (Art.5º, III e XLIX da CF e Art.40 da LEP).

Em hipótese alguma os regulamentos das prisões podem autorizar medidas que exponham a perigo a saúde do preso, ou ofendam a dignidade humana (Art.38 do CP).

Não são admitidas:

Violência sexual, tais como torturas com instrumentos perfuro-contundentes, cortantes e queimantes; Coações morais e psicológicas tais como difamações, insultos, calúnias, ameaças, humilhação, provocações palavras de baixo calão; Coações físicas, como golpes, tapas, agressões, surras, crueldades dentre outras formas de coações físicas.

2.3 ORDEM E DISCIPLINA

De acordo com o artigo 44, da Lei de Execução Penal:

Art. 44. A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório. (Figueiredo, 1984).

Deve-se também levar em consideração os deveres do preso para se manter a ordem e disciplina nos presídios, como bem preceitua o artigo 39, da Lei de Execução Penal:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - Comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - Obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - Urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

- IV - Conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
 - V - Execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
 - VI - Submissão à sanção disciplinar imposta;
 - VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
 - VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
 - IX - Higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
 - X - Conservação dos objetos de uso pessoal.
- Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

2.4 DAS FALTAS DISCIPLINARES

As faltas disciplinares decorrem do descumprimento dos deveres dos presos, como bem preceitua Nucci (2021) os deveres do mesmo quando descumpridos configurarão atos de indisciplina configurando assim faltas disciplinares.

Com fundamento em base nos artigos 49, 50, 51 e 52 da Lei de Execução Penal:

Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

I - Descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;

II - Retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;

III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características.

3. SISTEMA CARCEÁRIO BRASILEIRO

O sistema carcerário Brasileiro tem como base ideias e princípios que em sua teoria iria assegurar a finalidade da pena e conseqüentemente a diminuição da criminalidade.

Conforme fundamenta a lei de execuções penais (lei nº7210/84), como todas outras leis, na prevenção e ressocialização, buscando assim garantir ao condenado uma possibilidade de que o mesmo tenha educação profissionalização e demais meios que o ajude para que possa ser reinserido em sociedade após o seu período de reclusão.

No entanto a verdadeira realidade nos presídios e penitenciárias por quase todo o território nacional não é a mesma que se traz a teoria onde na maioria dos casos os detentos se encontram ociosos acumulados em suas celas, ao contrário de estarem em processo de reabilitação, estarão é se preparando para a saída onde provavelmente continuarão em sua vida repleta de criminalidade.

São muitos os fatores no qual contribuem para que haja este colapso no sistema penitenciário Bitencourt, traz duas premissas que indica os motivos para esta ineficiência, nas quais são: A) O fato de que o ambiente carcerário é um ambiente artificial, sendo assim algo completamente oposto a comunidade livre, e por isso não permitir que nenhum trabalho reabilitador seja realizado e B) A falta de condições tanto humanas quanto materiais no qual a execução da pena realize impossibilitando assim a reabilitação. (BITENCOURT, 2011, p.161/162).

No entanto a primeira premissa é um pouco radical sendo assim os pontos a serem tratados a seguir dando continuidade ao objeto de estudo será sobre a segunda premissa.

Sendo assim considerando a falta de condições humanas e materiais para que a pena seja executada de forma que realmente deveria ser, Bitencourt, aponta que o maior ponto desta questão está relacionado a falta de atenção da sociedade, principalmente dos governantes, que tem dispensado os problemas penitenciários além da corrupção. (BITENCOURT, 2006, p.31).

Na realidade, o cerne deste problema se dá nas raízes da sociedade há nível mundial tendo em vista que há uma grande desigualdade social no Brasil e em muitos países no mundo e há miséria em que estas pessoas são submetidas tem uma influência direta do grande índice de criminalidade que permeia todo o Brasil e o mundo.

Outro fator que influencia de uma maneira negativa a realidade enfrentada no cárcere no Brasil, é a corrupção pois como por exemplo com os desvios de verbas o dinheiro que deveria ser destinado ao orçamento do cárcere para atender as finalidades da pena de prisão, na qual deveriam ser desenvolvidas atividades de Educação, profissionalização assistência a família e readequação ao apenado para que o mesmo volte a viver em sociedade sem cometer mais crimes, estes são exemplos do qual as verbas destinadas ao cárcere deveriam atender, porém acaba indo para o bolso de alguns corruptos seja eles governantes ou até mesmo a corrupção dos agentes penitenciários, que, por serem ou mal remunerados ou até mesmo despreparados, acabam que cedendo ao dinheiro que vem fácil, que abrange desde os cargos mais altos como supervisores ou até mesmo os agentes que fazem a ronda nas celas.

Bitencourt (2011, p. 163-164):

A literatura especializada tem-se ocupado frequentemente da crueldade e da desumanização existente no ambiente carcerário. Não são apenas obras escritas no início do século XX, pois muitas delas foram publicadas nas últimas décadas. (...) De modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: maus-tratos verbais (insultos, grosserias, etc.) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento etc.); superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas etc.); condições deficientes de trabalho, que podem significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (em casos de delinquentes políticos ou dissidentes pode-se chegar a utilizar a psiquiatria como bom pretexto “científico” para impor determinada ordem ou para convertê-lo em um “castigo civilizado”); regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários, que permitem e até realizam o tráfico ilegal de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente lavam a pior os jovens reclusos recém-ingressos, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas de homossexualismo e onanismo; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte.

Conforme o descrito acima, é notável que poucos que estiverem ingresso no sistema ira se ressocializar, e sim acontecerá o oposto saindo pior do que entrou pois o mesmo carregará consigo um sentimento de vingança por ter sido submetido a essas condições subumanas.

Greco aponta mais um dos motivos para o colapso existente, referente ao contrassenso entre os direitos que são previstos na constituição Federal e o descaso que o governo trata seus reclusos presentes no sistema prisional contrariando o dever do estado, os privando de sua própria dignidade humana (GRECO, 2017, p. 136).

(...) a privação da liberdade sem as garantidas de um mínimo existencial, sem atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, acaba por deturpar a personalidade do preso, transformando-o em um ser irreconhecível socialmente. São sabidos os efeitos criminalizam-te do cárcere, sobretudo no que diz respeito à perda da sensibilidade. Fatos graves, na verdade horrorosos, passam a ser vistos com normalidade no ambiente carcerário.

Desta maneira dificilmente um ser humano tratado desta maneira irá pensar em sua ressocialização, pois o mesmo estará se importando mais em se manter vivo e em sair o mais rápido possível seja por uma fuga ou por decurso do tempo.

Este mesmo ambiente devido a uma situação tão degradante muitas vezes faz com que os detentos não aguentem mais viver desta maneira, ocasionando assim rebeliões constantes onde destas mesmas acontecem: morte tantos dos presos como também dos próprios agentes penitenciários; como também a depredação dos locais onde os mesmos se encontram encarcerados, diversas formas de lesões entre outras atrocidades.

Dentre estas rebeliões pode-se citar umas das maiores que já ocorreu no Brasil que ocorreu na data de 02/10/1992, na prisão de Carandiru, no qual 111 presos foram mortos por integrantes da polícia militar de São Paulo.

De acordo com informações dos próprios presos, foram mais de 250 vítimas, contando os que se feriram e não mais retornaram, porém os números oficiais não fazem menção aos números de feridos.

Este episódio da como um grande exemplo de que a superpopulação carcerária faz com que se tire toda a finalidade principal da pena, como preceitua (GRECO, 2017, p.176). sobre este mesmo complexo penitenciário:

Esse complexo penitenciário foi criado na década de 1920, e projetado para abrigar 1.200 detentos. Durante aproximadamente vinte anos, esse presídio procurou cumprir com suas funções, sendo, inclusive, considerado padrão de excelência, razão pela qual atraía a visita de políticos, estudantes de Direito, autoridades estrangeiras, como juristas italianos, que vinham ao Brasil para conhecê-lo. Os detentos ficavam encarregados, basicamente, de todos os trabalhos necessários para a manutenção do presídio, desde a limpeza, passando pela cozinha, e, até mesmo, prestavam serviços na clínica e no hospital ali existentes, sem falar na lavoura, que supria parte da alimentação que ali era servida. A partir do ano de 1940, começaram a surgir os problemas no complexo do Carandiru, quando a penitenciária começou a abrigar detentos além da sua capacidade normal. A superlotação carcerária tornou-se um problema grave, que começou a corroer e a destruir toda uma estrutura que havia sido criada.

Este problema de superlotação carcerária, é um problema tão grande que o mesmo já foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal-STF, diante da repercussão geral que se deu o Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, este mesmo julgamento resultou no reconhecimento da responsabilidade civil do estado sobre a superlotação carcerária, que conseqüentemente retira do apenado as condições mínimas para que a pena seja executada da maneira adequada, abaixo se vê a ementa do referido Recurso Extraordinário:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais,

efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. “Princípio da reserva do possível”. Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimento judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), artigos. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 - Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, artigos. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, artigos. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas - Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros - adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extra patrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. (RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017). (BRASIL, 2017).

A comissão de Direitos humanos da Câmara dos Deputados, realizou uma pesquisa onde realizou diversas visitas em vários presídios pelo Brasil onde encontrou outros fatores determinantes para a crise do sistema penitenciário Brasileiro nos quais estes fatores são como exemplo: A falta de contato com amigos e familiares (muitas vezes afastados por conta da dificuldade de se fazer uma visita, principalmente em alguns procedimentos vexatórios no qual o visitante precisa se submeter), a insuficiência do número de profissionais realmente

habilitados ao trabalho com os detentos, e a mistura de todos os tipos de presos juntos, seja eles com baixa periculosidade ou alta periculosidade, presos provisórios, condenados, reincidentes, primários.

Destaca-se também que as condições do cárcere são tão ruins quanto para Homens, mulheres e menores infratores bem como também para as medidas de segurança aplicadas.

Diante de toda esta problemática segundo estudos o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, onde os índices de reincidência só aumentam girando em torno de 70%, de acordo com estes números é notável que o Brasil ao invés de ressocializar o preso, acaba destruindo a sua personalidade.

Ainda assim devido aos desvios de dinheiro público que infelizmente afetam todos os setores da administração e a falta de prevenção, pois é gasto muito com reparos, muitos deles causados pelas rebeliões realizadas pelos próprios presos, mesmo faltando toda esta infraestrutura, ainda se é gasto uma média de quatro salários mínimos ao mês por detento, ou seja, um número bastante alto.

3.1 FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO

Inúmeras são as dúvidas sobre a real validade da aplicação da pena de prisão. Ainda estamos tentando saber se este instituto realmente se encaixa nos campos principiológicos, teorias e finalidades a que se destina, porém, nesta importante discussão fica de fora o aspecto principal da restrição da liberdade, que é o tempo de validade efetiva. Cumprir a pena, este é o momento mais crítico e que requer mais atenção dentro do atual modelo de sanção criminal. (BITTENCOURT, 1993).

Nesse sentido, a discussão e problematização da questão deve basear-se na forma como se apresenta atualmente a aplicação das sanções do modelo do sistema penal, seja ela material, verificando as condições reais no âmbito do sistema penal, sistema penal penitenciário, ou através da política orçamentária, que visa resolver fundamentalmente os diversos problemas do sistema penal, ou questionar como a própria sociedade atua em relação aos destinatários da denúncia. (BITTENCOURT, 1993).

Ainda sobre isso:

em verdade, o tema da pena privativa de liberdade deve abandonar o estudo meramente teórico, da interpretação de normas, passando a abordá-lo também sob o prisma da realidade, da forma de cumprimento e execução da pena, levando em consideração a disponibilidade de recursos materiais e humanos: estabelecimentos penitenciários, infraestrutura e dotação orçamentária disponíveis (PREDIGER, 2000, p. 50).

Porém, ainda hoje, a aplicação da privação de liberdade é base fundamental para a aplicação da lei entre as mais variadas das leis do mundo. (PREDIGER, 2000).

É importante notar que na época em que o encarceramento passou a ser uma sanção básica em, principalmente no século XIX a busca pela reforma pessoal do indivíduo errante. (BITTENCOURT, 2011).

Para Greco (2009) o Código Penal brasileiro, por meio de seu artigo 59, traduz que a pena deve ser necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime. Portanto, as teorias do caráter absoluto vão contra a tese da remuneração, enquanto as teses relativas favorecem a ideia de prevenção.

Conforme o caput do artigo 59 do código penal, há a adoção da legislação penal de uma teoria unificadora ou mista da pena. Nosso Código Penal considerou necessário estabelecer uma unidade baseada na reprovação de irregularidades e na prevenção de crimes futuros. Como consequência disso, observa-se que há uma união de teorias punitivas absolutas e relativas, que se baseiam nos critérios fundamentais de retribuição e prevenção. (GRECO, 2009).

No Brasil, a função de restringir a liberdade da pessoa humana ocorre de três formas, a saber: retaliação, onde o importante é repreender condutas contrárias ao direito positivo; preventiva, que visa prevenir futuros atos ilícitos; Reincorporação do condenado que valoriza a reintegração efetiva do primeiro ao meio social a que pertencia no momento do início da execução da pena de prisão. Ressalte-se que atualmente em nosso país se

utiliza apenas a função retaliatória da punição, visto que devido à forma atual como funciona o sistema penal não há reintegração do indivíduo e a função preventiva da punição ainda é amplamente debatida.

Afirma ainda que:

durante muitos anos prevaleceu um clima de otimismo, prevalecendo a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio ideal para cumprir todos os propósitos da pena e que, em certas condições, seria possível reabilitar o autor do crime. Este otimismo inicial desapareceu e hoje prevalece uma certa atitude pessimista, que já não tem grandes esperanças pelos resultados que podem ser obtidos com a prisão tradicional.

De uma forma bastante negativa as prisões não estão fazendo nada para reduzir a alta taxa de criminalidade, que estão aumentando drasticamente, e também estão ajudando a trazer novas pessoas para o mundo do crime.

A prisão, age como se o Estado na forma da Lei tratasse o crime com certa apatia, sendo por vezes conivente com esta.

A sanção penal exercida pelo uso da prisão só aumenta a instabilidade moral do indivíduo errante, a convivência com indivíduos, muitos dos quais são mais perigosos, apaga completamente seu desejo de viver da melhor maneira possível e de ganhar a vida legitimamente em para sociedade de competição.

No entanto, neste sentido, a vergonha que surge do encontro instantâneo do preso faz com que o homem honesto e se desperte nele toda a agressividade de um criminoso. Isso se deve principalmente à coexistência com outros criminosos.

Em visita às instalações carcerárias brasileiras, foi observado pelo Comitê da ONU contra Tortura:

Superlotação, falta de conforto e higiene nas prisões, em particular falta de cuidados médicos básicos e adequados, violência entre reclusos e abuso sexual. O Comitê está particularmente preocupado com relatos de maus tratos e tratamento discriminatório, relacionados com o acesso a serviços básicos já restringidos, por certos grupos, em particular por razões de origem social ou orientação sexual. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2001, p. 27-28).

O principal argumento para justificar a crise total é o fator penal, já que o preso no instituto penitenciário está em uma verdadeira escola criminal. Ali, quem cometeu um simples crime encontrará ao sair de as artimanhas de quem é capaz de cometer os crimes mais complexos, ou seja, os mais lesivos ao direito penal (PREDIGER, 2000).

A prisão é a verdadeira fábrica que move o mundo do crime, simplesmente pelas condições que estabelecem a existência dos reclusos dentro da prisão.

Devendo ser destacado a precariedade dos estabelecimentos prisionais que podem prejudicar a saúde do preso: Alimentação deficiente, higiene precária, instalações em estado deplorável, etc. Entre os fatores psicológicos, é notável a melhora do crime, o que acaba levando a crimes fora e mesmo dentro das instalações prisionais. No que se refere ao fator social, a total interferência do Estado no preso na busca de sua reinserção à sociedade a que pertencia, esta última contribuindo em grande medida para o insucesso da reabilitação, como o indivíduo se sente fora da prisão sinta na pele a enorme dificuldade de inserção no mercado de trabalho, visto que essa entrada é difícil até mesmo para o cidadão que nunca foi submetido a uma execução criminal (PREDIGER, 2000).

Para realmente atingir os objetivos propostos pelo Encarceramento, seria necessário atingir princípios associados às sete máximas universais para um bom "estado de prisão", a saber: o princípio corretivo, o princípio da classificação, o princípio da punição, princípio do trabalho como dever e direito, princípio da educação prisional, princípio do controle técnico da detenção e princípio das instituições afiliadas.

Embora as evidências sugiram que a vida na prisão tem um impacto negativo sobre os presidiários, nenhuma conclusão definitiva pode ser tirada devido à falta de dados precisos.

3.2 ADPF 347: O Estado de Coisas Inconstitucional

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposto pelo Partido do Socialismo e Liberdade (PSOL), visa reconhecer o estado de inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro, procurando determinar a adoção de diversas medidas a fim de sanar os danos aos preceitos fundamentais decorrentes da conduta comissiva e omissiva de poder público no trato da questão prisional no país. A sentença da ação fica suspensa após a concessão parcial da medida cautelar.

Após descrever a deplorável situação dos presos no Brasil, o relator confirmou em que isso acarretou inúmeras violações de direitos humanos e fundamentais, bem como Normas Básicas do Código Penal (Lei no 7.210, de 1984). Segundo o ministro, tais violações não afetariam apenas situações subjetivas individual, mas afetaria toda a sociedade. Portanto, concluiu que, no Brasil, os presídios não atenderam para ressocialização.

A responsabilidade por esta situação recai sobre os três poderes, em todos os níveis da Federação, embora o problema da ECI não seja a formulação e implementação de políticas públicas, nem a interpretação e aplicação da lei. Criminal, mas a falta de coordenação institucional para sua implementação. Trata-se, defende o relator, de uma situação de inação ou omissão que gera problemas estruturais na implementação legislativa da Constituição e legislação conexa, e nada é feito para melhorar a situação. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentais eficazes representa uma falha estrutural capaz de gerar tanto a violação sistemática dos direitos fundamentais dos reclusos como a perpetuação e agravamento da situação.

A ADPF é uma ação concentrada de revisão de constitucionalidade contida na Constituição de 1988 por meio da EC3/93 (MENDES, 2011), como regra de eficácia limitada e não diretamente aplicável. Em 1997 começou a corrida para regular seus procedimentos e julgamentos. Após a apresentação de diversos projetos, a deputada Sandra Starling prevaleceu, com um substituto que na verdade seria o projeto de Celso Bastos, que seria aprovado quase na íntegra. Foi então, em 1999, que entrou em vigor a Lei 9882/99, que homologou os trâmites e sentença da ADPF perante o STF.

Seu uso está diretamente relacionado às normas precedentes (leis aprovadas pela Constituição) à promulgação da Constituição vigente e às que infringem preceitos fundamentais da Constituição Federal ou derivados de seu texto, de acordo com Andrade e Teixeira (2016):

Conforme indicado no parágrafo 1º do artigo 102 da CF/88, e complementado pelo artigo 1º da lei 9.882/99 que assim declara de forma específica “A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Essa é a forma autônoma de ADPF, tem natureza objetiva e serve para atos do Poder Público, contrários aos princípios fundamentais elencados na Constituição Federal, como descreve o artigo 1º caput da lei 9.882/99: Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. (BRASIL, LEI 9882/99, 2016)

Como se pode verificar, a ADPF é um procedimento que garante o texto constitucional tanto formal como materialmente.

4. A VIDA EGRESSA

Conforme já exposto em epígrafe o sistema de prisão brasileiro se tratando da pessoa reclusa sofre sérios problemas, conseqüentemente após o pessoa egressa voltar o seu convívio em sociedade acaba se deparando com

vários problemas sendo eles sociais, familiares dentre outros devido este preconceito com a pessoa egressa, conforme será discutido a seguir.

4.1 TEORIA DO ETIQUETAMENTO

Não é novidade que a criminalidade aumentou no Brasil, conforme evidenciado pelos dados mais recentes que mostram o sistema prisional brasileiro como a terceira maior prisão do mundo, depois dos Estados Unidos e da China.

E como se a superlotação não bastasse, as prisões ainda lutam para fornecer a essas pessoas um mínimo de sustento, como saúde, alimentação e recreação, fatores que juntos aumentam a criminalidade dentro e fora das prisões.

E em meio a esse aumento nas taxas de criminalidade, é fácil ver que as políticas de segurança pública aqui estão falhando em questões importantes como saúde carcerária, reabilitação carcerária e prevenção de recaídas.

A criminologia pode ser entendida como a ciência que analisa o crime, a personalidade do autor da conduta criminoso, a vítima e o controle social da conduta criminoso. Penteado Filho (2012, p.19) repete que:

A criminologia é uma ciência empírica do “ser” visto que seu objeto (crime, criminoso, vítima e controle social) é visível no mundo real e não no mundo dos valores, como no caso do direito, que é uma ciência do “deveria ser”, portanto normativo e avaliativo.

Segundo Molina e Gomes (2010, p.3) também afirmam:

Vítimas e controlam comportamentos criminosos, e isto tenta fornecer informações válidas e contraditórias sobre a gênese, dinâmica e principais variáveis do crime - Considerado um problema individual e um problema social, assim como programas eficazes de prevenção. Técnicas de intervenção igual e positiva em infratores e nos diferentes modelos ou sistemas de respostas ao crime.

Partindo do pressuposto de que o conhecimento criminológico é de suma importância para todo o sistema penal e está sujeito a constantes mudanças, é necessário enfatizar o desenvolvimento histórico da criminologia. Nessa fase o infrator era analisado individualmente, independentemente das variantes sociais, com base nas regras da escola clássica, quando nessa época se conhecia o pressuposto de que o homem é dotado de livre arbítrio e que suas decisões superam seu comportamento. Para a escola clássica, o criminoso era um ser que pecou, que escolheu o mal, embora pudesse e devesse escolher o bem. (PENTEADO FILHO, 2012, p.24).

Além disso, a teoria da etiquetamento sugere a ideia de duas criminalizações básicas para entender a proposição da presente teoria: a criminalização primária e a criminalização secundária. A criminalização primária se refere a tarefa legislativa de marcar as condutas consideradas criminosas pelo hábito com que são praticadas e a marcação social que é conferida ao suposto infrator, principalmente pelo legislador. A criminalização secundária, por outro lado, atinge os órgãos de controle social, principalmente os órgãos formais.

Em suma, a sociedade rotula as pessoas normalmente desfavorecidas por meio de estereótipos expostos para aproximá-las do crime. Nesse contexto, a teoria da rotulagem tenta esclarecer o que significa a reação social para o crime, ou seja, como rótulos e estereótipos influenciam as decisões do Judiciário em relação ao crime cometido.

O problema intrínseco a rotulagem é, portanto, a estigmatização do indivíduo que tem dificuldade de reingressar na sociedade após determinada violação. Isso leva a uma alta taxa de recaídas, já que o tópicos rejeitado por outros cidadãos é bastante ofensivo quando examinado de perto. Não se diz que um crime, uma vez cometido, torna o sujeito um criminoso persistente; No entanto, as taxas de reincidência indicam que o crime acabará por se

tornar seu modo de vida para a grande população carcerária com baixa renda, baixo status social e baixa escolaridade. Afinal, o rótulo é levado para todo lugar, como bem preceitua Sérgio Salomão Shecaira:

“Quando os outros decidem que determinada pessoa é non grata, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. É ainda estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais” (SHECARIA, 2008, p. 291)

Embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha um vasto conjunto de normas, a teoria da rotulagem tem impactado o solo nacional. Tentativas estão sendo feitas para mitigar os efeitos da rotulagem, proporcionando sanções alternativas ao encarceramento, como no caso de direitos e multas restritivas, além, é claro, das tradicionais violações de menor potencial ofensivo, para as quais penas menores são impostas. Essas sanções alternativas oferecem menos estigma, mas não o apagam completamente.

Portanto, entende-se que existe uma dualidade na rotulagem: por um lado, o estado que criminaliza; de outro, a sociedade estigmatizante. A crescente onda conservadora que se espalha pelo Brasil, claro, está perdida: criminalizar cada vez mais comportamentos é uma forma de não resolver realmente o problema, ainda que as sanções impostas criem menos estigma ao indivíduo. É improvável que os rótulos se tornem uma fonte confiável de análise social e, quanto mais cedo for percebido que a punição por punição não resolve o aumento do crime, melhor.

4.2 A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DA PESSOA EGRESSA;

O objetivo das políticas públicas é reduzir os altos índices de criminalidade e a população carcerária de pessoas. O Estado deve desenvolver essas políticas por meio de programas voltados para a sociedade e o ambiente prisional, pois é necessário ressocializar o preso para que ele deixe de cometer crimes e conseqüentemente retorne ao sistema prisional. No que diz respeito à sociedade, o estado deve criar programas para conscientizar que tanto o presidiário quanto o ex presidiário ainda são uma pessoa, e quando saem da prisão podem encontrar um ambiente preparado para recebê-los e recebê-los.

O fator de desigualdade social está diretamente ligado à formação de pessoas aptas ao crime. O estado precisa melhorar a educação prestada nas escolas públicas, a saúde a que todos têm direito, a segurança da população, a moradia e a geração de empregos para que as pessoas possam ter uma vida mais digna e, conseqüentemente, diminuirão as desigualdades sociais.

Outra área que merece atenção especial do governo é sistema penitenciário, ou seja, a estrutura dos presídios, uma vez que essas instalações não estão preparadas para abrigar pessoas que cometem crimes.

O sistema penal e as pessoas que nele trabalham devem mudar fundamentalmente para que possam contribuir para a reintegração efetiva dos prisioneiros na sociedade.

Outro aspecto das penitenciárias que merece atenção é a implantação de programas de presos, como educação, nutrição, qualificação profissional, saúde e celas, que atendem à legislação penitenciária.

Diante do exposto, pode-se concluir que não existem políticas públicas no sistema penal que visem reabilitar pessoas que estão no sistema penal, e só se pode falar em de reabilitação se tais políticas forem criadas.

A execução da pena tem funções que vão além da simples sanção do condenado por um crime cometido. O ordenamento jurídico brasileiro adota a “teoria mista da função punitiva”, em que a punição tem funções retaliatória e preventiva, ou seja, além da punição também tem a função de reeducar o preso. Essa teoria se consolida na última parte do artigo 59 caput do Código Penal, que estabelece que o juiz deve tomar sua decisão levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, com base nos objetivos de reprovação e prevenção do crime. De acordo com este dispositivo normativo, a Lei Penitenciária, que já estipula no seu texto legal que o

objetivo da execução penal é “criar as condições para a integração social harmoniosa do condenado e o internamento” (Carvalho, 2017).

Nesse contexto, são criadas medidas estaduais que visam a reabilitação do presidiário a partir da assistência prestada. Essas iniciativas governamentais visam aproximar a reabilitação da realidade, diante da obrigação do governo de reeducar os presidiários.

Esta política pública visa (ou pelo menos deveria tentar) rever a melhor forma de punição e combiná-la com a recuperação do preso para ajudar na sua reinserção no meio social por meio de programas que afetem o futuro fora do presídio.

A situação crítica do sistema penal brasileiro está fazendo com que o Estado e a sociedade como um todo reconsiderem a eficácia da política de aplicação da lei seguida no Brasil. Na prática, o encarceramento é abundante, superlotação que cria novas prisões para compensar a constante falta de espaço livre nas prisões. Enquanto isso, as medidas de reeducação e restauração são deixadas de lado e esquecidas por enquanto como forma de resolver problemas emergenciais. (Carvalho, 2017).

Um grande entrave para a implementação de políticas públicas é a atitude crítica da maioria da sociedade, que não acredita na recuperação dos presos e considera a destinação de recursos para tais programas um “desperdício” e abuso do dinheiro público. Influenciados e temidos por contrariar a opinião pública, os políticos não debatem a questão ou buscam novas alternativas para resolvê-la, por isso o problema só aumenta, cresce e se arrasta com o tempo.

É preciso sensibilizar a sociedade, pois a principal resposta ao problema da crise penitenciária é buscar políticas de apoio aos presidiários e não só implementar o que está contido na lei sobre a execução de penas, mas também outras medidas que contribuam para a reabilitação. Porque o prisioneiro que não recebe ajuda hoje pode se tornar um agressor reincidente no futuro e a sociedade pode voltar a ser uma vítima. (Carvalho, 2017).

O Ministério da Justiça, por meio do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, responsável pela gestão penitenciária, promove políticas públicas em diversas áreas, como saúde, educação e formação profissional, com o objetivo de reduzir a criminalidade.

No campo da educação, destacam-se as seguintes ações: ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio), ENCCEJA (Exame Nacional de Certificação de Competências para Jovens e Adultos), Projovem Urbano Prisional, PBA (Programa Brasil Alfabetizado), EJA (Educação de Jovens e Adultos), Programa Brasil Profissionalizado e PRONATEC (Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Trabalho).

Todos esses programas visam elevar o nível de escolaridade dos presidiários e cumprir o artigo 17 do Código Penal, dando-lhes a oportunidade de concluir os estudos ou obter uma formação técnica, com uma certificação ao final. Esse trabalho deve ser realizado em colaboração com o Ministério da Justiça, o Ministério da Educação (MEC), as Secretarias Estaduais de Educação e as administrações municipais.

Autorizado o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), com a Recomendação nº. 44/2013, a possibilidade de resgate por meio da leitura, principalmente nos casos em que os presidiários não tenham acesso a qualquer forma de trabalho, educação ou qualificação profissional. O preso tem o prazo de 21 a 30 dias para leitura da obra, e ao final deve apresentar revisão sobre o assunto lido que será avaliado, permitindo a remissão de quatro dias de sanção por obra lida, com limite de doze obras lidas por ano, ou seja, você pode reduzir sua sentença em 48 dias a cada doze meses.

Na área de trabalho e renda, o Departamento Penitenciário Nacional possui um programa denominado PROCAP (Programa de qualificação profissional e implantação de laboratórios permanentes), iniciado em 2012 com o objetivo de proporcionar aos presidiários o acesso à formação profissional e inserção em uma linha de produção dentro do presídio, que também traz o benefício de resgate para trabalho e estudo.

Guilherme de Souza Nucci trata sobre o tema do direito ao trabalho em sua obra:

O trabalho remunerado é um dos principais direitos do preso. Não somente porque a própria Lei prevê exercício de atividades laborativas como dever do condenado, mas também por ser oportunidade de obtenção de redução de pena, por meio da remissão

(artigo 126 a 130 LEP). Além do mais constitui a mais importante forma de reeducação e ressocialização, buscando-se incentivar o trabalho honesto e, se possível, proporcionar ao recluso ou detento a formação profissional que não possua, porém deseje. (Nucci, 2010, p. 480)

Porém, na prática o que se verifica é a falta de trabalho nas prisões brasileiras, justificada pela insuficiência de espaço físico acompanhada pela falta de investimento estatal, situação que mostra uma omissão quanto à ressocialização dos detidos pelas autoridades.

Assim, a falta de oportunidades de trabalho vai contra uma das funções da pena, que é a de reeducar e ressocializar o infrator. Em vez de receber o incentivo para reentrar na sociedade de forma produtiva, ele recebe a influência para se aprimorar no submundo do crime, conforme destaca Nucci (2021);

É fundamental a união da sociedade em torno da recuperação de quem foi preso, especialmente por longo tempo. No entanto, o Estado tem a parcela principal de responsabilidade, devendo garantir um lugar decente para o egresso ficar até reencontrar a família ou buscar um canto seu, bem como precisa conceder incentivos de várias ordens para que empresas contratem ex-detentos.

No campo da saúde, as diretrizes das políticas públicas devem garantir uma assistência de qualidade e contínua que atenda às necessidades da população carcerária, a fim de reduzir as doenças mais frequentes entre os presidiários. A assistência médica está prevista no artigo 14 do Código Penal, salvaguardando também os tratamentos farmacêuticos e odontológicos e garantindo “os cuidados de saúde à mulher, especialmente no pré-natal e pós-parto, extensivo ao recém-nascido”.

Outro aspecto que pode influenciar a ressocialização é o acesso à assistência religiosa, também garantida constitucionalmente, no artigo 5º, inciso VII, quando estabelece que “a prestação de assistência religiosa em detenção civil coletiva e militar”. Portanto, oferecer essa opção de serviço é dever do Estado e fazer uso dela é uma opção do detido.

As formas de assistência destinadas à reeducação do detido e à sua futura libertação são diferentes e, se eficazes, podem realmente causar uma mudança na sua vida.

4.3 HÁ ALGUMA POLÍTICA PARA EMPREGO?

A prisão visa resgatar o preso para a vida social, mas, principalmente no Brasil, atua negativamente na personalidade do agressor, fazendo-o sentir-se menosprezado e, no mundo livre, estigmatizado. Para Béguin (2011), na nova ordem capitalista, o homem comum havia renovado sua condição de força produtiva e sua sobrevivência merecia a adoção de soluções voltadas ao seu bem-estar.

Os novos conceitos de urbanização nas cidades têm evoluído no sentido de transformar casas, fábricas, praças, ruas e outros locais públicos em locais saudáveis e higiênicos, eliminando as principais condições de participação de homens com doenças que poderiam afastá-los do trabalho. Essas atitudes configuraram uma política de controle social, onde o bem-estar social estava atrelado ao aumento da produção econômica. Para Foucault (2010, p. 208):

No âmbito do controle da criminalidade, a punição aos criminosos passou a ser uma função geral da sociedade, exercida sobre todos os seus membros na figura do Poder Judiciário, que se utilizou à prisão na verdade um aparelho mais antigo que ele próprio como instrumento de castigo aos desvios de conduta. Ao se transformar num castigo igualitário, que exerce a possibilidade da correção do indivíduo através de técnicas estabelecidas para esse fim, a nova prisão marcou a sua página na história da justiça penal. Como não seria a prisão pena por excelência numa sociedade em que a liberdade

é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento universal e constante?

Evangelista (2013, p. 69) observa: “o problema do trabalho é uma constante, enfatizando sua indispensabilidade, bem como os obstáculos para sua obtenção, quando não podem ser estabelecidos”.

Trabalhar no mundo prisional é considerado um benefício, pois representa o caminho de volta à legítima interação social. Trabalhar para presidiários significa aproximar-se da possibilidade de inserção na sociedade e, conseqüentemente, distanciar-se do mundo do crime, uma vez que não há espaço para atividades jurídicas.

A vida na prisão, devido às suas condições desumanas, tende a levar a maioria dos reclusos a praticar atos anti-sociais, como roubo, violência, agressão sexual e violação das normas penitenciárias, por meio de jogos de azar, alcoolismo, drogas, etc. Segundo dados do Ministério da Justiça (2018), cerca de 80,00% dos internos bebem ou consomem algum tipo de droga. 90,00% já se envolveram com a violação das normas penitenciárias. (CAMARGO, 2012).

Diante dessa situação, o vigilante passa a utilizar determinados instrumentos para obter a submissão dos presos às normas e manter a disciplina interna necessária, o que acaba gerando uma relação muito conflituosa entre os presos e os policiais penitenciários que, nas rebeliões, geram uma animosidade profunda. mesmo com agressões de ambos os lados (EVANGELISTA, 2012).

Portanto, a prisão no Brasil não funciona como uma instituição de recuperação do cidadão detido é comumente vista como uma “escola do crime”, pelas condições em que os presos se encontram e por oferecer oportunidades para intercâmbio de experiências entre infratores dos mais diferentes graus de perigo. Abrahão (2014, p. 87) afirma: “Percebe-se que o estado pouco contribuiu ao longo dos anos para o processo de reintegração dos detidos”. O autor se refere a uma política carcerária que sempre esteve errada, desatualizada e desatualizada. Atualmente, há uma crítica profunda à conduta do Estado no sistema prisional, uma vez que a própria empresa já percebeu essa deficiência na gestão desse problema. Mas o vento está soprando, pois a discussão se aprofundou e o estado está revendo sua política com enormes possibilidades de mudar seus procedimentos. Abrahão (2014, p. 87) cita o depoimento de um diretor de um presídio da cidade do Rio de Janeiro:

“Quando fui nomeado chefe deste presídio, pensei que essa seria a minha missão mais difícil, simplesmente porque ele não sabia que existiam condições para fazer um bom trabalho. Mas, como funcionário público, ele teve que cumprir essa missão. Quando cheguei lá, literalmente encontrei uma prisão. Das 2 horas do dia, os presos passam 18 horas, como eles chamam, na ‘fechadura’, ou seja, passam mais tempo dentro das celas do que fora. Não há condições de trabalho, o que existe não pode ser chamado de reposição no mercado de trabalho, pois as atividades laborais exercidas são tão insignificantes que não podem ser chamadas de trabalho. Das 24 horas do dia, os presos passam 18 horas como eles mesmo denominam na ‘tranca’, ou seja, ficavam mais tempo, dentro das celas, do que fora delas. Não há condições de trabalho, o que existe lá não se pode chamar de recolocação no mercado de trabalho, pois as atividades de trabalho desenvolvidas são tão insignificantes que não se pode chamar de trabalho. Os serviços de apoio aos presidiários e suas famílias são limitados, por total falta de planejamento, ao registro de dados pessoais que servem como estatísticas úteis”.

O depoimento citado por Abrahão (2014) é revelador. O Estado não está presente como instituição, assumindo a única função de estabelecer regras e medidas que visem oferecer condições como administrador da cadeia de abastecimento, mas não como instituição responsável por corrigir as atitudes de quem cometeu erros. Esse processo de condução gera tensões relacionadas à ociosidade do detido, o que afeta diretamente sua relação com sua família, uma vez que o detido não possui as condições necessárias para sustentar sua família. Se o estado se tornasse agente de recuperação de detidos, essa história poderia ser diferente, pois na medida em que o estado

passa a ser um instrumento de ação complementar para o detido, esse instrumento pode afetar a empresa e os detidos em ação coletiva. e integrativa que produz um resultado eficiente de reinserção social. Assim nasceu o trabalho nas prisões, está fundamentada na Lei nº. 7.120/1984 – Lei de Execução Penal, que prevê no caput do artigo 126 que:

O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá amortizar sua pena, pelo trabalho. A regra para básica para a remissão da pena pelo trabalho é realizada à razão de um dia de pena por três de trabalho, conforme determina o § 1º do artigo 126 da referida Lei.

A Lei de Execução Penal (nº. 7.120/1984) garante no seu artigo 33. que a jornada de trabalho deve corresponder aos parâmetros da legislação laboral nacional, para a qual se estabelece que a jornada de trabalho não deve ultrapassar as 8 horas diárias. Esta lei também garante aos reclusos que não podem cumprir pena reduzida e podem continuar a receber pena reduzida se a impossibilidade se dever a acidente de trabalho (§ 2º do artigo 126 da LEP).

A legalidade do trabalho nas prisões no Brasil está consagrada em lei que já estabelece no artigo 1º: integração social harmoniosa do condenado e do hospital” (LEAL, 2014).

Diante do exposto é importante salientar que existem sim políticas públicas, no intuito de inserir os reclusos a alguma forma de trabalho, sendo beneficiados com a remissão de pena de acordo com a legislação, bem como em alguns casos pagamento da remuneração aos presos, como é o caso do projeto paranaense Mãos Amigas.

O referido projeto consiste na utilização de mão de obra prisional para a execução de serviços de manutenção, conservação e reparos de unidades escolares e de imóveis do patrimônio público, conferindo a 280 pessoas privadas de liberdade a oportunidade ativa junto a sociedade, conforme redação da 1ª coletânea de Boas Práticas Trabalho e Renda do Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil.

O estado do Paraná também possui uma outra forma de incentivo o pagamento de pecúlio por meio de poupança prisional, em parceria com o Banco do Brasil, desde o ano de 2007, sistematiza o pagamento do pecúlio para as pessoas privadas de liberdade, por meio de cadernetas de poupanças, abertas sob titularidade do Fundo Penitenciário do Paraná-FUPEN e vinculadas ao prontuário prisional de cada preso, posteriormente a remuneração mensal é depositada na caderneta.

Bem como os demais estado da união como exemplo Santa Catarina com o chamado Fundo Rotativo, Fábrica de Blocos no Maranhão, projeto Empreendedorismo feminino no Rio Grande do Sul dentre outros projetos.

5 CONCLUSÃO

Embora apareça bastante recorrente nos discursos de políticos, juristas e estudiosos da questão penitenciária no Brasil, a reinserção social do preso ainda é um projeto distante na maioria das prisões brasileiras, sendo os mecanismos existentes para sua viabilização bastante frágeis ou mesmo inexistente. Assim, a sua função pedagógica, como meio de reabilitar o perpetrador, revela-se uma realidade cada vez mais difícil de concretizar num curto espaço de tempo.

Se este desespero não bastasse, devido ao descumprimento do Estado os direitos humanos dos reclusos, a ausência de políticas públicas eficientes de acolhimento, a orientação e encaminhamento para o mercado de trabalho legal, dificultam/evitam o mesmo, retirando a própria vida de situações que perpetuam o seu processo de criminalização.

Portanto, é imprescindível reconhecer que a reinserção social do recluso só é possível se ocorrer antes de assumir a condição de condenado, lhe sejam oferecidas condições dignas de vida e de trabalho, para que através do reconhecimento da sua dignidade e individualidade, apesar da restrição da liberdade de sofre com a pena imposta, não vê motivo para se desviar e entrar na zona do crime. Uma vez que você entrou nessa realidade e depois entrou no sistema prisional, você não pode esperar que o agressor se recupere voluntariamente, e quando ele estiver libertado da prisão, ele não cometerá mais um crime em, em parte por causa da sociedade que o excluiu anteriormente, o fará novamente, só agora com mais vigor devido ao estigma adquirido quando internado.

Assim, muitas vezes, por medo da realidade que terão que enfrentar, sob a ameaça de uma nova exclusão, muitos egressos pensam em retornar ao estabelecimento "fechado" ou mesmo preservando os vínculos e valores estabelecidos no presídio. meio ambiente, dificultando, esse processo de recuperação dos frágeis laços familiares e comunitários que haviam sido comprometidos durante a execução da pena de prisão. É por isso que a assistência aos graduados é tão essencial.

É necessário precisar que, enquanto a prisão continuar a ser um fator criminoso, a barreira que separa o preso de sua reintegração à vida social imaculada continuará a ser intransponível. Para isso é necessário superar os fatores materiais, psicológicos e sociais que levam a essa realidade e o presidiário precisa de assistência médica, melhores instalações físicas e atividades laborais e recreativas, além de estar mais bem distribuído, bem como apoio psicológico e assistência depois de sair da prisão. Ao implementar essas medidas, a fim de reduzir os efeitos crimino gênicos da privação de liberdade, a reintegração pode indicar um caminho real.

Denota-se, que a maior parcela da responsabilidade do estado no qual acaba fracassando na reinserção social do preso deve ser creditada ao em duas linhas: uma em razão da omissão de programas realmente eficazes e sérios que visem diminuir as desigualdades sociais e promovam uma melhor distribuição de riquezas e oportunidades, assegurando, como já mencionado, uma existência digna à parcela da comunidade mais carente. Já a outra no sentido de não implementar programas, direcionados à reinserção social do preso, que devem começar durante a execução da pena, com a melhora da qualidade do ambiente prisional, em todos os seus aspectos, além de desmistificar o universo penitenciário, abrindo as portas para a sociedade conhece-lo.

Além disso, cumprida a pena, auxiliando o graduado, facilitando seu acolhimento no mercado de trabalho e na comunidade, respeitando e sendo respeitado como pessoa, medidas que certamente dificultariam sua reincidência e o conseqüente retorno a "Total instituição".

Portanto, espera-se que os dirigentes públicos compreendam a importância e real necessidade da adoção dessas medidas que, se implementadas, embora não apresentem resultados específicos em curto espaço de tempo, terão impacto direto na redução da violência e crimes, a médio e longo prazo.

Esta corresponsabilidade não se pode limitar à retórica, mas sobretudo deve assumir uma ação prática e ter a clara intenção de dar uma oportunidade a quem comete comportamentos desviantes, mas que pode retomar a vida enquanto aí estiver, confia e acredite. Nisso reside o grande desafio de implementar uma política pública séria e eficiente voltada para a reinserção social específica de presos, tendo em vista que a preocupação do governo deve antecipar a perpetração do crime e buscar identificar oportunidades para os mais desfavorecidos que eles são dignos de um meio de vida. Porém, se houver oportunidade de entrada no mundo do crime, a vigilância estatal deve ser realizada desde o início da execução da pena, uma política de proteção para o momento de saída do sistema penitenciário estende o presídio para protegê-lo de maior assédio criminal, por meio de Medidas que garantem a atividade lícita e indigna. Esperamos sinceramente que este marco seja alcançado o mais rápido possível.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, G. Sistema carcerário e sua metamorfose humana: antropologia das Sociedades Complexas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2014. In: SILVA, Rubens Alves da. O trabalho como forma de ressocialização do apenado. Direito Penal, revista 204 publicada em 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao-do-apanado/>>. Acesso em 28 de out de 2021.

ANDRADE, Bruno Araújo de. TEIXEIRA, Maria Cristina. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – UMA ANÁLISE DA ADPF 347. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 13, n. 13, 2016. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/6767/5245>>. Acesso em: 25 set 2021.

BEGUIN, K. Como recuperar presos. Artigo. 2011. Disponível em <http://www.pastoralcarceraria.gov.br>>. Acesso em 28 de out de 2021.

- BITENCOURT, Cezar R. TRATADO DE DIREITO PENAL 1 - PARTE GERAL. Disponível em: Minha Biblioteca, (27th edição). Editora Saraiva, 2021. <
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655590333/epubcfi/6/30%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dmio1o12.xhtml%5D!4/2%5Btable006%5D/2/2>>. Acesso em 22 de set de 2022.
- CAMARGO, M. D. Prisão aberta – À volta à sociedade. São Paulo: Cortez., 2012. In: SILVA, Rubens Alves da. O trabalho como forma de ressocialização do apenado. Direito Penal, revista 204 publicada em 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao-do-apanado/>>. Acesso em 28 de out de 2021.
- CARVALHO, Ana Carolina Oliveira. A reincidência criminal em decorrência da precariedade do Sistema Carcerário brasileiro. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51034/a-reincidencia-criminal-em-decorrenca-da-precariedade-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em 20 out 2021.
- COLETÂNEA, Boas Práticas Trabalho e Renda do Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil. <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias_old/depen-divulga-coletanea-com-relatos-de-boas-praticas-do-trabalho-prisional/1a_Coletanea__Boas_Praticas__Versao_Final.pdf> Acesso em 22 de set de 2022.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. Salvador, BA: Editora JusPODIVM, 2015.
- EVANGELISTA, S. O sistema prisional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013. In: SILVA, Rubens Alves da. O trabalho como forma de ressocialização do apenado. Direito Penal, revista 204 publicada em 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao-do-apanado/>>. Acesso em 28 de out de 2021.
- GRECO, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. 4.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- LEAL, J. J. O princípio constitucional do valor social trabalho e a obrigatoriedade do trabalho prisional. Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, v. 9, n. 1, p.57-76, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/357/300>>. Acesso em 28 out 2021.
- PRADO, Luiz R. Tratado de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - Vol. 1. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Grupo GEN, 2021. <
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640447/epubcfi/6/70%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml34%5D!4/54/1:104%5B%20um%2C%20pr%5D>>. Acesso em 22 set 2022.
- MARTINS, Mateus de Oliveira. A Falência das Penas de Prisão No Brasil. Curso de Direito, Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1379/1/Mateus%20de%20oliveira%20Martins.PDF>>. Acesso em 28 out 2021.
- MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos; Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95; Lei dos Juizados especiais Criminais. 8ª. ed. rev. e atual: ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002.
- NOGUEIRA JÚNIOR, Gabriel Ribeiro; MARQUES, Verônica Teixeira. Reinserção Social: Para Pensar Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d45959550312221e>>. Acesso em 28 out 2021.
- NUCCI, Guilherme Souza. (2021). Curso de Execução Penal (5th ed.). Grupo GEN. <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559642670>>. Acesso em 22 de set de 2022.
- NUCCI, Guilherme Souza. Curso de Direito Penal - Vol. 1 - Parte Geral. Forense, 11/2016. In: CARVALHO, Ana Carolina Oliveira. A reincidência criminal em decorrência da precariedade do Sistema Carcerário brasileiro. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51034/a-reincidencia-criminal-em-decorrenca-da-precariedade-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em 20 out 2021.
- PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Manual esquemático de criminologia. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012
Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 28 out 2021.
- SANTOS, Jhonathan Marques. Os reflexos da teoria do labelling approach (etiquetamento social) na ressocialização de presos. Advogado. Bacharel em Direito Pelo Centro Universitário de Goiatuba UNICERRADO. Pós

Graduando em CRIMINOLOGIA pelo Instituto Faveni de Ensino - ES e Pós Graduando em Ciências Criminais pela Rede Juris - GO. Membro da Comissão de Direito Criminal da OAB/GO. 2020. Disponível em: <<https://esa.oabgo.org.br/esa/arquivos/downloads/artigo-labelling-aproach-2-012529.pdf>>. Acesso em: 15 out 2021.

SHECARIA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: RT, 2004.

SILVA, Rubens Alves da. O trabalho como forma de ressocialização do apenado. Direito Penal, revista 204 publicada em 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao-do-apanado/>>. Acesso em 28 de out de 2021.

SIVIERO, F. Historia do direito do trabalho no mundo e no Brasil. Artigo. 2012. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/direito-do-trabalho/317-hist-dir-trab>>. Acesso em 28 out 2021.

SOUZA, Rodolfo Victor Luiz de. Aspectos gerais da ressocialização no Brasil. Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA - Assis, 2015. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1111400437.pdf>>. Acesso em: 15 out 2021.

VASCONCELLOS, M. A Lei de Execução Penal e a questão da assistência ao egresso. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 12, 28 de fev de 2003 [Internet]. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 28 out 2021.

VIEIRA, Luana Ramos. Teoria do etiquetamento. CRIMLAB, 2021. Disponível em: <<https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/teoria-do-etiquetamento/61>>. Acesso em: 15 out 2021.

ZAMPIERI, Alexandre Ramiro; PUHL, Eduardo. Influência da teoria do etiquetamento social na análise dos delitos. Acad. Dir. (ISSNe: Em processo de criação) v. 3, p. 237-264, 2021. Disponível em: <<http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3217/1559>>. Acesso em: 25 set 2021.

2 A EUTANÁSIA PERANTE A LEGISLAÇÃO E A SOCIEDADE BRASILEIRA

Maria Eduarda Nicoletti Sestário
Andressa Paula De Andrade

RESUMO: Inicialmente, o presente trabalho abordará os direitos e os princípios tutelados pela Constituição Federal de 1988, sendo eles o direito à vida, o direito à liberdade de pensamento e escolha, o direito à dignidade do ser humano e o princípio da autonomia de vontade, bem como, realizando brevemente uma análise dos conflitos principiológicos. Em seguida, tratar-se-á do assunto em questão, a eutanásia, definindo o seu conceito e a sua origem, a sua visão pelo ordenamento jurídico brasileiro e os posicionamentos a respeito das penalidades relacionadas. Por fim, se discutirá em relação a eutanásia, qual direito deve prevalecer quando a pessoa optar pela eutanásia, se prevalecerá o direito à vida ou o direito à morte digna, para que assim, seja demonstrado a autonomia privada e a liberdade de escolha, independente dos posicionamentos morais e legais, considerando a premissa de que o direito de escolha também é um direito fundamental tutelado pela Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Eutanásia. Direitos. Vida. Morte digna.

ABSTRACT: Initially, the present work will approach the rights and principles protected by the Federal Constitution, being them the right to life, the right to freedom of thought and choice, the right to human dignity and the principle of autonomy of will, as well as, briefly carrying out an analysis of the conflicts of principles. Then, it will deal with the subject in question, euthanasia, defining its concept and origin, its vision by the Brazilian legal system and the positions regarding the related penalties. Finally, it will be discussed in relation to euthanasia, which right should prevail when the person opts for euthanasia, whether the right to life or the right to a dignified death will prevail, so that private autonomy and freedom of choice, regardless of moral and legal positions, considering the premise that the right to choose is also a fundamental right protected by the Federal Constitution.

KEYWORDS: Euthanasia. Rights. Life. Dignified Death.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar a polêmica sobre a eutanásia, pois, embora o mundo tenha avançado e se modernizado em certos aspectos, quando o assunto é a eutanásia, quem não faz parte do círculo atingido, sempre terá um posicionamento divergente dos demais.

Nesse sentido, inicia-se demonstrando os direitos e princípios tutelados pela Constituição Federal de 1988, conceituando brevemente o direito à vida, associando-se com o direito à liberdade de pensamento e de escolha, bem como com o direito à dignidade do ser humano.

Em seguida, será abordado a definição do princípio da autonomia de vontade, que nada mais é do que a liberdade que o ser humano possui, atrelado com o direito que lhe foi concedido pela Constituição Federal de 1988, de poder escolher, impor a sua vontade, como ocorre no caso em que o paciente enfermo não aguenta mais o sofrimento que está vivenciando, considerando que seu estado não melhorará, e que a sua morte será lenta.

Assim, nesse momento, eis a questão, continuar vivendo sem qualidade de vida afundando-se em sofrimento, ou cessar a dor e antecipar o que já está destinado? Nesse instante, os conflitos principiológicos veem à tona, fazendo com que ocorra conflito de direitos, momento em que a balança se desequilibra, e um lado não sairá satisfeito, mas, independentemente dos direitos e princípios que estejam envolvidos, quando se tratar da eutanásia, somente um irá prevalecer.

Por sua vez, abordará o conceito e definição da eutanásia, demonstrando a sociedade não somente sua definição, mas também, como é vista sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, suas possíveis consequências em sua adesão ou em seu desrespeito.

Por fim, uma breve discussão sobre quais direitos deverão prevalecer, sendo estes, o direito à vida e o direito à liberdade de escolha. Os dois direitos estão entrelaçados com o direito de escolha e com a autonomia privada, assim, em que pese todos os posicionamentos favoráveis e contras, no momento a ser decidido sobre a realização da eutanásia, o direito que deverá prevalecer será o de ter uma morte digna, conforme argumentos que será demonstrado.

Utilizou-se como metodologia para elaboração do presente trabalho, pesquisas bibliográficas e artigos científicos.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. DIREITOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os direitos e princípios constitucionais são considerados os que guardam os valores fundamentais do ser humano no ordenamento jurídico brasileiro. Em suma, os princípios constitucionais são vistos como fontes de valores que são norteadores de todo sistema jurídico brasileiro, utilizado como limite de atuação jurídica, limitando a vontade subjetiva do legislador.

2.2. DIREITO À VIDA

A Legislação Brasileira assegura o direito à vida a todos, conforme é consagrado dentro do nosso ordenamento jurídico, sendo considerado o alicerce fundamental de qualquer prerrogativa jurídica da pessoa, razão pela qual o Estado protege a vida humana, desde a sua fertilização no útero até a sua morte.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercícios de todos os demais direitos (MORAES, 2007, p.30).

Em relação aos direitos fundamentais, José Afonso da Silva (1999, p.182) entende que:

No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Por essa razão, verifica-se que os valores são inerentes à condição humana, conforme posicionamento de Dalmo de Abreu Dallari (1998, p.289):

Entre os valores inerentes à condição humana está a vida. Embora a sua origem permaneça um mistério, tendo-se conseguido, no máximo, associar elementos que a produzem ou saber em que condições ela se produz, o que se tem como certo é que sem ela a pessoa humana não existe como tal, razão pela qual é de fundamental importância para a humanidade o respeito à origem à conservação e à extinção da vida.

O direito à vida é essencial ao ser humano, condicionando os demais direitos da personalidade, pois significa integridade existencial e constitui objeto de direito de personalidade (DINIZ, 2001, p. 22-23).

O direito a se manter vivo é, certamente, um dos direitos mais fundamentais que possuímos. Discorda-se, portanto, da intocabilidade que se sobrepõe sobre ela, pois se há o direito à vida, também há o direito de escolha. Viver bem nem sempre é viver muito, mas sim, com qualidade de vida (OLIVEIRA, 2006, p.1).

A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes. Estamos no limiar de um grande desafio do século XXI, qual seja, manter o respeito à dignidade humana (DINIZ, 2001, p.22).

2.3. DIREITO A LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE ESCOLHA

Dizer em liberdades no plural, na verdade, não passa das várias expressões externas da liberdade. Há inúmeras formas, dar-se-á foco a três grupos correlacionados. (SILVA, 2012, p. 237).

É formidável que o Estado garanta a liberdade das pessoas de demonstrarem o seu pensamento. Foi proibido o anonimato para que a pessoa se responsabilize caso haja danos materiais, morais ou à imagem. O limite na manifestação do pensamento se encontra no respeito à imagem e à moral das outras pessoas. (AGOSTIN, 2011, p. 22).

Prevista no inciso IX, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão, consiste em propagar a ideia pelo exercício de atividade intelectual, científica, artística ou de comunicação é competente do Estado Democrático de Direito, não se sujeitando a qualquer tipo de censura ou licença prévia. (BULOS, 2012).

Em suma, liberdade é o direito de agir de acordo com a própria vontade, seu livre arbítrio, podendo fazer escolhas, desde que essas escolhas não prejudiquem alguém, é a impressão de estar livre e não se sujeitar a ninguém; a liberdade termina onde começa a de outrem. No entanto, todo ser humano capaz deve ter a liberdade de decidir se vive, ou se prefere ir a óbito através do método da eutanásia. (SILVA, 2012).

2.4. DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, dispõe sobre a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Em virtude disso, percebe-se que esse direito é a força que dá impulso aos demais direitos, tornando-se um verdadeiro parâmetro para que se possa interpretar o sistema constitucional pátrio (PIOVESAN, 2003).

O princípio da dignidade da pessoa humana forma o discernimento de todos os direitos fundamentais, pelo qual todos os direitos do homem se atribuem. A pessoa humana é avaliada como indivíduo em sua particularidade e, desse ponto de vista, tem-se o princípio de que esta deve ser "livre". Por sua vez, como ser social, permanecendo com os outros indivíduos numa analogia igualitária, o ser humano passa a obter a carga arbitrária, além disso, há barreiras obstruindo seu desejo, provenientes da organização política da sociedade. (SÁ, 1999).

O Estado deve ser a favor da dignidade humana e não o oposto, esse princípio fundamental na sociedade estabelece total repulsa a todo tipo de tratamento degradante, tais como a tortura, maus tratos etc. (SÁ, 1999).

Barroso (2000, p. 296) entende que:

Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana é tratada como uma qualidade intrínseca de todo ser humano, essa característica é o que define como tal. Dessa forma, para que seja atribuído tal direito, não é necessário qualquer outro critério se não o de ser humano, bastando, pois, o respeito pelo Estado e por seus semelhantes (SARLET, 2011).

Sabendo da importância do princípio a dignidade humana, pode-se dizer que esse serve como uma linha de defesa, protegendo os direitos mais essenciais do ser humano. Desse modo, o princípio age como um limite às demais normas vigentes em nosso sistema jurídico, garantindo a pessoa condições mínimas para uma existência digna em sociedade (SILVA, 2005).

Em nossa Constituição, a pessoa humana é posta em uma posição de destaque. Dessa maneira, a pessoa assume um papel central no ordenamento jurídico, ou seja, ela é a essência do direito. Portanto, foram atendidos os anseios da sociedade em proteger a dignidade do homem (SARLET, 2011).

Logo, verifica-se que o direito à dignidade da pessoa humana é previsto a todos, sem distinção, devendo ser respeitado pelo Estado e pela sociedade conforme a forma que vier a ser aplicado, de modo que não seja prejudicado sua subsistência para agradecer ou prevalecer sob outrem.

2.5. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE

O princípio da autonomia da vontade é considerado direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal, sendo considerado ilícito o seu desrespeito. Assim, toda pessoa tem o direito de expressar o seu pensamento. Contudo ser respeitada a sua vontade, desde que o faça nos limites da lei, vez que o ordenamento lhe assegura o direito de exprimir suas crenças, valores, desejos e vontades insertos no âmbito da licitude do nosso Direito (LIMA, 2012).

Maria Helena Diniz, em seu Curso de Direito Civil Brasileiro (2011, p.40) conceitua autonomia da vontade como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”

Francisco Amaral, em sua Introdução ao Direito Civil (2008) destaca o aspecto mercadológico da autonomia da vontade, enxergada enquanto “um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado, da circulação dos bens por meio de troca e de que o instrumento jurídico próprio é negócio jurídico.”

Considerando o posicionamento de Kant, citado por ALMEIDA (1997, p.175- 202), de primeiro momento, questiona-se: o princípio da autonomia da vontade, em relação à decisão sobre querer ou não continuar vivo, considerando as hipóteses que fazem com que as pessoas optem pela eutanásia, diante do sofrimento e ausência de condições melhores de vida, permite que o paciente decida e estabeleça sua vontade?

Partindo desta premissa, conclui-se que, na maioria dos casos a vontade do paciente não é considerada, diante de vários argumentos e fatores de profissionais da saúde e da sociedade, ou até mesmo pelos obstáculos encontrados pela família no momento do luto, que mesmo cientes da vontade do seu ente querido, acabam atrapalhando a concretização da vontade escolhida.

2.6. COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, destaca-se que, embora os direitos fundamentais inerentes do ser humano são invioláveis e indisponíveis, na prática, há situações no dia a dia que façam com que esses direitos conflitem entre si, para regulamentar determinado fato, fazendo com que somente um prevaleça.

Assim, o objetivo será o de buscar a melhor solução para equilibrar a situação de colisão de direitos, embora não seja tão fácil quanto aparente ser.

Os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos) compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas e, por último, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais (MORAES, 2016).

Alexandre de Moraes (2016) explica que os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos e inflexíveis. Ainda que, havendo conflito entre eles, os direitos deverão ser interpretados da melhor forma:

“Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma

redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua” (MORAES, 2016, p. 93).

Pontua Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p.229) que, se a sociedade acompanhasse as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a aplicação de direitos fundamentais (o que inclui os chamados “casos de colisões” entre direitos fundamentais), assim como a leitura que vem estabelecendo entre a relação dos interesses públicos com os privados, veríamos que é cada vez mais crescente a utilização de um instrumental importado do direito constitucional alemão, que muitos denominam de ponderação de bens e interesses, com base na aplicação do “princípio da proporcionalidade”.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (2002) aduz que, o princípio supracitado indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer o prejuízo mais grave caso venha a abdicar ao exercício do outro, e, por essa razão, merece prevalecer, excluindo a realização deste (colisão excludente).

De acordo com Canotilho (2012), há a prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro, sendo legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro, isto é, um direito prefere outro em virtude das circunstâncias do caso.

2.7. A EUTANÁSIA

A eutanásia é considerada uma forma de tratamento de pacientes que estão acometidos por doenças incuráveis, e sua utilização é vista como uma forma de amenizar o sofrimento, tanto do paciente quanto da família, considerando que de-pendendo do estado em que se encontra o paciente, da morte este não fugirá, mas antecipará, cessando o sofrimento deste.

O termo eutanásia foi criado no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon. Deriva do grego do grego eu (boa), thanatos (morte), podendo ser traduzida como boa morte, morte apropriada ou morte benéfica, fácil, crime caritativo, ou simplesmente, direito de matar (SÁ, 2012, p.87).

Na atualidade, a nomenclatura eutanásia vem sendo utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas. É a morte de pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico com o consentimento daquela (SÁ, 2012, p.88).

Segundo o doutrinador Santoro (2010), há basicamente duas formas de prática da eutanásia, a ativa e a passiva, sendo definidas como:

A ativa ocorre quando o autor der início ao evento morte por uma ação e será passiva se a morte ocorrer por uma omissão, em princípio, na supressão ou interrupção dos cuidados médicos, que são indispensáveis para a continuidade da vida. Na eutanásia ativa direta, busca-se o encurtamento da vida do enfermo por intermédio de práticas positivas, ajudando-o a falecer. Já na eutanásia ativa indireta, não se procura a morte do doente, senão amenizar a dor ou o sofrimento, com medicamentos ou cuidados médicos que, contudo, apresentam como efeito secundário certo ou necessário a redução do tempo de vida, causando o evento morte.

2.8. A EUTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para o ordenamento jurídico brasileiro a vida é vista como um bem indisponível, cabendo ao Estado tutelá-la e protegê-la, por outro lado, o instituto da eutanásia ao defender o direito à morte digna contrapondo-se as teorias religiosas e jurídicas, expõe o ser humano como detentor do direito de poder decidir sobre a própria vida, tendo como base o princípio da autonomia da vontade (ALMEIDA, 2019, p.1).

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, elucida o ser humano como o centro do ordenamento jurídico, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana sua base, nesse sentido, verifica-se, que a razão da existência do Estado é o ser humano, logo, é dever do Estado proporcionar e garantir que cada

pessoa tenha uma existência digna, “mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada”. (SARLET, 2002, p. 60).

Assim, considerando a premissa de que todos na sociedade merece ter seus direitos respeitados, independente do estado que se encontrar sua consciência, tem-se que nesses casos, o que prevalece, é o princípio da autonomia da vontade:

O princípio da autonomia da vontade é utilizado em defesa da legalização da eutanásia e se baseia na liberdade que cada indivíduo possui para livremente tomar suas próprias decisões. Dentro do campo da eutanásia é defendido que cada pessoa deve ter o direito de decidir diante de situações de doenças incuráveis sobre continuar ou não a conviver com dores e sofrimentos que não serão cessados, nesse sentido se discute que o Estado já não podendo garantir uma vida digna não pode exigir sua continuidade. A eutanásia amparada pelo princípio da autonomia da vontade defende, o respeito ao exercício da liberdade individual do próprio indivíduo (ALMEIDA, 2019, p.1).

Nesse sentido, verificamos que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro, (PIOVESAN, 2000, p. 54).

Dentre a análise dos princípios mencionados, destaca-se que:

A ideia da antecipação da morte através da eutanásia desperta conflitos e posicionamentos que a muito se discute, é a relação entre a dignidade da pessoa humana, a autonomia individual e os reflexos no ordenamento jurídico provenientes de sua legalização. Entretanto baseado na própria Constituição Federal, a dignidade humana é um dos pilares de base para o estado democrático de direito, contudo a dignidade a qual buscamos deve ser analisada conforme a realidade existente (ALMEIDA, 2019, p.1)

A eutanásia, no Brasil, conforme tipificado no artigo 121 e 122 do Código Penal Brasileiro, é considerado como crime de homicídio privilegiado.

Partindo desta perspectiva, há constitucionalistas que defendem o direito à vida como um pré-requisito aos demais direitos, conforme pontua Tavares (2012):

Distingue-se, aqui, entre o chamado homicídio por piedade (“morte doce”) e o direito à morte digna. No Brasil, não se tolera a chamada “liberdade e à própria te”. Não se pode impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se, mas a morte não é, por isso, um direito subjetivo do indivíduo, a ponto de poder exigi-la do Poder Público. Assim, de um lado, não se pode validamente exigir, do Estado ou de terceiros, a provocação da morte para atenuar sofrimentos. De outra parte, igualmente não se admite a cessação do prolongamento artificial (por aparelhos) da vida de alguém, que dele dependa. Em uma palavra, a eutanásia é considerada homicídio. Há, aqui, uma prevalência do direito à vida, em detrimento da dignidade (TAVARES, 2012, p. 578-579)

Contudo, a questão está longe ser resolvida. Perante o direito à morte digna, por exemplo, nos casos de estado vegetativo irreversível, é possível encontrar suporte aos princípios da dignidade humana e da autonomia da vontade, os quais estão presentes na Constituição Federal de 1988, o que, deste modo, resultaria no direito a uma morte digna (GUIZZO, 2017, p.42).

À vista disso, Matias (2004, p.43) aduz que [...] morrer com dignidade é morrer da maneira e no momento que se considera mais adequado para si, preservando sua personalidade e dando uma correta e coerente continuidade, ou melhor, um coerente término para sua vida, de acordo com o modo como sempre foi conduzida.

De acordo com tal posicionamento, o Código Penal prevê que:

Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena.
§ 1º Se 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

Assim, a prática de eutanásia é vista como criminosa, a partir do momento que consumasse o crime, “matar alguém”. Por outro lado, sendo está uma conduta comissiva, poderá haver também em relação a eutanásia a conduta comissiva, tipificada no art. 13, §2º do Código Penal:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Dessa maneira, Rogério Greco (2013, p.153) aduz que, tenha a pessoa a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou, com o seu comportamento anterior, tenha criado o risco de ocorrência do resultado.

O dever dos médicos é garantir a proteção a bens jurídicos, tais como a vida, a saúde, entre outros. Assim, o médico detém a responsabilidade de impedir o resultado, e, na hipótese de não conseguir impedi-lo, responderá na proporção de sua culpa (GUIZZO, 2017, p.45).

O emprego de medicamentos essenciais para amenizar a dor do paciente resulta na provocação da morte. No entanto, não se pode esperar do médico outra conduta, posto que, perante o princípio bioético da beneficência, é preciso trazer o bem-estar ao paciente. Seria cruel e infame consentir que alguém seja subordinado a intensa dor e sofrimento, quando se encontram meios que proporcionem um pouco de dignidade (SANTORO, 2010).

Conforme mencionado anteriormente, no Brasil, a eutanásia é vista como crime de homicídio, sendo assim, a pessoa que praticar tal conduta, é obrigada a indenizar “a vítima”.

Além de estarem previstas no Código Penal Brasileiro, dispõe os artigos 948 e 951 do Código Civil que:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho

Portanto, conclui-se que, conforme demonstrado, no Código Penal Brasileiro a prática de eutanásia, independente da interpretação do caso concreto, é visto como prática de homicídio, e pela ótica do Código Civil Brasileiro, quem praticou o crime, comprovado o dano sofrido, deverá indenizar (financeiramente) sua conduta à “vítima”.

2.8. DIREITO À VIDA OU A MORTE DIGNA?

Quando o assunto é eutanásia, a discussão sobre a prevalência de direitos e princípios é automática, considerando que muitas das vezes os posicionamentos não racionais vêm de pessoas que não fazem ideia da situação e sofrimento que a pessoa que está optando pela eutanásia se encontra.

Nesse sentido, será demonstrado os direitos previstos na Constituição Federal, bem como o direito que deverá prevalecer em certos casos.

2.9. DA LIBERDADE DE ESCOLHA E DA AUTONOMIA PRIVADA

A liberdade de escolha que o ser humano possui é a de poder ir e vir, poder fazer suas escolhas de acordo com seus pensamentos e vontades, poder escolher sua religião, seu gosto musical e seu estilo de vida.

Dessa forma, sabe-se que embora a pessoa possua suas liberdades, partindo da premissa de que, se não é proibido é permitido, Maria de Fátima de Sá e Diogo Luna Moreira (2012, p.99):

Eles falam que falar sobre liberdade representa imenso desafio, haja vista ser tema poroso, que admite, pois, várias e várias interpretações. Assim, o emprego do termo reflete alguma teoria específica sendo certo que a liberdade, incomensurável, exerce, sem sombra de dúvida, um exaltado fascínio em todos os contextos em que é tratada.

De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 5º, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

À liberdade, deve ser compreendida como sendo um valor subjetivo, deste modo não cabe ao Estado, o ordenamento e nem mesmo pessoas determinarem o sentido da liberdade, sob ofensa de se negar a possibilidade que cada indivíduo tem de exercer sua autonomia privada e conseguir sua realização pessoal (PROENÇA, 2013, p.31).

A declaração previa de vontade do paciente terminal é instrumento garantidor da morte digna, pois expressa a manifestação da vontade do indivíduo, informando à família, médicos e demais interessados os tratamentos e não tratamentos aos quais gostaria de ser submetido, se em estado de terminalidade (CABRAL; GREGÓRIO, 2012, p.1).

Nesse sentido, dispõe o artigo 13, caput, do Código Civil de 2002:

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

Em suma, liberdade é o direito de agir de acordo com a própria vontade, seu livre arbítrio, podendo fazer escolhas, desde que essas escolhas não prejudiquem alguém, é a impressão de estar livre e não se sujeitar a ninguém; a liberdade termina onde começa a de outrem. No entanto, todo ser humano capaz deve ter a liberdade de decidir se vive, ou se prefere ir a óbito através do método da eutanásia. (SILVA, 2012).

Já a autonomia da vontade, consiste no direito que as pessoas possuem em optar por fazer ou deixar de fazer algo, independente de pensamentos e posicionamentos contrários à sua escolha.

O direito acima mencionado é considerado direito fundamental, sendo este assegurado pela Constituição Federal, assim, a sua violação consistirá em ato ilícito.

Verifica-se que todos, sem distinção, possuem o direito de se expressar, desde que suas formas de expressão de pensamento estejam de acordo com as disposições previstas em lei, vez que, o ordenamento jurídico brasileiro assegura a todos os cidadãos o poder de exprimir seus pensamentos, sua crença, sua cultura e vontades.

Assim, embora o princípio da liberdade de escolha e autonomia de vontade estejam previstos e assegurados pela Constituição Federal, no ordenamento jurídico brasileiro o direito predominante é o direito à vida, no entanto, conforme todas as análises abordadas no presente trabalho, pode-se dizer que o direito que deveria prevalecer perante à sociedade é o direito de escolha, pois compete a cada um decidir o que é melhor para si, bem como para outrem, desde que em situação específicas, como é o caso da eutanásia.

2.10. A MORTE DIGNA

A terminalidade da vida é uma certeza para todos, a vida é finita, seu ciclo encerra na morte, mas a morte faz parte da vida. Diante deste dogma, da finitude da vida, questiona-se se a autodeterminação do indivíduo não tem valor preponderante em face a interpretação religiosa do direito à vida? (BITENCOURT, 2021).

A Constituição Federal de 1988 abarca a sacralidade da vida ou a santidade da vida? Qual o peso do princípio da dignidade humana diante do paradoxo do direito à morte digna? (BITENCOURT, 2021).

O direito a morrer com dignidade é um assunto visto com certa estranheza pela sociedade, considerando que cada um possui um pensamento, um posicionamento, tornando-se rara as vezes que as opiniões são compatíveis.

Assim, Etienne Monteiro (2000, p.464-465), aduz que:

O conceito clássico de dignidade foi substituído por outra noção, muito mais recente, sobre a qualidade de vida. A dignidade passa a ser uma noção muito difusa, eminentemente subjetiva e relativa. Subjetiva, porque cada um seria o único juiz de sua própria dignidade; e relativa, no sentido de que a qualidade de vida é um conceito de geometria variável, suscetível de adotar uma infinidade de graus e de medir-se pelo parâmetro de critérios diversos.

Por outro lado, George Salomão Leite (2018) aduz:

É precisamente pela razão da pessoa humana ser a única criação do universo capaz de construir sua personalidade e conduzi-la conscientemente à sua plenitude, que se diz ter ou ser portadora de dignidade. Daí que dignidade e pessoa humana são conceitos que não podem ser dissociados. A dignidade, portanto, é todo aquele complexo de notas ontologicamente relevantes que fazem com que o homem seja precisamente pessoa e não outra coisa. A dignidade é, pois, um complexo espiritual que caracteriza, primeiro e fundamentalmente, a pessoa, com algo que a ela pertence, que certamente a enriquece na vida social e política. Desta forma é possível conceber a dignidade como uma dimensão essencialmente religiosa, moral ou política e dinâmica do homem, é dizer como um complexo espiritual em que participam todas estas dimensões.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2006) a dignidade da pessoa humana foi fundamentada, na visão de Kant, na autonomia da vontade, onde o indivíduo não só determina a si mesmo como age conforme as leis impostas, sendo então a autonomia uma condição humana, encontrada somente em seres racionais.

Logo, entende-se que o valor da dignidade da pessoa humana se impõe de fato como princípio basilar, norteador e informador de todo o ordenamento jurídico, desta feita é considerado um parâmetro valorativo, que orienta a interpretação e a compreensão do sistema constitucional (BITENCOURT, 2021).

Qual seria a justificativa para desqualificar a dignidade humana como autonomia, fazendo do ser humano um instrumento em prol da manutenção da vida a qualquer preço e não um instrumento em si mesmo, digno de dignidade? (BITENCOURT, 2021).

Alguns autores, apoiados por boa parte da sociedade brasileira, que é majoritariamente religiosa, apontam a inviolabilidade do direito à vida, firmado sob o prisma do princípio da sacralidade da vida (BITENCOURT, 2021).

A discussão que envolve a prevalência de direitos relacionadas a eutanásia e a morte digna, está muito distante de acabar, pois independente dos posicionamentos, há de se considerar que todos estão sujeitos à morte, e dela ninguém irá escapar.

Dessa forma, ainda conforme ensina Maria Helena Diniz (2006, p. 409): “Não há como evitar a morte; ela sempre existiu e sempre existirá; a vulnerabilidade humana torna-a inevitável, por maior que seja o avanço da tecnologia médica”.

Nesse sentido, a morte digna está relacionada a autonomia da pessoa, a opção em continuar vegetando ou em ter uma morte digna, considerando o fato de que a enfermidade que a comete não acabará, pelo contrário, deixará sem qualidade de vida em cima de uma cama de hospital.

Dessa forma, dizer em morte digna é dizer em acabar com o sofrimento incurável, acabar com o sofrimento da família, decidir pelo rumo que sua história irá seguir, mesmo que sua decisão coloque fim em sua própria existência.

Desse modo, a eutanásia não pode ser confundida com o homicídio ou mesmo com o auxílio ao suicídio, pois a eutanásia tem um objetivo altruísta, apoiando-se nos princípios defendidos pelos direitos humanos, que podem ser utilizados para fundamentar a posição dos que defendem a morte digna como direito da pessoa humana (BIZATTO, 1990).

Conforme posicionamento da doutrinadora Tereza Rodrigues Vieira (2003, p.97): “O nosso ver, é mais acertada a corrente defensora do ser livre e autônomo, o qual pode renunciar a todo direito, inclusive ao direito à vida, desde que sua escolha seja realmente voluntária, resultante de uma informação completa e bem detalhada acerca da questão.”

Assim, pode-se dizer, que uma pessoa quando opta pela eutanásia, está ciente de que seu quadro clínico não evoluirá positivamente, e está mais ciente ainda da sua vontade de acabar com seu sofrimento, físico e psicológico, considerando que a melhora não existirá, e sim, se continuar vivendo não estará “vivendo” como antes, apenas existindo dentro de um cômodo e nada mais que isso.

Optar pela eutanásia não é algo simples, e não é escolhido em casos simples. A pessoa quando escolhe a eutanásia além de estar exercendo seus direitos tutelados pela Constituição Federal e demais legislações, está escolhendo uma morte digna, embora tenha plena ciência de que uma coisa não há de se escapar, que é da morte.

Então, porque não poder escolher cessar com o sofrimento por algo que todos possuem plena consciência de que a qualquer momento poderá ocorrer?

Falar sobre a eutanásia quando se está “do lado de fora” é fácil, pois é nesse momento que surgem os obstáculos e as indagações negativas, contudo, falar em eutanásia quando é alguém integrante de sua família, a conversa é diferente, pois somente quem está sofrendo e vivenciando a angústia de alguém que não viverá mais como antes entenderá e respeitará a escolha desta pessoa pela eutanásia.

3. CONCLUSÃO

O presente estudo tem como escopo demonstrar e questionar qual o direito que deverá prevalecer quando o paciente ou o familiar optar pela eutanásia. Tendo em vista que, embora sua definição e demais previsões não

estejam expressamente tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que, se tenha brechas e caminhos para haver questionamentos.

Diante de todo o exposto, verifica-se que embora o país tenha se atualizado em certos quesitos, este, é uma questão que merece atenção, atualização e definição, para que não haja conflito de direitos e princípios, para que fique claro que a opção pela eutanásia deve ter como base os direitos previstos na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, embora todos os direitos e deveres estejam previstos na Constituição Federal, nenhum se sobrepõe ao outro, pelo contrário, considerando determinados casos, mais precisamente em relação a eutanásia, não deveria se falar em conflitos de princípios, mas sim, em prevalência de direitos.

Ademais, de que vale ter o poder e o dever previsto em lei, sendo que no momento de ser utilizado o seu direito, este é decidido por outrem? Nesse momento, independente das justificativas, o direito à liberdade de pensamento e de escolha deve prevalecer.

Por outro lado, quando a pessoa escolhe um direito e deixa de lado todo o resto, a sociedade, impiedosa, vem e ataca com a punição. A punição, nestes casos, deveria ser vista como injusta, considerando o fato de que, quando a pessoa opta pela realização da eutanásia, esta, não está mais com qualidade de vida, está enferma, em quadro irreversível e incurável, assim, não há o que se falar em auxílio ao suicídio, afinal, a pessoa já está “morta”.

Portanto, a sociedade deveria encarar o assunto com mais compaixão, e menos indiferença, pois o posicionamento contrário vem sempre de pessoas que não estão no mesmo quadro de sofrimento em que se encontram o enfermo e a família.

A morte ela é imprevista, algumas acontecem com dor, outras rápidas ao ponto de não haver mínimo sofrimento, mas, há de se reconhecer que a morte já ocorreu para quem está vegetando sob a manutenção de aparelhos, com diagnóstico incurável e irreversível.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Januzia. A eutanásia à luz do ordenamento jurídico brasileiro. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73146/a-eutanasia-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 17 jul. 2022.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- AGOSTIN, Andréia. Direito Constitucional e Direito Previdenciário: Resumo para Concursos. São Paulo: Nova Apostila, 2011.
- BECHARA, A. E. L. S. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual. Revista Liberdades, Rio de Janeiro, n. 1, p. 16-29, maio-agosto 2009.
- BITENCOURT, Neto Valmy. Eutanásia: um direito a morte digna/ Valmy Bittencourt Neto, orientador, Reinaldo Pereira e Silva, 2021. 71p.
- BIZATTO, Jose Ildefonso. Eutanásia e a responsabilidade médica. Porto Alegre: Sagra, 1990.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Direito constitucional ao alcance de todos. 4a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago.2022.
- _____. Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 ago.2022.
- _____. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 03 ago.2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos. In: COSTA, Sergio Ibiana Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs). Iniciação a bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro Vol 1.: Teoria Geral do Direito Civil – 28ª Ed. Saraiva, 2011.

- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.
- FERRAJOLI, L. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995
- GUIZZO, Retieli. A eutanásia no ordenamento jurídicos brasileiro. Lajeado. 2017.
- JURÍDICO, Âmbito. A colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-colisao-entre-direitos-fundamentais-e-formas-de-solucionar-a-questao-juridicamente/>. Acesso em 14 jul.2022.
- LEITE, George Salomão. A morte e o direito: há um direito de morrer dos pacientes terminais? 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. 436 p.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. – 21. ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 30.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, e-book.
- MONTEIRO, Etienne. Rumo a uma legislação da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2000.
- OLIVEIRA, Lilian Carla de; JAPAULO, Maria Paula. Eutanásia e o direito à vida. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=19041>. Acesso em 13 jul 2022.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PRADO, L. R. Bem jurídico-penal e Constituição. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PROENÇA, Emerson Pedro. Eutanásia: Dignidade da pessoa humana. Minas Gerais. 2013.
- ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 9, maio 2002. Disponível em:<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-colisao-entre-direitos-fundamentais-e-formas-de-solucionar-a-questao-juridicamente/>>. Acesso em: 1 jul. 2022.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte. Del Rey, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. ,2 ED., Porto Alegre, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2015. p. 60.
- SILVA, D. C. A teoria dos direitos fundamentais e o bem jurídico penal: Análise da vinculação da teoria do bem jurídico penal à Constituição com fundamento na dogmática dos direitos fundamentais. Salvador. 2011.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, p. 92-94, 1988
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 12 ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 182.
- SILVA, José Afonda da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36a ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

3 A FALTA DE INFRAESTRUTURA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS FEMININOS

Camila Virissimo Rodrigues Da Silva Moreira
Maria Eduarda Parizotto Esperança

RESUMO: O presente artigo discorrerá sobre a falta de infraestrutura nos estabelecimentos prisionais femininos no Brasil, bem como expor situações ocasionadas devido ao fato e as superlotações nessas instituições. A metodologia utilizada durante a escrita do trabalho foi a revisão bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos, monografias e jurisprudências. Diante as buscas de pesquisas e leituras realizadas para a confecção deste texto foi observado o quanto as mulheres em situação de encarceramento estão expostas a situações que violam os direitos humanos devido a exposição a condições onde faltam com a dignidade da sobrevivência humana, muitas vezes ocasionadas por estes prédios serem construídos e mantidos sob a ótica masculina ou destinado a pessoas que tem como sexo biológico o masculino, além de, várias pesquisas apresentarem um perfil para a mulher detenta, ponto de discussão que abrange outras situações da sociedade como a desigualdade socioeconômica. As discussões apresentadas trazem vivências reais dessas mulheres, o que possibilita um olhar diferente em uma sociedade punitivista, os direitos destas são diariamente violados pelo estado que possui uma responsabilidade sobre as mesmas, além da "punição" acabar se estendo para outras pessoas que não cometeram delitos, como exemplo, os filhos das mulheres carcerárias. É necessário discutir essa falta de infraestrutura como um meio de luta contra a desumanização e violações contra a dignidade humana destinadas a um perfil específico de pessoas no país, ainda mais em um momento em que as instituições tornam-se ainda mais precarizadas devido ao aumento exponencial do número de mulheres encarceradas todos os anos.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres; Encarceradas; Infraestrutura.

ABSTRACT OU RESUMEN: This article will discuss the lack of infrastructure in female prisons in Brazil, as well as expose situations caused by the fact and the overcrowding in these institutions. The methodology used during the writing of the work was the bibliographic review, using books, articles, monographs and jurisprudence. In view of the research and readings carried out for the preparation of this text, it was observed how much women in a situation of incarceration are exposed to situations that violate human rights due to exposure to conditions where they lack the dignity of human survival, often caused by these buildings are built and maintained from the male perspective or intended for people whose biological sex is the male, in addition to several studies presenting a profile for the woman in prison, a point of discussion that covers other situations in society such as socioeconomic inequality. The discussions presented bring real experiences of these women, which allows a different look at a punitive society, their rights are daily violated by the state that has a responsibility for them, in addition to the "punishment" ends up being extended to other people who did not commit crimes, for example, the children of women in prison. It is necessary to discuss this lack of infrastructure as a means of fighting dehumanization and violations against human dignity aimed at a specific profile of people in the country, even more so at a time when institutions become even more precarious due to the exponential increase of the number of women incarcerated each year.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Women; Incarcerated; Infrastructure.

INTRODUÇÃO

A falta de infraestrutura é um problema constante nos estabelecimentos prisionais femininos do Brasil. O artigo busca dados estatísticos sobre a situação dessas instituições no país, averiguando esses números e de que forma, as mulheres em situação de encarceramento são recebidas nessas instituições.

O conteúdo exposto na pesquisa irá trazer reflexões acerca da desumanização dessas mulheres em sua totalidade quando vivenciam esse contexto. Como essas formas de desumanização acontecem?

Algumas dessas formas de desumanização envolvem a saúde das mulheres, essas situações, por vezes, estão direcionadas a fatores que relacionam-se com a condição de mulher ou com o sexo biológico feminino, como as afecções ginecológicas, irregularidades menstruais e suspeita de gravidez. Como são pensadas as estruturas

prisionais no país? Será que essas estruturas ao serem impostas como local de encarceramento prisional destinada a pessoas do sexo feminino pensam nas condições biológicas e especificidades necessárias para comportar condições adequadas para a sobrevivência e qualidade de vida?

Essas são algumas das questões explodidas ao longos dos tópicos expostos a seguir, os tópicos foram divididos da seguinte forma: História das prisões femininas no Brasil; Evolução legislativa para essa população: estrutura das penitenciárias e cadeias para mulheres segundo a Lei de Execução Penal; Crescimento da população feminina nos presídios brasileiros; Superlotação: Estatísticas dos estabelecimentos femininos; Perfil das mulheres presas no Brasil e; Principais consequências dos presídios femininos no Brasil.

Existe uma importância social e científica em debater a situação das mulheres encarceradas em nosso país, acrescentando na temática o fato de que há garantias de direitos para pessoas em situação de encarceramento mas que não se fazem cumprir na prática dentro do cotidiano dessas instituições. A ciência com a metodologia, dados estatísticos e bibliografia auxiliam na possibilidade da criação de um perfil para essas mulheres, raça, condição socioeconômica, idade, crime cometido o que possibilita tornar o assunto ainda mais amplo refletindo sobre questões sociais do nosso país, punitivismo e a possibilidade de criar mecanismos de prevenção ao invés de punição.

A metodologia adotada para a escrita e desenvolvimento da pesquisa é a revisão bibliográfica realizada através de buscas e pesquisas em livros, artigos, monografias e jurisprudências. Neste tipo de pesquisa é possível contar com todo um registro já disponível em pesquisas anteriores, como livros, artigos, teses etc.

1 HISTÓRIA DAS PRISÕES FEMININAS NO BRASIL

Até o ano de 1940, o encarceramento de mulheres em salas, celas, alas e seções separadas dos homens era uma prática comum mas não existia nenhuma diretriz legal que regulamentasse essa prática. E foi em 1940 que surgiram as primeiras medidas efetivas por parte do Estado, bem como, a primeira diretriz legal que se refere às mulheres encarceradas determinado pelo Código Penal e pelo Código de Processo Penal, no ano de 1940 e a Lei de Contravenções Penais, no ano de 1941, ficando determinado então "As mulheres cumprem pena de estabelecimento especial, ou, à falta, em seção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno" (ARTUR, 2009, p. 3).

Anteriormente aos anos 80, os crimes cometidos por mulheres em sua maioria das vezes estavam relacionados a questões de gênero, como por exemplo, aborto, infanticídio, prostituição e crimes passionais, após está época existe uma crescente acerca do encarceramento feminino pelo delito de tráfico de drogas (CHERNICHARO; BOITEUX, s.d, p. 4).

No Brasil, discussões acerca da temática começaram a surgir no final da década de 30, faziam parte desses debates penalogistas, médicos e diretores dos estabelecimentos prisionais. Neste momento começou a surgir a discussão sobre a necessidade da separação entre homens e mulheres dentro de um espaço de encarceramento (KARPOWICZ, 2016 p. 2).

As primeiras mulheres que tiveram suas prisões noticiadas no Brasil, foram as escravas. De início, homens e mulheres ficavam presos em conjuntos, sem nenhum tipo de segurança física ou psicológica, correndo risco de sofrerem com agressões físicas e sexuais. Somente em 1924, Lemos de Brito, precursor e idealizador de ideias referentes as condições das mulheres em encarceramento, apresentou os primeiros projetos (ZANINELLI, 2015, p. 46).

As instituições criadas destinadas as mulheres deviam abranger questões para além da separação, como separar as apenas pro tipo de crime, condição jurídica e idade, mas o assunto mais discutido em relação a criação desses espaços, era a promiscuidade em diversas formas (ARTUR, 2009, p. 5).

A divisão entre homens e mulheres em ambientes carcerários ocorreu apenas visando o bem estar dos homens, a presença das mulheres em um mesmo ambiente de carceragem perturbava apenas do sexo masculino, e a separação então ocorreu visando gerar tranquilidade aos homens e não um ambiente digno para as mulheres (ZANINELLI, 2015 apud HELPES, 2014, p. 48).

Para Ferreira e Pereira (2021), o foco dessas instituições era o de domesticar e vigiar a vida sexual dessas mulheres, com o intuito de torná-las “mulheres perfeitas” segundo a ótica patriarcal da sociedade na época, a sociedade também considerava a religião como um meio de transformação para reintegração na sociedade.

No passado, os locais destinados a prisão de mulheres costumavam ser administrados por entidades de ordem religiosa, mesmo em um Estado Laico, essas situações indicavam o resqúcio de um viés religioso e políticas equivocadas (ZANINELLI, 2015, p. 66).

Mesmo na América Latina quando comparado a outros países o Brasil demorou para construir instituições penais destinadas a mulheres, países como Argentina, Chile, Peru e Uruguai construíram antes esses estabelecimentos (CURCIO, FACEIRA, 2018, p. 124).

A instituição Congregação Bom Pastor d’ Anger, iniciou sua atuação no Brasil no ano de 1891, com a deliberação do estado, e promoveu a separação entre gêneros quando a lei ainda não fazia essa distinção (KARPOWICZ, 2016).

Segundo Karpowicz (2016, p.5) as instituições prisionais que eram administradas pela Congregação Bom Pastor d’ Anger ao longo dos séculos XIX e XX, utilizaram a promover a disciplina rígida implementando nas mulheres “docilidades”. A autora cita Foucault, que segundo ele, (2010, p.12) consideraria a busca constante pela vigilância e controle daqueles corpos, estas instituições mantinham uma rígida disciplina, com imposições de regulamentos, horários e tarefas definidas.

A religião era vista como uma forma de modelar as mulheres consideradas criminosas “em pessoas catequisadas, dóceis, com valores morais e desempenhando papéis socialmente aceitos para a condição feminina” p. 9. A intenção dessas instituições era ocasionar uma reforma moral nas mulheres ali encarceradas, baseando-se em concepções tradicionais de papel de gênero (CURCIO; FACEIRA, 2018, p. 137).

Estas instituições possuem arquivos capazes de contar a história das principais prisões femininas ao redor de todo o mundo, visto que grande parte, ou todas, passaram pela administração de freiras, porém, o acesso a estes materiais são restritos, esses arquivos encontram-se enclausurados com relatos da administração dos cárceres femininos no Brasil e no mundo, o que também inviabiliza a oportunidade da realização de pesquisas acerca do tema (KARPOWICZ, 2016, p. 12).

Os estudos demonstraram a falta de relatos sobre a temática em um certo período da história das prisões femininas, sem muitos dados estáticos ou discorrendo sobre o bem estar da mulher nessas antigas formas de instituições prisionais. A seguir o texto abordará sobre a evolução acerca dos direitos dessa população as legislações referente a execução penal.

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA PARA ESSA POPULAÇÃO: ESTRUTURA DAS PENITENCIÁRIAS E CADEIAS PARA MULHERES SEGUNDO A LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

Devido a situação de desumanização e falta de respeito a integridade e dignidade das mulheres privadas de liberdade, foram criadas políticas públicas para garantir acesso básico a rede de saúde, assegurando também outros direitos, visando amenizar as vivências dessas mulheres que iremos ver mais à frente, neste trabalho.

Um dos direitos da pessoa presa, instituído pela Lei de Execução Penal, é o direito em receber a visita do cônjuge, companheira, parentes e amigos, conhecido como visita íntima, seguindo dias determinados pela autoridade responsável, contando com o estabelecimento de regras especiais para visitação impostas pelo juiz da comarca. É necessário que os estabelecimentos possuam um ambiente destinado à realização de visitas (INFOPEN, 2018).

Segundo Soldatelli e Weding (2018, p. 4) alguns instrumentos criados pelo legislativo em forma de políticas públicas, buscando assegurar o direito das apenas foram: Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM) e Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE).

A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher - PNAISM foi elaborada em 2004, a partir de diagnóstico epidemiológico da situação da saúde da mulher no Brasil e do reconhecimento da importância de se contar com diretrizes que orientassem as políticas de Saúde da Mulher.

As ações de Políticas voltadas para as mulheres são orientadas pela Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas (PNAMPE), publicada por meio da Portaria Interministerial nº 210/2014.

O Brasil tem como obrigação fazer cumprir, também os tratados de direitos humanos e as Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiras Mulheres e Medidas Não Restritivas de Liberdade para Mulheres em Conflito com a Lei), a atuação do Brasil diante essas regras é devida a sua participação como membro da ONU (KLANOVICZ; BUGAI, 2019, p. 15). Segundo a Lei de Execução de Penal, L7210 de 11 de Julho de 1984:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Segundo a Lei de Execução Penal, o preso tem direito a todos os direitos que não lhe foram retirados pela pena ou lei, a pessoa encarcerada perde a liberdade mas possui o direito a um tratamento digno, direito de não sofrer violência física ou moral. A constituição brasileira assegura um tratamento humano para pessoas em cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais. Tanto os homens como as mulheres presas possuem alguns direitos básicos que são:

Direito à alimentação e vestimenta fornecidos pelo estado; b) Direito a uma ala arejada e higiênica; c) Direito à visita da família e amigos. D) Direito a escrever e receber cartas; e) Direito a ser chamado pelo nome, sem nenhuma discriminação; f) Direita ao trabalho remunerado em, no mínimo, três quartos do salário mínimo; g) Direito a assistência médica; h) Direito à assistência social: para propor atividades recreativas e de integração no presídio, fazendo ligação com a família e amigos do preso; j) Direito à assistência religiosa: todo preso, se quiser, pode seguir a religião que preferir, e o presídio tem que ter local para cultos; i) Direito a assistência judiciária e contato com advogado: todo preso pode conversar em particular com seu advogado e se não puder contratar um o estado tem o dever de lhe fornecer gratuitamente (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984).

As mulheres presas possuem dois direitos especiais, sendo estes, o direito de permanecerem com os filhos durante o período de amamentação de 120 dias e o direito de cumprir sua pena em um estabelecimento separa dos homens, com direito a trabalho técnico adequado as condições específicas (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984).

Os direitos humanos também funcionam como um mecanismo de combate aos abusos do Estado sobre o cidadão, inclusive, pessoas privadas de liberdades visto que englobam direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais (SOLDATELLI, WEDING, 2018, p. 10).

Essas condições foram sendo pensadas e impostas somente diante a verificação da necessidade dessas implantações devido as situações vivenciadas pelas mulheres encarceradas, principalmente depois do crescimento dessa população desde os anos 2000, aqui no Brasil e em todo mundo.

3. CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS.

Os atos inflacionais realizados por mulheres, majoritariamente estão relacionados a condições de vulnerabilidade financeira. Para Isaac e Campos (2019) o encarceramento feminino é algo cíclico, devido as situações de exclusão social, pobreza e opressão diante uma sociedade que age de formas machistas e excludente.

As mulheres entram no crime a fim de solucionar seus problemas financeiros, mas por serem a parte mais vulnerável diante o contexto de crime organizado, são presas com maior facilidade e em menos tempo, enquanto os traficantes de grande porte continuam impunes. O sistema prisional não demonstra preocupação em adaptar as necessidades femininas, ao contrário, tratam as mulheres como tratam os homens, desconsiderando as especificidades do gênero. (ISAAC; CAMPOS, 2019).

A alta taxa de elevação de mulheres em situação de cárcere é uma questão que também preocupa os responsáveis por políticas públicas no Brasil e em todo planeta, devido ao alto custo financeiro e social aprisionamento de mulheres. O encarceramento feminino vem sendo considerado como excessivo e fonte de adicional de vulnerabilidade e vitimização para elas e prejuízo para a sociedade em geral (GERMANO, LIBERATO, MONTEIRO, 2018, p. 3).

O número de mulheres aprisionadas sofre com um alto aumento chegando a marca de 455 por cento entre os anos de 2000 e 2016, o que indica uma curva ascendente do aprisionamento em massa de mulheres no território nacional. O crime mais comumente cometido pelas mulheres, correspondendo, são os crimes relacionados ao tráfico de drogas (CURCIO; FACEIRA, 2018, p. 85).

Segundo dados da INFOPEN (2018), no início dos anos 200 haviam menos de 6 mil mulheres ocupando os estabelecimentos prisionais, enquanto em 2016 os números alcançaram a marca de 42 mil mulheres nessas instituições. Ao observar estes dados ainda deve ser considerado o fato de que a Constituição Federal Brasileira, considera penalmente inimputáveis pessoas com idade menor a 18 anos. Dados estipulados revelam que se não existisse esse recorte o número da população de mulheres privadas de liberdade seria de 55,4 mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres.

Nos anos 2000 o equivalente em prisões femininas era de 6,5 para cada grupo de 100 mil mulheres, enquanto em 2016 esse aumento era correspondente a 40,6 mulheres para cada grupo de 100 mil (INFOPEN, 2018).

Para Germano, Liberato e Monteiro (2018, p. 7) o crescimento do encarceramento feminino pode ser melhor entendido quando olhamos para as mudanças econômicas, políticas e sociais em nosso país, e também globalmente, para os autores a dominância neoliberal altera drasticamente o quadro de empobrecimento feminino o que ocasional maior número de mulheres no sistema penal.

Essas mulheres pouco apresentam uma ameaça para a sociedade, devido ao fato de que a maioria deles é punida por realizar tarefas de menor importância dentro da hierarquia do tráfico, esse encarceramento pouco ou nada contribui de forma efetiva com o comércio ilícito de drogas (CORDAZO, LOPES, 2022, p.13).

Diante essa situação exposta acima, iremos compreender a seguir de que forma isto interfere em números reais, chegando a ocasionar a superlotação em estabelecimentos de prisões femininas.

3.1 SUPERLOTAÇÃO: ESTATÍSTICAS DOS ESTABELECIMENTOS FEMININOS

Segundo Quadrado (2022, p. 266) existem mais de 714 mil pessoas do sexo feminino encarceradas na atualidade, e desde 2000 esse número cresceu 53 por cento. O maior crescimento ocorreu no continente americano, onde esse aumento foi três vezes maior do que o crescimento geral da população do continente. Mas o crescimento rápido no encarceramento feminino é uma questão mundial comparado aos homens encarcerados.

Essa situação não é muito diferente no Brasil, aqui, o número de mulheres apenas em situação de encarceramento teve um aumento de aproximadamente 656 por cento desde os anos 2000, dados de 2016 mostravam no mês de Junho haviam cerca de 42 mil mulheres encarceradas, nesse sentido, o país fica atrás apenas dos Estados Unidos e Tailândia, sendo então, a terceira maior população prisional feminina do mundo (QUADRADO, 2022, apud BRASIL, 2017, p. 268).

Dados apresentados pela INFOPEN (2018) de 2016 referentes a um levantamento realizado naquele ano mostraram que as 27.029 vagas disponibilizadas no sistema penitenciário feminino representavam uma taxa de ocupação de 156,7 por cento e um déficit de 15.326 vagas.

O estado de São Paulo concentra grande parte das mulheres encarceradas sendo 36 por cento, seguido pelos estados de Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro, esses três estados juntos somam 20 por cento da população prisional feminina. Os estabelecimentos de encarceramento feminino não conseguiram acompanhar esse crescimento populacional, o que ocasiona um déficit de 15.326 vagas para mulheres privadas de liberdade (SOLTATELLI; WEDING, 2018, p. 3).

Apesar do estado de São Paulo concentrar a maior parte das mulheres privadas de liberdade, o estado de Mato Grosso do Sul é o que mais encarcera mulheres em todo o país quando falasse de porcentagem, o número de mulheres presas no estado em 2015 era equivalente a 113 mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres, ocupando a nona maior população prisional do país (INFOPEN, 2018).

Para MELLO (2008), os dados realizados para relatar sobre a criminalidade feminina no Brasil, ainda são escassos e pouco reveladores quando comparado a real dimensão deste fenômeno social. Isto acontece por que as mulheres são a menor, representando uma baixa porcentagem dentro dos estabelecimentos prisionais brasileiros, os estudos nesse seguimento são poucos.

Em 2010, o Tribunal de Justiça de São Paulo solicitou a interdição da cadeia pública feminina de Santo Antônio de Posse, o local apresentava condições insalubres para a dignidade humana devida a situação de superlotação, o que pode acarretar em uma potencial rebelião, era necessário cessar as atividades daquele estabelecimento e proibir o ingresso de novas apenadas naquelas dependências, removendo aquelas que já estavam naquele estabelecimento, instalando as mesmas em outras unidades carcerárias (TRIBUNAL DE JUSTICA DE SÃO PAULO, 2010).

O Estado é o responsável em providenciar as reformas necessárias a fim de fornecer condições adequadas das necessidades básicas para a permanência das detentas (TRIBUNAL DE JUSTICA DE SÃO PAULO, 2010)

Pensando no alto crescimento de encarceramento feminino, é interessante agora verificar os motivos pelos quais isso vem acontecendo e qual é o perfil dessas mulheres em sua maioria.

3.2 PERFIL DAS MULHERES PRESAS NO BRASIL

Segundo dados do INFOPEN do ano de 2018 as prisões femininas brasileiras possuem a quarta maior população em todo mundo, sendo cerca de 42 mil mulheres presas (ISAAC; CAMPOS, 2019).

Segundo Mello e Argimon (2008, p. 75), são apontadas diversas e diferentes causas da criminalidade, "como um fenômeno complexo que abrange fatores biológicos, genéticos, psicológicos, psiquiátricos, econômicos e sociais" p. 75.

Em seu livro, *Prisioneiras* (2017, p. 24), o doutor Dráuzio Varella, relata suas experiências em uma penitenciária feminina com mais de 2 mil mulheres, ao discorrer sobre sua chegada o autor relata que foi recebido por um funcionário da instituição com a seguinte frase "Seja bem-vindo à casa das doidas, doutor", o que demonstra que o modo de tratar as mulheres nesta instituição não observa os fatores psicológicos e emocionais com a devida importância.

A autora Paola Camberlingo Montanaro (2021, p. 4), demonstra alguns dados relacionados ao perfil da mulher presidiária no Brasil:

(...) 62% se consideram negras e pardas, 45% têm ensino fundamental incompleto, 50% estão na faixa de 18 a 29 anos e 74% têm filhos ou dependentes econômicos. Bem, o perfil é facilmente traçado: pobres, negras, sem escolaridade e com dispêndios. É explícita a sobreposição de excludentes sociais.

A pobreza é um fator impulsionador para a entrada das mulheres no mundo do crime, sendo um perfil característico daquelas que encontram-se em situação de encarceramento. Existe um padrão para as mulheres

nessa situação, a maior parte dessas mulheres é negra ou parda, possuem baixo nível de escolaridade e foram vítimas de algum tipo de violência ao longo da vida, podendo ser de ordem física, sexual ou psicológica (ISAAC; CAMPOS, 2019).

Em nosso país a maior causa de encarceramento é o tráfico de drogas, e isso não é diferente no contexto do encarceramento feminino, sendo este crime o mais cometido pelas mulheres, representando 62 por cento das ocorrências penais cometidas por mulheres privadas de liberdade, essa porcentagem corresponde a 3 em cada 5 (MONTARO, 2021).

Para Mello (2019) é uma particularidade dessas mulheres estarem em uma posição social e econômica desfavorável, em sua maioria possuem “o ensino fundamental incompleto, baixa qualificação profissional, atividade laborativa informal e trabalhos de baixa rentabilidade” p. 64, é comum também que essas mulheres ocupem o papel de provedoras e cuidadoras da família, com muitas sendo mães e solteiras.

Em sua maioria, essas mulheres, concluem a parte final do crime de tráfico, a entrega das drogas, sendo a parte mais exposta e vulnerável do processo ao contrário daqueles considerados “chefes do tráfico”. As mulheres nesse contexto estão na parte mais fraca dentro do crime organizado (MONTANARO, 2021).

Segundo Isaac e Campos (2019) é comum também que, essas mulheres, tenham como origem uma família desestruturada onde alguém já praticou o ato infracional de tráfico de drogas, os autores consideram que esse perfil de mulheres encarceradas não pode ser visto como uma coincidência pois isso seria um modo de agir simplista diante a esse fenômeno social.

Segundo Montanaro (2021, p. 3) o crime de tráfico de drogas cometido pelas mulheres pode estar relacionado a situações como relações íntimo-afetivas, onde a mulher visa provar seu amor por um companheiro ou familiar, ao serem usuárias as mulheres podem acabar se envolvendo com traficantes e quando isso ocasiona em um relacionamento afetivo pode ocorrer uma condução ao tráfico, também pode ocorrer a coação física ou moral por parte de pessoas próximas, pelas promessas de recompensas em dinheiro, por residir em mesmo ambiente onde um familiar ou companheiro trafica, pelo transporte de drogas nas ruas aeroportos ou até mesmo para dentro das prisões, com ênfase neste último item.

Conhecidas vulgarmente por 'peãozeiras' ou por 'pinhãozeiras', as mulheres que levam drogas para as prisões nos informaram como se prepara o 'peão' ou o 'pinhão': primeiramente, a droga é colocada em um saco de arroz, por ser resistente; vedam-no com fita isolante; colocam-no dentro de um preservativo; e, posteriormente, lubrificam-no e o introduzem, ou na vagina, ou no ânus. Mencione-se que, embora algumas levam a droga em bolsas ou em outros objetos, externos a seu corpo, a grande maioria o faz dentro do próprio corpo, quer na cavidade vaginal, quer na cavidade anal. (GERMANO; LIBERATO; MONTEIRO, 2018).

As autoras Mello e Argimon (2008, p. 75), evidenciam dados significativos sobre o uso de substâncias psicoativas por parte das mulheres encarceradas, 98 por cento dessas mulheres relataram o uso de drogas em algum momento da vida e 85 por cento relatam o uso de múltiplas substancia num período de no mínimo um mês antes do momento do encarceramento.

Segundo Cury e Menegaz (2017), os delito de crime de tráfico de drogas cometido por essas mulheres correspondem a 68 por cento, na sequencia vem os crimes patrimoniais como furto e roubo. O que é mais um indicio de que a guerra às drogas tem efeito ao sistema de encarceramento feminino, e a ocupação do segundo lugar entre delitos mais cometidos pela população serem crimes relacionados ao patrimônio são um indicativo que o fator socioeconômico permeia os crimes cometidos pelas mulheres.

Outro fator comum entre os encarcerados são as elevadas taxas de comorbidades, abalos e transtornos psicológicos e psiquiátricos, nas mulheres isso não se faz diferente, os estudos apontam para um elevado grau de comorbidade psicopatológica nessas mulheres, sendo frequentes a dependência química, transtorno de estresse pós-traumático, transtorno de personalidade anti-social e depressão (MELLO; ARGIMON, 2008, p. 48).

As encarceradas são também mais propensas a ter experiências traumáticas, incluindo abuso físico e sexual precoce. Diversos estudos apontam uma estimativa de que um a dois terços de todas as mulheres encarceradas necessitam de tratamento de saúde mental, aproximadamente um quinto tem uma história de uso de medicação psicotrópica (MELLO; ARGIMON, 2008).

Observando a situação é notável que as consequências enfrentadas por essas mulheres não ficam apenas no âmbito físico, as carcerárias também sofrem com questões psíquicas e emocionais, ocasionados também devido as políticas públicas relacionadas ao cárcere apresentarem um momento unicamente masculino (CURY; MENEGAZ, 2017).

A própria cadeia, privação de liberdade e ruptura de laços afetivos ocasionam essas implicações psicológicas nas mulheres, existe grandes diferenças entre as prisioneiras e os prisioneiros, principalmente, a diferente exclusão social vivenciada pela mulher, sendo muito mais grave que aquela vivenciada pelo homem. Os crimes cometidos pelas mulheres costumam ser crimes de menor risco a comunidade, mas o impacto para a mulher diante de uma prisão costuma ser muito mais grave, além do grave dano na vida dos filhos dessas mulheres (MELLO; ARGIMON, 2008, p. 65).

Existe uma disparidade entre o número de apenadas brancas e negras no sistema prisional Brasileiro para cada 100 mil mulheres brancas 40 são privadas de liberdade, enquanto para cada grupo de 100 mil mulheres negras existem 62 mulheres encarceradas (INFOPEN, 2018).

Em relação a escolaridade das mulheres em cumprimento de pena os dados da INFOPEN (2018) mostraram que 66 por cento delas não chegou ao ensino médio, tendo concluído no máximo o fundamental, a porcentagem de mulheres nestas condições que concluíram o ensino médio é de 15 por cento.

Diante o conteúdo exposto fica mais evidente os fatores biopsicossociais associados que podem relacionar-se com os atos infracionais e o próprio ambiente carcerário é um ambiente que ocasiona a vulnerabilidade da saúde mental, agravamento e aumento de casos relacionados (MELLO; ARGIMON, 2008, p. 49).

As implicações dessas condições para as mulheres em cumprimento de pena privativa de liberdade, tanto para a saúde fisiológica quanto para a saúde mental, além das demais adversidades vivenciando essas situações de negligência diante a condição de "ser mulher".

4. PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DOS PRESÍDIOS FEMININOS NO BRASIL

No Brasil, o sistema prisional brasileiro é caracterizado por condições desumanas em relação a infraestrutura. Superlotações, condições sanitárias precárias, escassez de medicamentos e proliferação de doenças são comuns nos presídios brasileiros, situação que torna-se ainda pior quando se trata de mulheres presas, diferentemente de homens, mulheres menstruam, engravidam, amamentam, entra outras situações que se diferenciam devido a questões biológicas (CORDAZO; LOPES, 2022, p. 12).

Segundo Varella (2017), que frequentou durante muito tempo prisões masculinas e femininas, exercendo a profissão de médico, existia uma grande diferença entre os problemas de saúde entre os apenados do sexo masculino e feminino, comumente nas prisões masculinas era comum ver queixas sobre feridas mal cicatrizadas, sarna, furúnculos, tuberculose, micoses e infecções respiratórias, enquanto nas instituições femininas as queixas estavam direcionadas a cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acne, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes e suspeita de gravidez.

Com relação as especificidades e necessidades de uma mulher, é importante frisar que os ambientes carcerários não possuem uma estrutura adaptada a isso, devido ao fato de que são pensadas sob uma perspectiva masculina. O atendimento médico, que já possui obstáculos para o atendimento aos encarcerados, os atendimentos especializados mais ainda, como exemplo, ginecologistas (FERNANDES; 2015):

Apenas 34% dos estabelecimentos femininos dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes. Nos estabelecimentos mistos, somente 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes. Quanto à existência de berçário ou centro de referência materno infantil, 32% das unidades femininas contam com o espaço, enquanto apenas 3% das

unidades mistas possuem essa estrutura. Somente 5% das unidades femininas dispõem de creche, não sendo registrada pelo estudo nenhuma creche instalada em unidades mistas (FERNANDES, 2015).

Como visto anteriormente, grande parte das mulheres apenas são mães, e é importante ressaltar o fato de que, nesses casos, os malefícios ocasionados transpassam a mulher em cumprimento de pena, devido a grande desestruturação familiar, neste contexto, os filhos ou filhas dessa mulheres, não ficam em sua tutela e precisam residir entre casas de familiares e abrigos de adoção (MONTANARO, 2021).

Para uma gestante a situação não é diferente, não existe um auxílio apropriado para um período tão complicado para a mulher devido aos cuidados que devem ser tomados, como no período gestacional, não existe uma estrutura apropriada durante o parto e após, assim como as mães, os filhos nascem presos (MONTANARO, 2021).

Somente no ano de 2018 a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu um Habeas Corpus visando substituir prisões preventivas por prisões domiciliares a mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade, estendendo a decisão para mulheres que possuem em sua custódia pessoas portadoras de alguma deficiência (POMPEU, 2018).

A estrutura da criminologia, estudo acerca do crime, da criminalidade e suas causas, foi instaurada à partir da visão dos homens, para homens, sem pensar nas especificidades das mulheres, onde era considerado até mesmo desnecessário estudar sobre as mulheres, tratado como uma temática não relevante (MONTANARO, 2021 apud BANDEIRA, 1997).

Olhando para a estrutura dos estabelecimentos prisionais femininos os problemas ficam bem evidentes. Estruturalmente, as celas são escuras, não possuem acesso à luz solar, são úmidas e com pouca ventilação, o que dissemina a transmissão de doenças infecciosas e virais, o problema também possui origem funcional, devido à falta de servidores para suprir todas as demandas de serviços de segurança, e também problema jurídico, pois as condições vivenciadas dentro de uma prisão, violam diretamente os direitos fundamentais das apenas (SOLTATELLI; WEDING, 2018, p. 3).

Mulheres nestas situações estão expostas a condições e riscos desumanos. Nas prisões há a superlotação e ociosidade, além da falta de água, luz e local apropriado para fazer as necessidades biológicas, por vezes, as mulheres convivem com a sujeira, lama, fezes, ratos além das demais companheiras de cárcere, juntamente a violação dos direitos humanos, está a falta de respeito com a dignidade humana, a mulher privada de liberdade não deve ser privada de sua dignidade, e possui direito a proteção e garantia (SOLTATELLI; WEDING, 2018 apud MODESTI, 2013, p. 5).

Cordazo e Lopes (2022, p. 11), discorrem sobre o fato de haverem diversas normas penais e tratados internacionais que regem os direitos humanos e tratam sobre o tema e informam sobre as garantias fundamentais das detentas, mas existe muita resistência para aplicar realmente essas legislações. Corzado e Lopes parafraseiam Luís Carlos Valois (2019, p. 630) e citam o seguinte trecho:

Em meio a presas tento que usar miolo de pão como absorvente e presas grávidas dando à luz algemadas, atentados à própria saúde pública que a Lei de Drogas pretende proteger, crianças circulam, vivem em estabelecimentos penais ou são abandonadas em alguma instituição. Sobre nenhuma punição se pode tanto dizer que está passando da pessoa do criminoso como no caso da prisão das mulheres. Em um país onde muitas mulheres ainda estão no mesmo imundo e sujo estabelecimento penal dos homens, quando muito com uma placa ou grade apenas especificando: setor feminino; pode-se falar, por certo, de algumas prisões possuindo creches e berçários. Mas, por mais que tais locais fossem excepcionalmente bem cuidados, dentro de uma prisão, já seriam locais de punição da própria criança. Contudo, não são bem cuidados e às vezes não passam de uma sala qualquer, uma cela com uma placa sobre a porta dizendo tratar-se de uma creche ou berçário.

Na sequência os autores descrevem a situação como um descumprimento do inciso XLVI da Constituição Federal, onde é assegurado que a pena deve ser cumprida exclusivamente pelo autor da conduta delitiva, o que não se faz nessa situação indo contra o princípio de individualização da pena, por estender a punição aos filhos das detentas.

No fundo da cela há um chuveiro junto ao vaso sanitário [...]. Em tempos de racionamento, baldes e vasilhas armazenam água para o banho e as necessidades diárias. Em 2015, problemas técnicos com as caldeiras interromperam o fluxo de água quente do presídio. Apesar das queixas generalizadas e do inconveniente dos banhos frios no inverno, até o início de 2017 o problema não havia sido solucionado”. À esta descrição tem o relato de uma das mulheres que está no presídio: “É uma desumanidade. Não só comigo, que já estou velha para passar frio, mas com essas mocinhas, que tomam banho gelado naqueles dias, com cólica (SOLDATELLI; WEDING apud 2017, VARELLA p. 23).

Em Santa Catarina no ano de 2002, uma mulher no sétimo mês de gestação que foi presa em flagrante devido a prática de um furto interpôs uma apelação cível contra o estado de Santa Catarina pela morte do feto durante a prisão, onde foi analisada a suposta omissão por parte das responsabilidades do estado, a decisão foi pela negativa do provimento ao recurso (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2002).

No estado de São Paulo uma mulher solicitou danos morais após ser presa em flagrante no momento enquanto estava gestante, a mesma alegou ter realizado o trabalho de parto algemada pelos pés pelas mãos durante e também ter permanecido algemada após o nascimento da criança, durante o parto não havia a presença de nenhum familiar (TRIBUNAL DA JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2017).

Um caso relacionado a saúde mental tornou-se uma apelação no Estado de São Paulo no ano de 2018, um caso referente a um suicídio cometido por uma presidiária, que utilizou-se da calça do uniforme para amarrar no pescoço e prender nas grades o que ocasionou uma asfixia mecânica por enforcamento, a apenada vivencia um quadro grave de depressão que exigia o uso de medicamentos antidepressivos e possui o histórico de tentativas de suicídio. As condições da mulher não eximiam o Estado de seu dever de assegurar a vida e integridade física da mesma.

Diante os relatos acima, conseguimos compreender melhor a dimensão dessas situações vivenciadas pelas mulheres encarceradas dentro de um cotidiano nas prisões para as mulheres, refletindo sobre a importância de trazer para pauta essa temática que ainda demonstra na prática a fragilidade de garantir os direitos das mulheres apenadas e fazer valer as legislações acerca do tema.

CONCLUSÃO

A pesquisa tratou sobre a temática das mulheres em situação de encarceramento nos presídios femininos ao redor do Brasil, focando-se em relatar sobre a infraestrutura desses locais, em sua maioria, a falta da infraestrutura para fornecer condições dignas para a vivência humana devido as condições insalubres e o fato de não considerarem as especificados e necessidades que possuem as pessoas do sexo feminino.

Após exposto o conteúdo desse trabalho, é mais fácil, compreender a importância de tratar sobre o tema, colocando-o como temática central dentro de pesquisas científicas.

Como relatado ao longo do trabalho existem várias situações vivenciadas pelas encarceradas que parecem não ser pensadas, pelos estabelecimentos prisionais, apesar de o número de presos do sexo masculino ser muito maior do que as presas do sexo feminino e os estabelecimentos ocupados por elas terem sido construídos pensando nestas questões, as estáticas mostram que o aumento de prisões femininas possui um número muito maior de novas apenadas comparado ao contexto masculino.

Analisando os conteúdos de outros autores algo muito presente em diferentes fontes é o perfil das mulheres que chegam aos estabelecimentos prisionais, os dados tragos ao longo do trabalho determinam trazem estáticas que dão uma “cara” a mulher, fazendo com que a reflexão seja além dos números expostos. Quando é

relatado sobre os crimes cometidos por essas mulheres é levantada a questão da desigualdade social e das dificuldades socioeconômicas que se mostram como um dos fatores fundamentais para acarretar nas inflações cometidas.

As implicações ocasionadas pela falta de infraestrutura são diversas e ultrapassam as questões biológicas e físicas, infligindo também a saúde mental e emocional das mulheres. O exposto no texto sugere a pior de todas as precarizações e invalidações, a da dignidade humana em vários sentidos, que também puderam ser observadas nas jurisprudências apresentadas.

Os estudos acerca do tema colocam a temática em pauta, o que possibilita discussões e debates, que fazem-se necessárias para interpor violações de direitos, e leis, inclusive, os direitos humanos.

O conteúdo exposto no texto também possibilita a reflexão sobre as responsabilidades do estado, que aparentemente, não vem cumprindo sua função relacionada a garantia dos direitos das mulheres que estão nos estabelecimentos prisionais femininos, a realidade encontrada através de diversas pesquisas mostra que na verdade o que acontece são as violações dos direitos em todos sentidos, além da violação da integridade física e psicológica.

Para que a situação venha a ser diferente é necessário que o estado cumpra suas função de efetivar as legislações que regulamentam sobre os direitos dessas mulheres, assim como, fiscalizar as instituições para que o sofrimento dessas mulheres, em primeiro momento, venha a ser amenizado.

REFERÊNCIAS

- ARTUR, T. ANGELA. Presídio de mulheres: as origens e os primeiros anos de estabelecimento. ANPHU. 2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: APL XXXX-11.2017.8.26.0114. Apelante: Franciele Levanholi Coelho de Freitas. Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Souza Nery. São Paulo, 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC XXXX-4. Apelante: Fátima Macedo. Apelado: Estado de Santa Catarina. Relator: Luiz César Madeiros. Santa Catarina, 2002.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento: AI XXXX-27.2009.8.26.0000. Agravante: Ministério Público. Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo. São Paulo, 2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. XXX-16.2017.8.26.000. Solicitante: 5 Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Solicitado: 8 Câmara de direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Edson Ferreira. São Paulo, 2017.
- CARDOZO, KARINE. LOPES, R. ADRIELLY. O superencarceramento feminino em relação ao tráfico de drogas de no Brasil. Emancipação v. 22. 2022
- CHERNICHARO, L. BOITEUX, L. Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de drogas em uma perspectiva feminista crítica 1. S.D.
- CURCIO, S. FERNANDA. FACEIRA, S. LOBELIA. As memórias das prisões para mulheres: um retrato da realidade carcerária do estado do Rio de Janeiro. ENPESS. 2018.
- CURY, S. JESSICA. MENEGAZ, L. MARIANA. Mulher e o cárcere: uma história de violência, invisibilidade e desigualdade social. Seminário Internacional Fazendo Gênero. Florianópolis, 2017.
- FERNANDES, WALEISKA. População carcerária feminina aumentou 567% em 15 anos no Brasil. CNJ. 2015. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/252411149/populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>. Acesso em: 15/06/2022
- GERMANO, P. M. IDILVA. LIBERATO, C. T. MARIANA. MONTEIRO, G. F. A. REBECA. Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino. Psicologia: Ciência e Profissão v. 38. 2018.
- INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres, ed. 2. Brasília, 2018.
- ISAAC, F. FERNANDA. CAMPOS, R. P. TALES. O encarceramento feminino no Brasil. Fiocruz. 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/997#:~:text=0%20encarceramento%20feminino%20%3%A9%20%3ADclico,solu%3%A7%C3%A3o%20para%20seus%20problemas%20financeiros>. Acesso: 20/07/2022.

- KARPOWICZ, S. DÉBORA. Prisões femininas no Brasil: possibilidades de pesquisa e de fontes. Santa Catarina. 2016.
- KLANOVICZ, F. R. Luciana. BUGAI, A. Fernanda. Mulheres no cárcere: A estrutura do sistema prisional e a construção do gênero no Brasil. Histórias e Perspectivas. Uberlândia. 2019.
- MELLO, C. DANIELA. ARGIMON, L. IRANI. Quem são as mulheres encarceradas?. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/647>. Acesso em: 12/06/2022.
- MONTANARO, C. PAOLA. Mulheres do tráfico de narcóticos. CONJUR. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-02/camberlingo-mulheres-trafico>. Acesso em: 05/06/2022.
- POMPEU, ANA. Supremo concede HC coletivo a todas as presas grávidas e mães de crianças. ConJur. 2018.
- PORTAL DE LEGISLAÇÃO. Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional. 2014. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/226123-politica-nacional-de-atencao-as-mulheres-em-situacao-de-privacao-de-liberdade-e-egressas-do-sistema-prisional>. Acesso em: 01/08/2022
- QUADRADO, C. JAQUELINE. Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de droga. Gênero v. 22. 2022.
- ROTHENBURG, C. Walter. Igualdade Material e Discriminação Positiva: O princípio da Isonomia. NEJ, v. 13. 2008.
- SOLDATELLI, D. BRENDA. WEDING, C. JOSIANE. Direitos humanos no encarceramento feminino: um enfoque para o acesso à saúde como garantia da dignidade humano. 2018.
- SOUSA, S. ANGELICA. OLIVEIRA, S. GUILHERME. ALVES, H, LAÍS. A pesquisa bibliográfica: princípios e fundamentos. Cadernos da Fucamp, v 20, n 43. 2021.
- ZANINELLI, GIOVANA. Mulheres encarceradas: Dignidade da pessoa humana, gênero, legislação e políticas públicas. 2015. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho - Paraná. 2015.

4 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS A PARENTALIDADE DAS MÃES EM CUMPRIMENTO DE PENA

Camila Viríssimo R. De Silva Moreira
Millena Cozer Silva

RESUMO: A pesquisa sobre a violação dos direitos a parentalidade das mães em cumprimento de pena, é de importante reflexão pois aponta os desafios atuais dentro do sistema penitenciário brasileiro, trazendo quais são os principais direitos e garantias das mulheres grávidas encarceradas, logo, optou por analisar a constituição Federal e as legislações penais. Além de relatar quando há a violação desses direitos, e o quanto pode ser prejudicial para vida da mulher como mãe, e também para o desenvolvimento da criança que consequentemente irá permanecer no cárcere. A pesquisa utiliza do método de pesquisas bibliográficas, de forma dedutiva, realizada através de livros, periódicos a sites de conteúdo jurídico, artigos e jurisprudências, e com isso pode-se citar resultados obtidos através do presente artigo, destacando a falta de atenção as gestantes e ao desrespeito ao Direitos Humanos. Sendo assim, verifica-se as consequências desfavoráveis que essas mulheres grávidas passam no sistema prisional feminino atualmente.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento feminino. Violações. Convivência familiar.

ABSTRACT OU RESUMEN: Researching the violation of mother's parental rights of the ones who are imprisoned is an important reflection, because it points out the current challenges inside Brazil's penitentiary system, while showcasing which are the main rights and guarantees of pregnant women, specifically during serving time. Therefore, the need to analyze the Federal Constitution and the criminal procedure laws. Besides reporting when there's infringement of these rights, and how much it can be detrimental to a mother's life as well as the child's development that will consequently remain in jail. This research utilizes deductively the bibliographic methodology, carried out through books, articles, juridical content websites and jurisprudence. All that makes it possible to mention the results obtained in this article, highlighting the lack of attention to pregnancy and the irreverence for Human Rights. Finally, the unfavorable consequences that these pregnant women experience in the feminine prison system are verified.

KEYWORDS: Imprisoned women. Pregnancy rights. Violation of rights.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objetivo investigar e apresentar, os direitos de mulheres grávidas e que estão em privação de liberdade, e quais os direitos a parentalidade que estão sendo violados.

É fato que há no Brasil, um grande número de mães no sistema carcerário (INFOPEN, 2021). Dessa forma, o primeiro tópico irá apresentar breves considerações sobre o encarceramento brasileiro, apontando o número e mulheres grávidas que estão em cárcere, bem como apontar o perfil dessas mulheres e o impasse com a desigualdade dentro do sistema prisional.

É importante observar e analisar a maternidade e a estrutura oferecida nas cadeias femininas, apontando os problemas principais enfrentados. Dessa forma, demonstrar como é a vida de mulheres que dividem a cela com os seus filhos dentro das cadeias.

A amamentação no cárcere e a importância da parentalidade das mães nos primeiros anos de vida da criança, são temas discutidos na pesquisa, bem como, a importância da amamentação nos primeiros 6 meses de vida da criança. Abordar os problemas enfrentados dentro das cadeias, durante essa fase de amamentação e a permanência da criança dentro do sistema prisional.

O objetivo central é demonstrar os principais direitos e garantias das mulheres presas, apresentado algumas violações dos direitos constitucionais sofridos por essas mulheres.

Nesse sentido, viabilizando a elaboração de um artigo científico com ênfase nos direitos a parentalidade das mães em cumprimento de pena, promovendo uma reflexão sobre a importância da figura materna na vida da criança, em fase de amamentação, bem como, apresentando a ausência dos seus direitos e garantias sancionados em lei para a proteção da integridade física e moral das mulheres encarceradas.

A pesquisa tem como intuito, documentar o estudo, para apresentar soluções acerca dos direitos violados pelo Estados, contra as mães que estão em cárcere, enfatizando o papel da mãe na criação e desenvolvimento do filho. Bem como, descrever em uma perspectiva histórica o número de mulheres presas que não tem seus direitos fundamentais garantidos dentro das penitenciárias, além de assistência médica e suporte adequado, para permanecerem com os filhos durante o período de amamentação, quando em casos que foram negados os pedidos de prisão domiciliar.

A contribuição do tema para a sociedade é trazer a visibilidade do número de mulheres encarceradas, que se encontram com seus filhos dentro de celas, claramente despreparadas pra receber uma criança, na qual pode interferir em seu desenvolvimento pleno, vivenciando um local violento, despreparado e degradante para a vivência de um ser humano, onde ambas tem seus direitos constitucional violado.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENCARCERAMENTO FEMININO.

A definição de prisão como pena teve início no período da Idade Média, com o intuito de punir aqueles que não cumpriam suas funções como os monges e clérigos. Estes quando não cumpriam suas obrigações tinham que se recolher para suas celas e meditar buscando o arrependimento por suas ações. (PIRES, 2021, p. 14).

Durante séculos, as mulheres e os homens eram mantidos no mesmo sistema carcerário, não havia separação entre eles. Diante disso, eram poucas mulheres presas, presente no cárcere, porém, com o decorrer do tempo a criminalidade feminina foi se tornando cada vez maior. Desta maneira apenas nas décadas de 1930 e 1940 foram criadas as primeiras detenções apenas para mulheres. (CUNHA, 2021, p. 14).

Em 1890, o Código Penal considerou novas modalidades de prisão, extinguindo as penas perpétuas ou coletivas, assim limitando as penas de liberdade individual, com uma penalidade máxima de trinta anos, como prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar (PIRES, 2021, p. 14).

Ao discutir sobre o encarceramento feminino atual no Brasil, torna-se necessário ponderar o aumento significativo nos últimos anos, conforme o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Apesar das mulheres serem minoria no mundo da criminalidade, a taxa de encarceramento feminino cresceu vertiginosamente no país, tornando o Brasil a quinta maior população carcerária feminina do mundo.

A população absoluta de mulheres encarceradas no período de julho a dezembro e 2021 é de 30.625. (INFOPEN, 2021). Levando em conta esse crescimento, torna-se necessário evidenciar que existe uma desigualdade no encarceramento feminino no Brasil. Sendo essa, uma desigualdade social, de raça ou de gênero.

No aspecto de contraposição de gênero, percebe-se que há uma desproporcionalidade com relação ao encarceramento feminino, pois, o nosso sistema prisional masculino é relativamente maior. Dessa forma, o sistema carcerário mostra-se cada vez menos preparado para receber mulheres e assegurar todos os seus direitos e garantias. É o que Simões ressalta (2013, p. 33): “As mulheres são desconsideradas dentro da instituição penitenciária, já que o sistema como outras esferas, se rege, fundamentalmente, por um modelo masculino em que a norma se dita e se formula a partir das necessidades dos homens.”

Por ser um grupo considerado como minoria, ainda é necessário reconhecer e analisar o sistema prisional feminino e seus diversos fatores que ensejam em violação de direitos devido ao constante crescimento de mulheres privadas de liberdade no Brasil. (JACOB, 2021, p. 7).

Com relação a desigualdade social, é possível observar o impacto em toda a esfera prisional. A maioria das mulheres encarceradas são jovens, entre 18 e 29 anos, nos quais os crimes mais praticados é o tráfico de drogas, que corresponde a 62,7%. Acerca à raça/ etnia, 68% são pardas e afrodescendentes, 31% são brancas e apenas 1% amarelas. (INFOPEN, 2021).

3 A MATERNIDADE E A ESTRUTURA OFERECIDA NAS CADEIAS FEMININAS: PROBLEMAS PRINCIPAIS DA ATUALIDADE.

Os presídios não foram estruturados para receber mulheres, pois ainda que existe um número significativo de presas, elas ainda são consideradas as minorias. Existem casos, que as mulheres são colocadas em cadeias mistas, pois ainda existe uma insuficiência em relação ao sistema carcerário feminino e masculino. (JACOB, 2021, p. 8)

O sistema penitenciário não é suficiente para cumprir integralmente os direitos dos presos, o único propósito alcançado desse sistema é a privação de liberdade, o que acaba acarretando problemas de estruturação para receber os detentos, e assim, comprometendo a sua reabilitação. (JACOB, 2021, p. 8)

A Lei de Execução Penal (LEP) em seu artigo 83, §2º, determina que nos estabelecimentos penais deverá possuir berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, por no mínimo 6 (seis) meses de idade. Bem como, o artigo 89 da LEP prevê também que os presídios tenham uma seção de gestantes e creches para abrigar crianças menos de 6 (seis) meses e menores de 7(sete) anos, observe os artigos abaixo da LEP:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I - Atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II - Horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Ainda que existem direitos garantidos em lei, maiorias das unidades prisionais não possui estrutura adequada para receber grávidas ou mulheres com filhos menores de idade. Segundo dados do INFOPEN, somente 34% das cadeias femininas ou mistas possuem locais adequados para recebe-las, como berçários ou centro de referência materno-infantil e espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade. Bem como, apenas 5%, possuem creches para permanência de criança acima de 2 anos de idade.

Além de inseguranças e dificuldades com relação a gravidez, essas presas evidenciam experiências devastadoras e amedrontastes, pois, são nas cadeias públicas, presídios mistos, que há a maior violação de direitos humanos. São comuns relatos de presas que sofrem agressões físicas e psicológicas quando ainda estão grávidas e quando seus filhos já nasceram (QUEIROZ, 2015, p. 30).

Vale ressaltar que o cenário do Sistema Penitenciário Feminino Brasileiro é notado por suas condições precárias e suas deficiências estruturais. Dessa maneira, agravando a situação neste local perante a saúde, médicos insuficientes para a demanda das presas. (CUNHA, 2021, P. 22). Neste sentido afirma Bispo (2014, p 12) :

No Brasil, em sua grande maioria, as prisões femininas são escuras, encardidas e superlotadas. Dormir no chão, fazendo revezamento para ficar um pouco mais confortável, é praticamente regra. Os banheiros exalam mau cheiro, a higiene nem sempre é a mais desejável, os espaços para banho de sol são inadequados e não existe a mínima estrutura para acomodar uma criança. Por tudo isso, nos presídios, não há espaço para sonhos, ideais, muito menos para maternidade. Livres, as mulheres podem gerar vidas; presas, elas procriam desilusões. Isso é comprovado na ausência total ou parcial de laços afetivos construídos com os filhos; muito, também, fruto do abandono que essas mulheres sofrem quando estão presas.

Com os problemas presentes no sistema penitenciário, torna-se impossível a convivência com uma criança em um ambiente onde a dignidade da pessoa humana parece não existir. Na qual o Estado mostra-se ser insuficiente para garantir a essas mulheres seus direitos e garantias fundamentais. Ao contrário disso, elas continuam sendo presas em locais criados para atender o gênero masculino, onde não possuem o básico de higiene e vivem em locais superlotados. Conforme cita, Nana Queiroz, p. 66, 2015):

Cadeias de homens e mulheres ainda predominam fora das capitais e, quando nascem em locais assim, as crianças vivem em celas superlotadas, úmidas e malcheirosas, chegando até mesmo a dormir no chão com as mães. Apiedadas pelos filhos, muitas presas preferem devolvê-los à família ou entregar para adoção a vê-los vivendo em tais condições. (QUEIROZ, Nana, 2015, p.66, editora: Record)

As mulheres necessitam ter o mínimo dos seus direitos garantidos em lei para ter uma vida justa, como cuidados básico de higiene pessoal, celas separadas e limpas, cuidados à saúde, e principalmente em se tratando de gestantes e lactantes.

As mulheres encarceradas têm necessidades específicas e bem diferentes dos homens, que faz com que elas fiquem esquecidas em meio sistema masculinizado, onde tudo é pensado para eles, deixando a situação da mulher em segundo plano. - (Drauzio Varella, 2017).

Não bastando o cumprimento da pena em lugar deplorável, que não tem capacidade de abrigar nenhum ser humano, as presas que se encontram no sistema prisional, passam por outra situação de puro sofrimento. (CHAGA, 2019, p. 18).

Além de problemas como a superlotação, a questão de saúde dessas presas é de total relevância, “a ausência de estrutura, cuidado e observância de seus direitos humanos básicos leva, em muitos casos, a mulher a ter que parir dentro da própria cela. Ambiente total e absolutamente despreparado devido à sujeira, lotação, e desprovido de qualquer higiene típica e necessária para o parto”. (PIRES, 2021, p. 17). Os itens básicos para higiene pessoal fornecidos pelas instituições não suprem as necessidades das mulheres.

Em geral, cada mulher recebe por mês dois papéis higiênicos (o que pode ser suficiente para um homem, mas jamais para uma mulher, que o usa para duas necessidades distintas) e um pacote com oito absorventes. Ou seja, uma mulher com período menstrual de quatro dias tem que se virar com dois absorventes ao dia; uma mulher com um período de cinco, com menos que isso QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam. 7ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 182.

Nota-se que o despreparo presente nessas cadeias com a falta de profissionais da saúde ainda é escasso. Além de direitos a ter um ambiente preparado para gerar um filho, o acompanhamento com um profissional é área é de total relevância. Porém, ainda que necessário existem pouco profissionais atuando nas cadeias. (INFOPEN, 2021).

Essa falta de cuidado no tratamento da mulher em seus aspectos mais íntimos, prejudica diretamente a dignidade humana, como evidenciam as condições desumanizantes e degradantes em que essas mulheres estão presas em um sistema que não as valorizam. De acordo com dados da INFOPEN 2021, a ala da maternidade: equipes e estrutura físicas, é composta por apenas 5 (cinco) equipes próprias de ginecologista, e somente 2 (duas) equipe própria de pediatria que estão presentes com os presos em celas.

De modo geral, a permanência dessas mães com os seus filhos em celas despreparadas pode desencadear problemas psicológicos para ambos. A criança já nasce atrás das grades, com os seus direitos corrompidos e vivenciando um ambiente violento e degradante. Essas mães que são submetidas a essas situações notoriamente desumanas, os quais provocam traumas que posteriormente podem desencadear uma depressão pós-parto, em decorrência do estresse.

4 AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE E A IMPORTÂNCIA DA PARENTALIDADE DAS MÃES NOS PRIMEIROS ANOS DE VIDA DA CRIANÇA.

Os adultos de referência da criança, são aqueles que convive com ela nos primeiros anos de vida, e que assumem o papel indispensáveis para a sua formação e tem a função de assegurar a sua sobrevivência. Logo, a parentalidade da mãe nos primeiros anos de vida criança são cruciais para o seu desenvolvimento pleno.

Desde o nascimento, a família é a base para a socialização da criança. Elas precisam de cuidados indispensáveis, pois não tem mínimas condições para a sua sobrevivência. O convívio entre mãe e filho é um papel muito importante para o desenvolvimento afetivo e psicossocial, assim sendo, esses vínculos são construídos a partir dos laços duradouros. (REIS, 2014, p. 3) .

Segundo Anelise Hauschild Mondardo e Dóris Della Valentina, “A arte de educar um filho não se constitui em tarefa fácil, pois os cuidados com a criança se mostram constantes e permanentes, tornando-se a chave principal para a saúde de toda e qualquer criança”. Afirma ainda que “o sentimento e o comportamento da mãe em relação a seu bebê são também profundamente influenciados por suas experiências pessoais prévia”. (Mondardo; Valentina, 1998, p. 1) .

Porém, além de garantir o seu desenvolvimento, é dever do Estado garantir também que a pena não passará da pessoa do acusado, fazendo com a criança seja punido juntamente com a sua mãe, bem como promover um desenvolvimento pleno de vínculo afetivo entre a mãe e o filho. Conforme Armelin cita (Apud BARICHELO, 2019, p.30):

A privação pela qual a criança passa deixa evidente a discrepância no desenvolvimento entre uma criança “livre” e uma criança que vive atrás dos muros de uma penitenciária, que acaba não conseguindo ter uma convivência normal com sua genitora.

Embora a convivência com a mãe seja relevante, a amamentação também é importante para o crescimento e desenvolvimento dos bebês, e sua recomendação é de que seja até os dois anos de vida. Logo, a fase após o parto, é crucial para criar esses laços afetivos entre a mãe e o bebê. Como citam Adriana Serrã o Coelho, Rakelen Ribeiro de Menezes, MSc. Maria Raika Guimarães Lobo: p. 2, 2019)

O aleitamento materno resulta em notáveis benefícios tanto para o recém-nascido quanto para a mãe. Podemos citar o valor nutritivo do leite materno, os elementos imunoprotetivos essenciais ao recém-nascido e o desenvolvimento de vínculos afetivos saudáveis entre mãe e bebê.

Esse vínculo entre mãe-bebê em seu período de amamentação, já foram garantidos pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso L, que diz: “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. (BRASIL, 1988) .

Apesar de alguns avanços legislativos e judiciais no campo dos direitos das mulheres presas, quando se trata de analisar a implementação dessas leis, fica claro que há uma lacuna em relação ao que realmente está em vigor. (ANDRADE; BESSA; SILVA, 2020, p. 484) .

Os presídios femininos, bem como os masculinos não possuem assistência necessária para gerar o vínculo familiar, especialmente entre mães e filhos, dessa forma, não é capaz de promover um ambiente adequado para o desenvolvimento de uma criança. (ARMELIN, 2010, p. 5 apud STELLA, 2006, p.18) . Conforme afirma a jurisprudência:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMIABERTO. CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. RECÉM-NASCIDO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE. Encontrando-se a apenas em fase de amamentação de filho recém-nascido, sendo o aleitamento materno, nos primeiros seis meses de vida, de notória importância para o desenvolvimento nutricional e imunológico da criança, bem assim informando a administração do estabelecimento prisional a impossibilidade de alojar a presa juntamente com seu filho, é de ser mantida a decisão que concedeu a prisão domiciliar. Contudo, como o aleitamento materno tem especial importância nos seis primeiros meses de vida, impositivo seja estabelecido tal

prazo para a prisão domiciliar. Vencido esse, deverá a apenada ser recolhida ao estabelecimento prisional. AGRADO PARCIALMENTE PROVIDO.

Tendo em vista os conflitos dentro do ambiente prisional, bem como das inúmeras condições evidenciadas essa ligação dentro do cárcere é extremamente desagradável para ambas.

As conformidades do espaço prisional interferem de forma proporcional no desenvolvimento biopsicossocial da criança, dentre outros fatores, como a própria prisão, a vulnerabilidade do ambiente, a fragilidade da rede de apoio, as regras do sistema prisional e, sobretudo, um ambiente fechado, depressivo, agitado e conflituoso. (Matão; Miranda; Malaquias; Souza, 2016, p. 2)

Apesar dos problemas do espaço prisional, a situação de desrespeito e descaso aos direitos fundamentais não é diferente. Por exemplo, há presídios brasileiros que a alimentação fornecida pela unidade prisional coloca em risco a saúde das mães lactantes, bem como para as crianças que estão no cárcere com as mães, pois as crianças têm dificuldade de adaptação à alimentação, que geralmente é introduzida quando termina o período de amamentação, ou até mesmo concomitantemente a ela. (MARIANO; SILVA, 2018, p. 6)

Portanto ao pleitear acerca dos direitos de amamentação e de permanência da criança no cárcere, estamos discutindo acerca de um tema complexo que envolve uma mulher e uma criança, na qual ambas têm o direito de uma saúde mental e física, garantidos pelo Estado, bem como o direito de ter e construir uma família mesmo dentro de uma cela. (BESSA; ANDRADE; SILVA, 2020, p. 483) .

5 PRINCIPAIS DIREITOS E GARANTIAS DAS PRESAS GESTANTES.

Inicialmente, é fundamental trazer a constituição federal, a qual serve de base para todas as outras leis. Em seu primeiro artigo, temos um importante fundamento, o da dignidade humana, que servirá como um direcionamento para a formulação de todos os demais direitos que aqui serão discutidos. (CUNHA, 2021, p. 23).

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental pois ele é a base para a adequação de todos os demais direitos. No entanto, ele não sozinho não garante o tratamento adequado para as mães em cumprimento de pena. (CUNHA, 2021, p. 23). Logo, além do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal garante em seu artigo quinto, direitos e garantias fundamentais aos presos homens e mulheres. (BRASIL, 1988).

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana, garante a presa o direito de amamentação da criança dentro do cárcere durante o cumprimento da pena, caso o juiz não conceda a prisão domiciliar. Conforme artigo 5º, inciso L da CF: L - “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (BRASIL, 1988).

Além de garantir o direito de amamentação, a Constituição federal garante que a pena deverá ser cumprida em estabelecimento diferentes para os homens e mulheres, assegurando também a integridade física e moral das presas. Conforme artigo 5º da CF:

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

O direito fundamental à saúde das gestantes está protegido pela Constituição Federal brasileira de 1988, buscando ocasionar uma melhor qualidade de vida.

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

Contudo, temos em nosso ordenamento jurídico, a Lei de Execução Penal, que além de tratar sobre os direitos dos presos, busca zelar e respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, almejando garantir seus direitos básicos dentro do cárcere, como assegurar a saúde, assistência, educação, remição e etc. Incluindo ainda, o tratamento exclusivo para mulheres gestantes e mães que permanecem com seus filhos nos presídios. (BRASIL, 1984).

A Lei de Execução Penal n° 7.210, foi constituída em 11/07/1984, com o objetivo de organizar os regimes e os estabelecimentos prisionais. É uma lei que busca melhorar os presídios brasileiros, porém a realidade é bem distinta do que foi preconizado (CUNHA, 2021, p.25).

Ao discutir os princípios exclusivos da LEP para mães e gestantes, destaca - se o acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e puerpério. É assegurado que as penitenciárias femininas terão espaço para gestantes e puérperas, além de creche para crianças maiores de seis meses e menores de sete anos e celas individuais com dormitórios. Conforme descreve o artigo 14, parágrafo 3º e artigo 88 e 89 da LEP:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Além disso, no artigo 83, § 2º da LEP dispõem que os estabelecimentos penais para mulheres devem possuir berçários, para que possam cuidar dos filhos e amamentá-los, até os seis meses de idade no mínimo. Outro direito importante de ser mencionada é o presente do artigo, §3º da LEP:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009).

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

É importante trazer também a Lei nº 13.769, a qual foi sancionada em 19 de dezembro de 2018 (BRASIL, 2018), que tem a finalidade de assegurar direitos e garantias das mães encarceradas e ao seu filho. Resultando em mudanças significativas no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

Tais mudanças, tornou obrigatório a concessão de prisão domiciliar para todas as mulheres presas que sejam, gestantes, puérperas, mães de crianças menores de 12 anos incompletos ou ainda mães ou responsável de pessoas com deficiência, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça e não tenha cometido contra seu filho ou dependente. Conforme artigo 318-A, inciso I e II, incluído pela Lei nº 13.769/2018 no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - Não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa.

II - Não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Outra Lei que foi de suma importância para o reconhecimento dos direitos das mulheres mães e gestante foi a Lei 13.257/2016, também conhecida pela Lei da Primeira Infância, considerada um marco importante para a proteção de crianças entre 0 a 6 anos de idade, colocando como prioridade crianças dessa faixa etária.

Essa Lei foi sancionada com o objetivo de assegurar para as mulheres que estão sendo investigadas, ou que estão em regime fechado, a oportunidade de ter o direito à prisão domiciliar. Dessa forma, promoveu importantes alterações na esfera do direito da criança e adolescente.

Foi através da Lei 13.257/2016 que foi consagrada a definição de primeira infância, conforme descreve o seu artigo 2º “Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.” (BRASIL, 2016) . Dessa forma,

A importância da lei, em resumo, são assegurar à pessoa humana nos seus primeiros 72 meses maior grau de proteção e prioridade absoluta, de tal modo os direitos fundamentais específicos deste momento, indispensáveis que são para a formação e desenvolvimento do ser humano, de maneira que se formem como verdadeiras cidadãs (MACIEL, 2016, p.1).

Com a aprovação da Lei nº 13.257 / 2016, o Código de Processo Penal (CPP) sofreu alterações, permitindo que mães ou gestantes tenham seu encarceramento substituído por prisão domiciliar. Com base nisso, é possível observar que Código de Processo Penal permitia a substituição de pena apenas para gestantes a partir do sétimo mês de gestação, ou se fosse de risco. Conforme o artigo 318 do CPP, “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Como resultado, com a introdução da Lei da Primeira Infância, o artigo 318 do Código Penal passou por uma revisão posterior onde em seu inciso IV e V passou a constar: IV - Gestante; V - MULHER que tenha filho menor de 12 anos; (BRASIL, 2016).

Essas implementações foram criadas com o intuito de abranger importantes disposições para a proteção materna, incluindo o amparo para mães encarceradas, não se esquecendo a importância de se observar que um ambiente seguro é necessário para o pleno desenvolvimento de nossas crianças.

6 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DAS MULHERES PRESAS.

Como descritos no tópico anterior, a Constituição federal é a principal dentre todas as leis que garante os direitos fundamentais das mulheres presas no Brasil. Embora, existem leis e garantias é importante frisar quando esses direitos são violados. Em entrevistas pelo sistema penitenciário feminino no livro “Presos que Menstruam”, Queiroz (2015. P. 142-143) aborda o seguinte relato:

Ela quase não amamentava mais, nem sabiam se ainda produzia leite, e ele ia começar a perder peso. A mãe tinha pedido ajuda diversas vezes, mas a administração do presídio nunca se preocupava em leva-la a um médico especialista. A situação foi piorando e pequenos tumores externos de pus surgiram nos seios duros de Glicéria, que enfrentava a febre para continuar cuidando do filho [...] pediatras consideram essencial a amamentação até seis meses de vida para que o bebê cresça saudável. Eru deixou de ser amamentado aos três meses, por culpa do estresse da cadeia e do desleixo dos carcerários com a saúde de sua mãe.(QUEIROZ, 2015).

Perante ao exposto, cabe ao Estado administrar efetivamente os direitos da mulher mãe no sistema prisional, bem como os direitos e garantias fundamentais de seu filho. A Constituição Federal Brasileira de 1988 garante, entre outros, o direito fundamental à saúde das mulheres presas, promovendo uma condição de vida melhor. (CUNHA, 2021, p. 25).

Porém, em casos extremos, quando falta absorvente durante a menstruação, detentas improvisam usando miolo de pão velho como absorvente interno. (QUEIROZ, p. 80, 2015). Entende-se dessa forma que as mulheres são esquecidas pelo Estado, passando por diversas situações de descaso com um ser humano. Vivenciando a falta de higiene, cuidados específicos que toda mulher necessita, presidiárias relatam fatos de aborto, após hemorragia, sede e fome, superlotação nas celas. (CUNHA, 2021, p. 25).

Outro direito violado é o presente no artigo 83,§3º da Lei de Execução Penal que alega que os estabelecimentos penitenciários destinados as mulheres devem ter agentes exclusivamente do sexo feminino, esse artigo tem como objetivo evitar maus tratos, violações de intimidade e até abuso sexuais, o que acontece é que muitas mulheres presas vivenciam comportamentos agressivos de policiais conforme cita Queiroz (2020, p. 112), “Bater em grávida é algo normal para a polícia, respondeu Aline - Eu apanhei horrores e estava grávida de seis meses. Um policial pegou uma ripa e ficou batendo na minha barriga”.

Em uma pesquisa, com mulheres presas preventivamente, relataram um número expressivo de 27% das mulheres atendidas relataram ter sofrido algum tipo de violência, como, por exemplo, agressão física ou verbal e ameaça. Além disso, 7,50% delas afirmaram sofrer mais de uma forma de violência perpetrada concomitante. (RODRIGUES; GUIMARÃES, 2019, p. 2).

Além de configurarem violações a direitos do sistema penal brasileiro, a violências sobre as presas, incluem, além da agressão física, a violência psicológica, sexual, o assédio, as ameaças aos filhos e filhas, até a discriminação racial. Assim, a experiência da mulher com o sistema de justiça criminal é marcada por violências que mesclam a seletividade étnico-racial e de classe que perpassa todos os corpos considerados alvos privilegiados do Estado, com complexidades relacionadas ao gênero. (RODRIGUES; GUIMARÃES, 2019, p. 3).

Embora, ainda que sancionada a Lei nº 13.769/2018, a qual tornou obrigatório a concessão de prisão domiciliar para todas as mulheres presas que sejam, gestantes, puérperas ou mães de crianças menores de 12 anos incompletos, conforme artigo 318-A, existem casos que mães e gestantes que se enquadram nos requisitos da Lei, tiveram seu direito negado. Conforme pesquisa feita por Marianna Felipe, pesquisadora do Programa Justiça sem Muros. (BOEHM, 2019, p. 1).

O direito à prisão domiciliar foi negado para 89,1% das mães e gestantes que tiveram prisão decretada no estado de São Paulo, entre dezembro de 2017 e abril de 2018. Cerca de 213 casos foram analisados, sendo 125 mães e gestantes apenas 6 tiveram direito à prisão domiciliar (BOEHM, 2019, p. 1).

Dessa forma, evidenciam-se que apesar de haver direitos a serem cumpridos pelo estado ainda há um elevado número de mulheres que estão em cárcere com seus filhos, porém diante da realidade dos presídios brasileiros ser distinta dos direitos elencados em lei, se não há espaço adequado para acomodar a população feminina também não vai existir condições para receber uma criança ou até mesmo um recém-nascido. (PRATES; MOUTINHO, 2020, p1) . Nesse sentido, afirma a jurisprudência:

Agravo de execução penal. Apenada que cumpre pena em regime semiaberto. Indeferimento de prisão domiciliar. Recurso defensivo pleiteando sua concessão, fundamentada na necessidade de assistência aos filhos menores, especialmente do recém-nascido que conta com aproximadamente 3 (três) meses de vida (certidão de nascimento datada de 14.05.2020), ante a ausência de local adequado para o aleitamento materno, bem como pelo risco real de contágio da doença causada pelo covid-19 (art. 117, iii, c/c art. 146-b da lep). Pretensão subsidiária de autorização de permanência da apenada junto ao bebê no berçário da unidade prisional. Descabimento. Apenada/lactante que já teve decretado seu direito de permanência junto ao bebê no berçário do ergástulo até no mínimo seis meses de idade, em sede de habeas corpus (eproc n. 5018845-54.2020.8.24.0000). Prejudicado o pedido subsidiário. Outrossim, não comprovada a imprescindibilidade da prestação de assistência ao recém-nascido e/ou demais

filhos fora da unidade prisional pela apenada, ônus que incumbia à defesa. Inexistência de elementos concretos suficientes a justificar a antecipação do benefício. Condições pessoais (33 anos de idade e sem comorbidades preexistentes) e contexto local que não revelam perigo à integridade da saúde da apenada. Fato ensejador da segregação que se afiguram graves (furto, lesão corporal, constrangimento ilegal, sequestro e cárcere privado – arts. Art. 155 § 4º, iv c/c art. 129 "caput" c/c art. 146 "caput" c/c art. 148 "caput" todos do cp c/c art. 244-b "caput" do eca). Prognóstico de progressão de regime previsto somente para 04.03.2021. Ausência de provas de que a unidade prisional não conta com atendimento médico e não apresenta condições regulares de salubridade. Situação excepcional no caso concreto não vislumbrada. Inaplicabilidade do art. 117,iii, e 146-b, ambos da lei de execução penal. Ademais, de outro lado, recomendação para que seja realizado estudo social. Recurso conhecido e desprovido, com prejuízo do pleito subsidiário.

7 CONCLUSÃO

Em virtudes dos fatos mencionados, a pesquisa buscou dar visibilidade ao sistema penitenciário feminino, e permitindo também, um entendimento sobre a legislação e a aplicações desses direitos para com essas mulheres e seus filhos. Bem como apontar as múltiplas violações de direitos e garantias de mulheres grávidas, e até a convivência com seus filhos. Essas violações remetem-se diretamente a precariedade dos estabelecimentos prisionais, enfrentados por essas mulheres atualmente.

A importante frisar que a maternidade é um momento muito relevante na vida de qualquer mulher, mas também é caminho muito delicado e amedrontante, pois elas se tornam mais vulneráveis e frágeis. O fato de estar gerando outra vida, podem acarretar muitas inseguranças e incertezas, ainda mais quando se trata de gestantes que estão em seu cumprimento de pena. Para essas mulheres que estão privadas de liberdade a maternidade é um grande desafio, até porque ainda existe um número significativo de mulheres que passam por essa fase sozinha.

Através dessa pesquisa pode-se evidenciar que apesar das mulheres lutar para ganhar seus direitos perante a sociedade, ainda são tratadas com desigualdade e formas desumanas. Dessa forma, percebe-se que ainda há um número significativo de presídios femininos construídos pelo Estados, que não estão nem perto de atender todas as necessidades básicas de mulheres, muito menos preparados para receber crianças, bem como recém-nascidos que em muitos casos são consequentemente destinados a permanecerem com as mães em penitenciárias.

Ao realizar a pesquisa sobre a adequação do local às necessidades da criança, percebe-se que elas acabam também sendo aprisionada, pois não são beneficiadas a ponto de usufruir os seus direitos a receber um ambiente preparado para seu desenvolvimento. Dessa forma, nota-se que a parentalidade das mães é essencial para o seu desenvolver enquanto criança, pois esse vínculo é diretamente ligado a estimular cuidados, formação afetiva, ou seja, tudo que irá desenvolver as principais referências com outras pessoas.

Embora que ainda já existe uma lei que permite que essas mães possam cumprir sua pena em prisão domiciliar, pode-se concluir que na prática essa lei não está sendo suficiente para atender todas essas mães. Gerando assim, um número significativo de mulheres que permanecem com seus filhos em celas, conforme, mencionado.

Diante do que foi demonstrado na pesquisa, vê-se que a precariedade dos estabelecimentos prisionais brasileiros, pode causar danos principalmente psicológicos tanto na mãe quando no filho, na qual o Estados não se mostra preocupado com isso.

Conclui-se então que o estado deve garantir, um período gestacional digno, bem como para o nascimento da sua criança e sua estadia no sistema prisional, quando negado as prisões domiciliares para essas mães. Com isso, o momento de mãe e filho, sejam confortáveis para ambos. Dessa forma, é de extrema importância que se sugere novo estudos e mais investimentos á estrutura do nosso sistema prisional, com isso gerar uma estimulação de visitas para seus filhos e ainda contribuir fortemente para o aumento e continuidade do vínculo, para que a parentalidade dessas mães não sejam mais violadas comprometendo o crescimento enquanto criança.

REFERÊNCIA

Andrade, D. A., Bessa, L. S., & Silva, B. M. (2020). Maternidade e amamentação no cárcere: o desafio adicional para a efetivação de direitos das mulheres presas. *Interfaces Científicas-Humanas e Sociais*, 8(3), 476-493.

ALENCASTRO, Larroque Paola. *Mães presidiárias e o direito da criança e do adolescente à convivência familiar*. 2015.

ARMELIN, Bruna Dal Fiume. *Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado*. *Revista da Graduação*, v. 3, n. 2, 2010.

BISPO, Tânia Christiane Ferreira. *Percepção de Mães Presidiárias Sobre os Motivos que Dificultam a Vivência do Binômio*. *Revista Enfermagem Contemporânea*, 2014

BRASIL. Presidência da República Brasil. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial. *Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino*. Relatório final. Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em:

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL. L13769, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm#:~:text=Art.,de%20condenadas%20na%20mesma%20situa%C3%A7%C3%A3o.>. acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL, Lei 13257, 2016. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL.DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional, Infopen, levantamento 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoib2ZlZWVmNzktNjRlZi00MjNiLWZhYmYtNjExNmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlNy05MmYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS. *Agravo em Execução Penal*. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, 29 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/902557238>.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC. *Agravo em Execução Penal*. Relator: Ernani Guetten de Almeida, 4 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/891759000>.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres*, 2ª edição. 2018. Disponível em: https://conectas.org/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18-1.pdf.

BOEHM, Camila. 2019. *Prisão domiciliar foi negada para 89,1% das mães e gestantes em SP*, Agência Brasil, disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-05/prisao-domiciliar-foi-negado-para-891-das-maes-e-gestantes-em-sp>>. acesso em: 13 set. 2022.

CERETA, Sabrina. *Cárcere e maternidade: a questão do encarceramento da gestante face aos direitos de crianças e adolescentes*.

CHAGA, Danieli Paz da. *As violações aos direitos das mulheres mães e gestantes nas penitenciárias femininas brasileiras*. 2019.

CUNHA, Marianna Almeida da. *Sistema penitenciário feminino: gravidez e maternidade e as violações dos direitos e garantias fundamentais*. p. 1- 42, 2021.

GOMES, Aline Barbosa Figueiredo et al. *Reflexões sobre a maternidade no sistema prisional: o que dizem técnicas e pesquisadoras*. *Anais do XV Encontro Nacional da ABRAPSO [Internet]*, 2009.

JACOB, Rafaela Fernandes. *O Encarceramento Feminino e seus Reflexos na Criação de seus Filhos*. 2021.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Marco da Primeira Infância. Procuradora de Justiça da Infância e da Juventude do MPRJ, Vice-Presidente da Comissão da Infância e da Juventude do IBDFAM, 2019.

MARIANO, Grasielly Jeronimo dos Santos; SILVA, Isília Aparecida. Significando o amamentar na prisão. Scielo, São Paulo, v. 27, n. 4, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tce/v27n4/0104-0707-tce-27-04-e0590017.pdf>.

MARTINS, Natália Borges. O reflexo do cárcere no direito à amamentação e à maternidade. 2019.

DE MENEZES, Rakelen Ribeiro; COELHO, Adriana Serrão; LOBO, Maria Raika Guimarães. A importância da amamentação na formação de vínculos afetivos saudáveis entre mãe/bebê. BIUS-Boletim Informativo Unimotrisaúde em Sociogerontologia, v. 12, n. 5, p. 1-15, 2019.

MIRANDA, Denismar Borges de et al, Maternidade atrás das grades: particularidades do binômio mãe e filho, Revista de Enfermagem do Centro-Oeste Mineiro, v. 6, n. 2, 2016.

MONDARDO, Anelise Hauschild; VALENTINA, Dóris Della. Psicoterapia infantil: ilustrando a importância do vínculo materno para o desenvolvimento da criança. Psicologia: Reflexão e Crítica, v. 11, p. 621-630, 1998.

PÓVOA, Lúria Cardoso. A mulher e o sistema prisional: uma análise interseccional do encarceramento feminino. 2019.

PRATES; MOUTINHO, 2020. A mulher no sistema prisional brasileiro e a importância..., Jus.com.br, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83805/a-mulher-perante-o-sistema-prisional-brasileiro-e-a-importancia-de-medidas-alternativas-as-prisoas-provisorias>. acesso em: 13 set. 2022.

QUEIROZ, Nana. Presos que MENSTRUAM. Rio de Janeiro: Record Ltda, 2015. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/Presos%20Que%20Menstruam%20-%20Nana%20Queiroz.pdf>

REIS, Isabella Karolyni Ferreira. Mães com filhos no cárcere. JusFADIVA. Varginha, p. 2-8, 2014.

RODRIGUES, GUIMARÃES, 2020. Violação de direitos das mulheres mães e gestantes presas preventivamente. Disponível em: <https://ittc.org.br/processos-de-instrucao-artigo-2/> Acesso em 13 set. 2022

SIMÕES, Vanessa Fusco Nogueira. Filhos do cárcere: limites e possibilidades de garantir os direitos fundamentais dos filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil. Nuria Fabris Editora, 2013.

STELLA, Cláudia. Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos. São Paulo: LCTE Editora, 2006. 117p.

VARELLA, Dráuzio. Prisioneiras. Companhia das Letras, 2017.

5 AS DIFICULDADES DA MULHER NO CÂRCERE E PÓS CÂRCERE

Letícia Carla Baptista Rosa Jordão
Carolini Silvério Nogueira

RESUMO: Este trabalho visa apresentar as dificuldades de uma mulher que foi condenada por algum crime e como ao longo dos anos ela foi sendo mencionada nos textos das leis. As barreiras enfrentadas construídas pela sociedade e o abandono afetivo que passa tanto no tempo de seu cárcere como após ele, e como isso afeta diretamente ela. Como os meios utilizados atualmente para a ressocialização é em parte ineficaz, e conseqüentemente aumenta o número de reincidência de mulheres. Com a condenação de uma mulher ocorre uma desestruturação de toda uma família, ainda mais se ela era a única fonte de renda da casa de uma família monoparental, se tinha filhos, qual será o destino deles. O amor de mãe é insubstituível, é direito de ela poder zelar e cuidar de sua prole, mas no momento em que ela for condenada, esse direito é suspenso e nem sempre volta a ter ele, mesmo após o pagamento de sua pena. A falta desse contato traz para a criança um futuro incerto, isso faz com que o filho sofra juntamente com sua genitora, recebendo indiretamente a sanção penal que sua mãe teve, sendo privado de conviver com ela ou até mesmo ficando em cárcere com a mesma, ferindo a própria norma que traz que a pena não passará da pessoa condenada. O método utilizado no presente trabalho foi o teórico bibliográfico, consistente na análise de bibliografia de doutrinas e artigos científicos que tratam sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher. Prisão. Ressocialização.

ABSTRACT: This work aims to present the difficulties of a woman who was convicted of a crime and how over the years she was mentioned in the texts of the laws. The barriers faced, built by society and the emotional abandonment that she spends both in her prison time and after it, and how this directly affects her. As the means currently used for resocialization is partly ineffective, and consequently increases the number of recidivism of women. With the conviction of a woman, an entire family is disrupted, even more so if she was the only source of income for a single-parent family, if she had children, what will be their fate. A mother's love is irreplaceable, it is her right to be able to watch over and take care of her offspring, but the moment she is convicted, this right is suspended and she does not always have it again, even after the payment of her sentence. The lack of this contact brings the child an uncertain future, this makes the child suffer together with his mother, indirectly receiving the penal sanction that his mother had, being deprived of living with her or even staying in prison with her, violating the very norm that brings that the penalty will not pass the sentenced person. The method used in the present work was the theoretical bibliography, consisting in the analysis of bibliography of doctrines and scientific articles that deal with the subject.

KEYWORDS: Women. Prison. Resocialization.

1 INTRODUÇÃO

O tema é importante, visto que é um problema mundial, e a prática de crimes cometidos por mulheres e posteriormente sua ressocialização, são um problema que afeta diretamente todas as sociedades.

O objetivo é a análise e contextualização da não efetividade da ressocialização da mulher egressa. Abordando os problemas desde o início da sua vida no crime até sua volta a sociedade após seu cumprimento de pena, buscando uma nova oportunidade de vida e construir uma família, voltando ao seu convívio familiar.

Será utilizado o método teórico, consistente na análise de bibliografia por meio de doutrina e artigos científicos de periódicos jurídicos que versam sobre o tema.

No presente artigo irá se discutir e versar sobre a criminalidade feminina em comparação com a masculina, o interesse pelo tema debuta quando movimentos feministas começam a fazer parte de discussões sociais, passando a serem abordadas, ganhando abertura para assuntos que antes não se travava, como por exemplo, a mulher na vida do crime.

Em face no cenário atual, é muito difícil ser mulher e se manter em uma sociedade onde a todo tempo há julgamentos, impondo padrões de como deve ser, não dando oportunidades de mostrar o valor de cada uma, sendo tratada com discriminação principalmente no mercado de trabalho. Desta forma, imagine, nessa mesma sociedade, ser mulher e ex presidiária, mesmo após cumprir suas penas e sair da cadeia, acaba por possuir muita dificuldade para se reinserir no corpo social e voltar ao laço afetivo com sua família, sendo ela detentora e realizadora do seu planejamento familiar, mesmo tendo o cárcere te tirado isso.

No primeiro capítulo, irá ser tratado sobre o sistema prisional, como ele é mal estruturado e não suporta o atual cenário de crimes cometidos, causando superlotação e entre outros problemas.

Já no segundo capítulo, irá ser abordado sobre a evolução legislativa do sistema prisional, que ao longo de anos a lei foi mencionando a mulher e lhe dando direitos, como a separação de cela de masculino e feminino.

No terceiro capítulo tratar-se-á sobre os efeitos do encarceramento, que são vários, desde para a família da infratora, como para ela própria e toda a sociedade, como por exemplo, o afastamento familiar, o desamparo para reconstruir sua vida novamente, a marginalidade no mercado de trabalho, dentre outros.

Ademais, no quarto capítulo será apresentado os principais crimes cometidos por mulheres, que sofreu uma evolução, mudando a perspectiva das mulheres no crime, que antes era conhecida por crimes de aborto, adultério e agora sendo o tráfico de drogas, o principal crime.

O quinto capítulo será tratado sobre a reincidência dos crimes cometidos por mulheres, sendo discutido sobre os fatores e motivos que a levam a cometer a prática de crimes novamente, e conseqüentemente não conseguindo se reinserir na sociedade.

E por fim, o sexto capítulo que versará sobre o direito de planejamento familiar dessa mulher que já praticou um crime, cumpriu sua pena e agora deseja reconstruir sua vida. Como a perda do poder da guarda sobre seu filho, afetada a todos da família e traz conseqüências severas.

2 DO SISTEMA PRISIONAL

Em 2015 foi proposta a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) número 347, que visa reconhecer a inconstitucionalidade sobre certos assuntos, como é o caso do sistema prisional (MOUTINHO; BRATES, 2020).

O atual sistema prisional feminino brasileiro não está preparado e estruturado para atender as necessidades das mulheres condenadas, relacionado também a diversos problemas existentes como a superlotação. De acordo com a legislação o sistema deveria ser adaptado para receber as mulheres infradoras, pois necessitam de necessidades diferentes das dos homens. No entanto, essa adaptação não é correspondente com a realidade, como por exemplo, a falta de absorventes que é algo básico de higiene feminina, usando até miolo de pão no lugar desse item, descrevendo um cenário desumano, escassez de fraldas descartáveis para os bebês que estão junto com sua mãe, entre outros (CAMPOS, 2016). Essa crise do sistema não é apenas um problema jurídico, mas sim social, que afeta diretamente na prevenção da criminalidade.

É fato que o sistema prisional feminino é marcado pelo machismo, pela trajetória histórica e formado para atender homens e não mulheres, essa situação é grave, pois elas não são lembradas nem na hora de cumprir a pena por um crime, sendo esquecidas até pelo sistema prisional. A simples separação de cela de homens e mulheres não é o bastante, para alcançar essa adaptação exigida pela lei é necessário muito mais, como produtos de higiene íntimo, absorventes, fraldas, berçário e lugar especial para amamentação para aquelas que já são mães, esse cenário degradante atinge diretamente a saúde da mulher.

Lamentavelmente numa pesquisa sobre mulheres que são presas, encontra-se um traço de perfil que é a mulher pobre, parda ou preta, com grau de escolaridade baixo e incompleto, que já sofreu algum tipo de violência, com uma família desestruturada e muitas já são mães. É o que se verifica em informações disponibilizadas pelo

SISDEPEN, o número de presas de julho a dezembro de 2021, de cor/raça preta era de 4.382, parda 12.842, indígena 104, branca 8.509, amarela 131 (SISDEPEN, 2021).

Um estado que tem um sistema penitenciário como esse reflete diretamente na ressocialização da infratora, a falha conjunta desses sistemas atinge toda a sociedade. A mulher reclusa sofre diversas violências, sendo físicas, psíquicas, morais e emocionais, dentro do próprio sistema, perde direitos e é obrigada a passar por situações vexatórias (CURY; MENEGAZ, 2017).

Ambiente com celas apertadas e com um número muito maior que o suportado, com falta de higiene, sem estrutura, é a realidade de todas as infradoras sobre custódia (CURY; MENEGAZ, 2017). Além desses fatores, ainda se encontra com escassez de assistência médica e psicológica que é essencial para todo ser humano, não só mulheres e principalmente para aquelas que estão gestantes e convivem com a incerteza de qual será o futuro do filho que ela carrega em seu ventre. Isso é decorrência direta do fato de os presídios não terem estrutura preparada para receber uma grande quantidade de mulheres que praticaram crimes.

Assim como acontece em presídios masculinos que são dominados por facções como o Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Vermelho (CV), também em presídio feminino há a presença dessas, pois não é de se espantar que mulheres comandem organizações criminosas ou são subordinadas a qualquer delas e isso vem crescendo cada dia mais. Com isso a medida tomada para controlar é a mesma adotada em presídios de homens, separar as detentas por facções, para não causar conflitos (RECORD, 2017).

No ordenamento jurídico rege o princípio de individualização da pena, que é a não padronização das sanções penais, para cada crime é imposto uma pena de acordo com os fatos, aspectos, personalidade do agente e entre outros, sendo previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Nesse viés jurídico, deve ser levado em conta as características dessas mulheres presas em suas condenações, impondo sanções de acordo com os fatos cometidos e lhe dando direitos em vista das circunstâncias e necessidades de cada uma.

O tratamento prisional não é o único responsável pela efetiva ressocialização, depende muito também da força de vontade da pessoa, a história de vida deve ser levada muito em conta e como ela é recebida pela sociedade e sua família após o encarceramento. O sistema não possui somente o objetivo de ressocialização, bem como também o de reeducação.

2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO SISTEMA PRISIONAL

Na antiguidade a prisão não era a pena predominante, era considerado apenas uma medida assecuratória, não possuindo natureza de pena. Segundo Bittencourt:

A prisão servia somente com a finalidade de custódia, ou seja, contenção do acusado até a sentença e execução da pena, nessa época não existia uma verdadeira execução da pena, pois as sanções se esgotavam com a morte e as penas corporais e infamantes. (BITTENCOURT, 2011, p.13)

Até 1940 não existia lei que tratasse sobre a divisão do estabelecimento prisional feminino e masculino, assim as mulheres poderiam ou não ficar em selas separadas de homens, tudo dependia das autoridades responsáveis. A partir de 1930 com o intuito de regulamentar as prisões brasileiras, o governo federal adotou algumas medidas, sendo elas, o Regime de Correições, sancionado pelo Coronel João Alberto Lins de Barros, o Decreto nº 4.786, porém nesse momento nada foi mencionado sobre mulheres. Já em 1935 passou a vigorar o Código Penitenciário da República, que tratava sobre as circunstâncias da vida de uma pessoa condenada pela e em 1940 criou-se o Código Penal, que por sua vez trouxe algo relacionado pela primeira vez sobre mulheres no sistema prisional, juntamente com o Código de Processo Penal e em 1941 a Lei de Contravenções Penais. O art. 29, §2º do Código Penal de 1940, trazia o seguinte:

Art. 29. A pena de reclusão e a de detenção devem ser cumpridas em penitenciária, ou, à falta, em secção especial de prisão comum

§2º As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à sua falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, sujeitas a trabalho interno, admitido o benefício do trabalho externo (BRASIL, 1940).

No ano de 1941, em São Paulo, foi sancionado o Decreto-Lei nº 12.116, que tratava sobre a criação dos presídios femininos, com ele trouxe que as mulheres deveriam ser recolhidas em imóvel adaptado, somente com elas, sem homem, com condenação definitiva, a mulher que fosse mãe poderia ter a companhia de seu filho de até 3 anos (BRASIL, 1941). Um presídio foi inaugurado em 1942, foi administrado por freiras da Congregação do Bom Pastor D'Angers, que desde 1891 tinha por objetivo o auxílio e proteção de mulheres e meninas em situações de miséria, exclusão social e material, permaneceram na administração até o ano de 1973, não eram agentes penitenciários que trabalhavam no presídio, no entanto, a administração legal era submetida ao Estado, mas os poderes eram delegados a uma instituição religiosa (ARTUR, 2009).

Em 1984 com a Lei 7.209, passou a vigorar o art. 37 no Código Penal, trazendo o direito da mulher de cumprir pena em estabelecimento próprio (BRASIL, 1984).

Em 2010, na Assembleia Geral das Nações aprovou as Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras), que apresenta normas, estabelece princípios e regras para uma boa organização penitenciária e das práticas de tratamentos com presos citando as mulheres e medidas alternativas de não privativas de liberdade (LAVINA, 2018). Bem como abordando como deverá ser o tratamento das crianças que estão juntas com sua genitora, em um dos trechos das regras traz que as crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas e a remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza.

Já no ano de 2015 as Regras de Mandela foram atualizadas, criadas em 1955 por Nelson Mandela, e desde então muitas coisas mudaram, necessitando de alterações, a referida regra tem por objetivo a dignidade e respeito com o preso, garantindo seus direitos, como o acesso da saúde e a defesa, regulamentando disciplinas como o isolamento solitário (CAPPELLARI, 2015). A regra número 48 traz o direito das presas gestantes não poderem ser algemadas em seus partos e após (BRASIL, 2015).

Em 2017 foi acrescentado o parágrafo único ao artigo 292 do Código de Processo Penal, com o direito de não ser algema as mulheres grávidas na realização do parto e durante ele e nas puérperas (BRASIL, 2017).

Veja que é preciso a criação de regras básicas de tratamento para serem cumpridas, como é o caso do não uso de instrumento de coação em parturiente, que deveria ser o mínimo de respeito como a mulher que está naquela situação, sem mesmo precisar de regra que defina. Apesar da pessoa estar ali, cumprido sua pena pelo descumprimento de normas, não deixa de ser uma pessoa, que o mínimo de respeito deve ter. O princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema relevância, não só para assegurar direitos, mas também contribuir na elaboração e evolução legislativa. Ao longo dos anos, com a evolução legislativa, a mulher presa foi possuindo direitos para cumprir dignamente sua pena.

2.2 EFEITOS DO ENCARCERAMENTO DA MULHER

É fato que, quando qualquer pessoa pratica um crime ela é rejeitada e julgada pela sociedade, porém quando se trata do gênero feminino os julgamentos aumentam, por a mulher ter um perfil e imagem a zelar perante o corpo social, pois ela é conhecida por ser carinhosa, do lar, mãe, simpática, dócil, nunca se relacionando com a vida de crime. Quando isso ocorre, quebra-se o espelho de uma pessoa que deveria ser perfeita, sem erros, tendo agora uma imagem de pessoa perigosa. Ao longo de sua vida, ela sofre dois tipos de condenação, a da lei dada por um juiz e da sociedade cedida pela própria população, sendo punida pelo crime cometido e por não manter seu "papel" de boa mulher.

Lamentavelmente, muitas mulheres após seu encarceramento não recebem o mesmo apoio que um homem quando também é preso, muitas delas são abandonadas e não ganham nenhuma visita em todo seu tempo de reclusão. Esse abandono afetivo pode levar um fator que posteriormente irá dificultar sua ressocialização quando ganhar sua liberdade, pois não encontrará um amparo afetivo ou trazer mágoas por ter passado esse

período dificultoso de sua vida que foi o encarceramento, suportando tudo sozinha, sem receber visitas, cartas ou qualquer gesto que ela pudesse encontrar carinho.

Um dos motivos desse desamparo sentimental às mulheres encarceradas, é pela quebra da identidade moral que é imposta a ela pela sociedade, o papel de boa mulher que tinha e não foi cumprido, agora passando uma visão de pessoa perigosa, assim sendo rejeitada por aqueles que à tinha ao seu redor e em seu laço afetivo.

É habitual ver uma mulher visitando seu companheiro ou alguém de sua família em um presídio masculino, mas não é corriqueiro ver um homem visitando sua parceira que está em cárcere. Justamente porque é para ela a imposição de fidelidade e comprometimento com seu parceiro em qualquer situação. Muitos homens decidem não fazer visitas, pela situação vexatória das revistas íntimas.

O afastamento familiar é mais uma punição que as mulheres têm que passar. Esse panorama se dá pela sociedade machista e patriarcal atual, com resíduos de um cenário onde mulheres nem se quer tinha direito ao voto, estudo, liberdade, mesmo com a evolução humanitária, ainda é vista como a pessoa que não pode errar perante a sociedade, pois ela tem que ser o “espelho” da perfeição para os demais, assim, após cometer um crime e quebrar esse espelho, ela é vista com repúdio por todos, inclusive pela sua família.

A pena do crime não surtira efeito somente na sentenciada, mas nos membros de sua família também, o art. 5º, XLV, do Constituição Federal de 1988, traz que nenhuma pena passará da pessoa condenada (BRASIL, 1988). Entretanto, os efeitos dela também terá impacto naqueles que pertencem em seu meio de convivência e familiar. Por isso muitas famílias tentam o máximo esconder se já houve ou tem caso de mulher que já cumpriu ou está cumprindo uma pena por algum crime, muitas se isolam dos demais, pois para eles é algo deplorável, de vergonha, então para evitar murmurinhos em grupos da sociedade, preferem evitar ao máximo o convívio com outras pessoas.

Além do abandono afetivo com a prisão, ainda passam pela dificuldade de ingressar no mercado de trabalho novamente. Toda vaga de emprego é muito requisitada, sendo concorrida por muitas pessoas, a mulher com filho, ex-detenta e as vezes até preta, é quase nula a chance de obter essa vaga.

Após adentrar no sistema penitenciário, tudo que a pessoa não precisa é que seja enganada por esse próprio sistema, como acontece de fazer trabalhos e nunca receber sua remuneração, isso só faz com que a pessoa continue na vida do crime, pois ali ela sabe que conseguirá seu dinheiro após executar seu trabalho.

Entretanto, nem tudo em uma prisão é ruim, pois pode ser o lugar onde a mulher consegue estudar, aprender novos trabalhos artesanais, em alguns casos, ela começa a ser mais vaidosa, pois com pouca opção de passar seu tempo, procura meios de se entreter e cuidar de si mesma podendo ser uma boa opção, mas é lógico que não é em todos os casos, pois em muitos presídios a situação é extremamente precária, cuidar de sua beleza seria luxo que somente quem tivesse mais “poder” teria esse privilégio.

Assim como acontece nos presídios masculinos, também pode acontecer nos femininos, onde a mulher acaba se relacionando com pessoas mais perigosas, se filiando com facções, organizações criminosas e se tornando um perigo maior para a sociedade do que quando ela entrou, quando tiver sua liberdade possivelmente poderá cometer crimes mais graves do que vez ela entrar pela primeira vez. Esse é um grande problema da junção de vários infratores, a convivência pode levar a se tornarem uma pessoa mais perigosa para toda sociedade.

Além de todo papel da mulher no corpo social já citado, a prisão dela traz outro problema para a sociedade, a separação materna, como diz a socióloga, Julita Lemgruber.

Se a maior parte dessas mulheres não é violenta, não é perigosa, e são mães, a sociedade deveria estar preocupada em ter alternativas à pena de prisão para essas mulheres na medida em que há um problema social muito grande que é gerado com a prisão delas, porque essas mulheres são mães e são chefes de família. Muito comumente, essas mulheres têm filhos cujos pais já abandonaram essa família, já abandonaram essas crianças, e a mãe é a única responsável. (CARVALHO; PIRES, 2020)

Posteriormente esse rompimento pode causar um dano ainda maior, que é o filho dessa mulher que cometeu um crime e agora está cumprindo a pena, gerar um sentimento de revolta por essa separação de mãe e

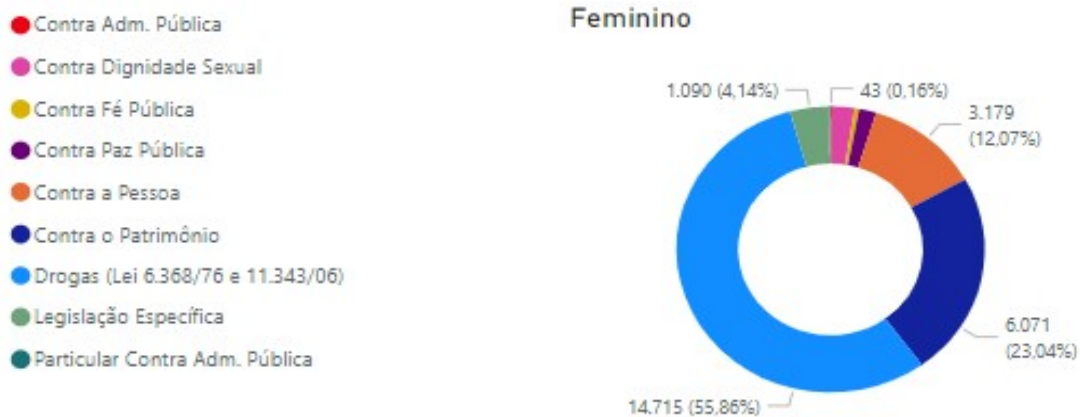
filho e crescer já com raiva do sistema de justiça, pois privaram ele de conviver uma parte de sua vida com sua genitora, podendo ser mais uma vida que entrará para o crime.

3 PRINCIPAIS CRIMES COMETIDOS POR MULHERES

Antigamente, as mulheres estavam relacionadas aos crimes de infanticídio, aborto, homicídio passional e adultério, pois elas possuíam um papel na sociedade, de ser mãe, dona do lar e fiel ao seu marido, não eram relacionadas com a criminalidade, caso não cumprissem com seu papel eram punidas, como no caso de adultério, que foi revogado no ano de 2005. Segundo a Professora Ana Caroline Montezano Gonsales Jardim:

A relação entre mulheres e prisão no Brasil origina-se pelo cometimento de crimes no período colonial, vinculados ao rompimento com a moral religiosa vigente, cujo foco centrava-se no comportamento dos indivíduos. A resolução dos conflitos sociais pautada por uma dimensão valorativa reiterou no decorrer da história, um tratamento infantilizador e disciplinar às mulheres, criando-se estereótipos em torno dos crimes cometidos, cujas condutas passaram a ser explicadas pela diferenciação de delitos associados ao feminino. (JARDIM, 2002, p.2).

Os crimes praticados por mulheres em suma parte não são realizados com violência, outra parte são crimes contra o patrimônio e tráfico de entorpecente, sendo esse último um dos mais cometidos, bem como pode se observar no gráfico a seguir do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional.



Fonte: SISDEPEN (período julho a dezembro de 2021)

Alguns estudos apontam que o envolvimento de mulheres no crime de drogas, pode ser contra sua vontade, sendo involuntariamente, induzida pelo seu parceiro de relacionamento, estando ligado diretamente com o emocional e assim cedendo ao pedido de seu companheiro para provando sua lealdade de estar com ele em todos os momentos (RODRIGUES, 2021).

Outros fatores para o abarcamento no tráfico de drogas é a dificuldade financeira e escassez no mercado de trabalho, tendo muitas mulheres o dever e obrigação de trazer o alimento para seus filhos. Assim, entrando para a vida do crime tráfico de drogas, pois ali encontrou uma oportunidade de não deixar suas crianças passarem necessidades.

Com as mulheres ganhando cada vez mais espaço na sociedade, não é de se espantar em encontrar algumas delas em um cargo de liderança ou chefia em uma organização de crime de tráfico, no entanto, é mais comum encontrá-las como subordinadas a um homem liderando.

De acordo com o SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional) no período de janeiro a junho de 2021 a população feminina presa era de 30.199, já no período de julho a dezembro do mesmo ano o número era de 31.038, um aumento de 839 presas em 6 meses (SISDEPEN, 2021).

Vale também ressaltar que, a vida na criminalidade não começa em alguns casos somente na vida adulta, mas ainda antes de completar seus 18 anos, e são diversos motivos que levam ela a cometer a prática de delito, um pouco diferentes talvez do que quando ela já é adulta, como por exemplo, o furto ou tráfico para conseguir objetos que estão em alta na mídia, como roupas, celulares, etc., por sofrer algum tipo de violência em casa e tentar meios para sair de lá, a ilusão de um amor que leva ela a cometer juntamente com seu ele por gostar dele, e entre outros motivos.

De acordo com dados do Ministério da Cidadania, apontam que o número de mulheres beneficiárias de auxílio do governo como o Auxílio Brasil, é maior que de homens. Isso faz com que se reflita, pois mesmo recebendo o auxílio financeiro fornecido pelo governo, ainda não é o bastante para se sobreviver e depender somente dele, é onde essa mulher acaba tendo que arrumar outra fonte de renda, se as portas dos crimes estiverem abertas e do mercado de trabalho lícito fechadas, ela poderá optar por ingressar do tráfico de drogas ou cometer furtos para o próprio sustento e de seu filho, e infelizmente aumentar o número da população carcerária feminina.

Uma mãe quando vê seu filho com fome, sem ter alguém para te socorrer, ela vai fazer coisas que nem ela mesma concorda, mas seu coração não suporta a dor de ver sua prole naquela situação, praticando o furto famélico, que ocorre quando alguém pratica para suprir sua fome, em uma situação de urgência e desespero, partindo do princípio de insignificância, por em casos serem valores irrisórios, não deveria ser punido, mas essa não é a realidade, como aconteceu com a Rosângela Sibebe, que cometeu um furto de alimentos somando no total o valor de R\$21,69, foi presa e gerou muita repercussão, o caso chegou ao STJ que foi quem concedeu sua liberdade.

“Habeas Corpus”. Furto simples. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Decisão fundamentada nos preceitos legais e em detalhes do caso concreto, nada infirmando a segregação. Inteligência dos artigos 312 e 313, inciso II, do Código de Processo Penal. Paciente que ostenta DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. Necessidade de manutenção da ordem pública, algo não alcançado por singelas cautelares previstas no artigo 319 daquele mesmo Estatuto Processual. Elucubração sobre o cabimento de benesses diante de eventual condenação incompatível com a estreita via eleita. Pandemia de Covid-19 que não enseja automática concessão de benefícios. Existência de filhos menores que, por si só, não enseja automática prisão domiciliar, benesse colidente com as peculiaridades do caso, prevalecendo o interesse da sociedade sobre o individual. Constrangimento ilegal não verificado de plano. Ordem indeferida liminarmente, dispensados parecer da Procuradoria de Justiça e informações da autoridade coatora (artigo 663 do CPP). (BRASIL, 2021).

Esse não é o único caso de mães que furtam para matar a fome de seu filho, existe muitos outros, mas nem sempre tem o mesmo final como esse, talvez se não tivesse repercutido tanto o acontecimento não teria tido o mesmo final, assim como muitos outros.

3.1 DA REINCIDÊNCIA DOS CRIMES COMETIDOS POR MULHERES

A reincidência de crimes está prevista no art. 63 do Código Penal, que traz que a mesma se caracteriza quando o agente comete novo crime, após ter transitado em julgado a sentença do crime que pelo que foi condenado anteriormente. (BRASIL, 1940)

Um dos fatores que podem contribuir com o envolvimento de mulheres no crime, é seu passado marcado por traumas familiares, abusos, violências sofridas, rejeições suportadas e até convívio e influência de outros criminosos em sua própria família e seu grupo de amigas, assim a vida do crime é quase herança dada a ela. Outro fator poderoso é a estrutura familiar e poder econômico, logo, buscando meios para seu sustento e de sua família, pois muitas vezes é ela a única pessoa para trazer o sustento de seus filhos, infelizmente com o mercado de trabalho como se encontra hoje, a prática de crime é um caminho mais fácil e rápido de se obter dinheiro, sendo um meio de sobrevivência.

Quando se pensa que está liberta, pagou pelo seu erro, pode recomeçar sua vida, enfrenta uma barreira de isolamento colocada pela sociedade, com exclusão e julgamento, dificultando ainda mais sua reinserção no convívio social, com isso, abre uma brecha para voltar a vida do crime e aumentar o índice de reincidência. Sendo esse bloqueio criado um dos principais fatores para a repetição de ato criminoso. Além do motivo citado, ainda encontra o desemprego, complicações financeiras, falta de apoio familiar e entre outros.

Essa recaída deve ser para a sociedade tão preocupante quanto o início na prática do cometimento de crime, pois se houve a reincidência algo falhou e o projeto de inserir essa pessoa na sociedade não foi bem-sucedido e as políticas públicas fracassou. Pode-se dizer que, quanto mais a mulher voltar a reincidir a prática do crime, mais dificultoso será para ela voltar a viver em harmonia na sociedade. Além do problema de não ter reinserido a pessoa no convívio popular novamente, ainda causa superlotação no sistema prisional brasileiro.

A obrigação da recuperação e posterior reinserção do presidiário na sociedade é do Estado, garantia assegurada pelo art. 10 da LEP (Lei de Execução Penal), onde é determinado que o Estado tem o dever de prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, direito que também ampara o egresso, devendo assim o Estado dar assistência a todos eles (BRASIL, 1984).

Para que sejam criadas políticas públicas que realmente sejam eficazes, deve observar e entender todos os fatores que levam a reincidência do crime, em todos os âmbitos e realidades diferentes.

Atualmente, já se tem vários projetos e organizações voltados para a reinserção da mulher ex presidiária na sociedade. Como a ONG Instituto Resposta, criado por Karine Vieira, é uma agência de empregos social para pessoas egressas do sistema prisional, preparando o candidato para o mercado de trabalho e acompanhamento pós contratação. O objetivo principal desse projeto é auxiliar no processo de transformação através da geração de renda e inclusão no mercado de trabalho. O instituto Humanitas360 também é mais uma organização que possui projetos voltados para presidiários e ex presidiários, dentre essas propostas, existe o Cooperativa Lili – Penitenciária Feminina 2 de Tremembé, sendo a primeira cooperativa social de detentas e ex detentas oficialmente registrada no Estado de São Paulo, e a segunda no Brasil, ela é voltada para produção de artigos têxteis, incentivando o empreendedorismo assim aumentando as chances de não reincidência criminal dessas mulheres que participam do projeto.

Instituições governamentais também possuem projetos com o intuito de ajudar presidiários e egressos, no entanto, alguns deles causam muita insatisfação por quem o frequentam, entre esses casos encontre-se a Fundação Santa Cabrini, com sede no Rio de Janeiro, tem a finalidade de promover trabalho prisional, onde os presos realizam trabalhos e são remunerados por esse ato, ou deveria ser, pois tem-se muitos relatos de presidiários e ex presidiários que não receberam pagamento por seu trabalho, com isso só aumenta a insatisfação com o sistema, por acharem que estão sendo enganados e explorados, dificultando ainda mais uma possível reinserção na sociedade dessas pessoas que trabalharam e ficaram com sentimento de enganação (OLERJ, s.d).

4 DO DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR DA PRESIDÁRIA

Todas as pessoas possuem o direito de viver dignamente, sendo um direito constitucional previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, poder construir e formar uma família (BRASIL, 1988). É desejo da maioria das mães acompanhar de perto o crescimento de seus filhos, no entanto, para a mulher condenada e sentenciada por um crime, lhe é retirado esse direito por tempo provisório e muitas vezes até definitivo.

É errôneo pensar que, a mulher por cometer algum crime se torna uma esposa ou mãe agressiva e do mal. O fato de cometer um delito, não diz como essa pessoa é dentro do seu convívio familiar. O crime não à faz ser uma mãe desumana, pois muitas vezes o que levou ela a cometê-lo, foi para ter alimento em sua mesa.

A família possui proteção do Estado, como dispõe o art. 226 do CF/88. E compete a ambos os pais o exercício do poder familiar, como determina o art. 1634 do CC. O poder familiar pode ser entendido como sendo o direito e dever que os pais assumem sobre os filhos para que a família esteja ajustada, buscando a convivência pacífica entre os membros (TAMASSIA, 2014). O planejamento familiar está previsto na Lei nº 9.263/ 1996.

Ter a guarda de um filho, é tem que zelar, cuidar e manter vigilância sobre ele, é direito dos pais a guarda de sua prole, ainda assim, é retirado esse direito e dever da genitora que por algo infortúnio, perde essa capacidade

de exercer a guarda por tempo provisório e até definitivo. De acordo com o parágrafo único do artigo 1.637 do Código Civil, é suspenso o poder familiar do pai ou mãe que tiver sido condenado por sentença irrecorrível de crime com mais de dois anos de prisão (BRASIL, 2002), por conseguinte, também é retirado do filho(a) o direito de crescer com sua mãe, possuir o amor afetivo que só ela poderia dar, à vista disso, pode ser considerado que o descendente de uma infratora também é condenado a não viver com sua procriadora?

O princípio da intranscendência da pena, norteador pelo art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, nos traz que nenhuma pena passará da pessoa condenada, posto isto, a norma delibera que ninguém receberá uma condenação no lugar de outra pessoa (BRASIL, 1988). No entanto, os filhos que são separados da infratora recolhida em estabelecimento prisional, recebem uma condenação de não conviver com sua mãe, contrariando o próprio ordenamento jurídico.

Em 2018 o STF decidiu que as mães de filhos até 12 anos podem cumprir sua pena em prisão domiciliar, a decisão veio por um Habeas Corpus Coletivo HC 143.641, e sucessivamente passou a vigorar o art. 318-A do Código de Processo Penal, trazendo a substituição da prisão preventiva por domiciliar, no entanto, possui exceções para ser concedido essa conversão, o crime pelo qual esteja respondendo não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça e não ter sido realizado contra seu filho ou descendente.

O julgamento do Habeas Corpus coletivo julgado pelo Supremo Tribunal Federal tem sido usado como fundamentação para concessão de outras substituições de prisões, como os casos da jurisprudência a seguir:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE GESTANTE. ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR. PROVIMENTO DETERMINADO EM HABEAS CORPUS COLETIVO JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo (HC n.º 143.641/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI) às mulheres presas, gestantes, puérperas e mães de crianças menores de doze anos de idade ou portadoras de necessidades especiais, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos Juízes que não reconhecerem o direito à prisão domiciliar. 2. A hipótese enquadra-se na situação excepcional. É certo que, na espécie, a prisão preventiva está fundada notadamente na suspensão do poder familiar relativamente às duas crianças de que a Paciente é mãe. Ocorre que essa circunstância não pode justificar a segregação de Ré em estado gestacional. Assim, está caracterizada flagrante ilegalidade em não se conceder prisão domiciliar. 3. Em 19/12/2018 foi editada a Lei n.º 13.769, que incluiu o art. 318-A ao Código de Processo Penal, o qual dispõe que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa e II) não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. 4. Ordem de habeas corpus concedida para, em conformidade com o parecer ministerial, ratificar a decisão em que foi deferido provimento liminar para substituir a custódia preventiva da Paciente por prisão domiciliar, nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2020).

No caso da jurisprudência citada acima, trata-se de uma prisão em flagrante por tráfico de drogas, a mulher presa no crime encontrava-se grávida e diante disso foi pedido a substituição da prisão em flagrante para a domiciliar, que previamente foi negado, foi proferida a sentença condenando a 5 anos 2 meses e 15 dias iniciando em regime fechado, com efeito de sua prisão a mesma perdeu a guarda de seus outros 2 filhos, à vista disso, para o melhor interesse das crianças e o desenvolvimento de sua gravidez foi concedido o Habeas Corpus para a genitora.

A concessão da prisão domiciliar de início era designada para as prisões provisórias, mas o STJ entende também que pode ser aplicado o benefício para as condenações definitivas .

O local de um presídio não é adequado para se conviver com uma criança, sendo um lugar insalubre, perigoso, sem estrutura e conforto, e com isso afeta seu desenvolvimento, trazendo consequências. Julita Lemgruder afirma que “é impossível passar por uma prisão e sair sem marcas e feridas. Acontece com todos” (LEMGRUDER, 1999). Tudo isso é vivenciado e experimentado por uma criança que está cumprindo paralelamente a pena com sua mãe e nem se quer teve uma participação na ação e nem direito a defesa. O conjunto de todos esses fatores cria traumas que não possuem retorno. Pode se considerar que a criança se torna filha do cárcere.

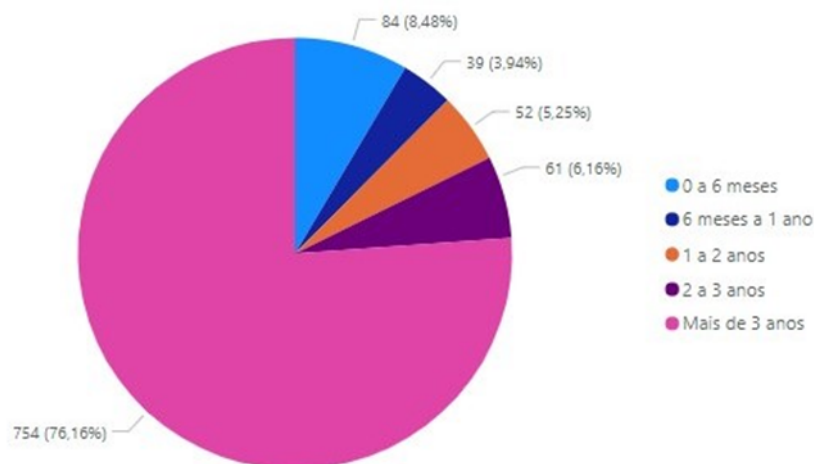
A prole é exposta ao estresse tóxico gerado pela comunidade carcerária, que ao mesmo tempo não é capaz de acolhê-la pela situação precária que todas as mulheres reclusas ali vivenciam (LAVINA, 2018). Toda boa mãe não quer que seu filho passe por isso.

De acordo com o SISDEPEN, no período de julho a dezembro de 2021 o número de detentas lactantes era de 85, gestantes/parturientes de 159 e de filhos com suas genitoras de 990 (SISDEPEN, 2021).

É dever do poder público garantir à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontra sob custódia de privação de liberdade, atender as normas sanitárias, acesso ao Sistema Único de Saúde, ensino competente, para o desenvolvimento integral da criança, como dispõe o art. 8, §10 do Estatuto da Criança e Adolescente (BRASIL, 2016).

Essa prisão da prole juntamente com a genitora deve ser mais bem regulamentada, pois o Estado deve atuar de forma mais efetiva desde o pré-natal até o pós-nascimento, com a intenção de evitar que novas vidas sejam corrompidas pelo crime (LAVINA, 2018).

Essa prevenção deve acontecer desde o ventre, não só fora dele, a sociedade atual busca novos valores a cada dia, e esse zelo com o feto é ideal para um futuro próspero (LAVINA, 2018). Esse novo ser não deve pagar pelos erros e crimes de sua mãe, uma vez que ele nem pediu para nascer. O gráfico a seguir mostra a quantidade de filhos por idade que se encontra no sistema penitenciário juntamente com sua genitora que é o total de 990 de acordo com o SISDEPEN no período de julho a dezembro de 2021 (SISDEPEN, 2021):



Fonte: SISDEPEN (período de julho a dezembro de 2021)

Quando prende uma mulher, destrutura uma família inteira, pois elas são geralmente responsáveis pela sua família e cuidados com seus filhos, em muitos casos os seus descendentes têm que ficar buscando um lar para ficar, pois não tem mais sua mãe para lhe cuidar, causando assim futuramente transtornos psicológicos, emocionais e traumas, pois não teve um lar sólido e estruturado.

Não basta conseguir cumprir sua pena em seu lar, se o Estado não der um suporte para ela continuar sua vida, pois alimentos, remédios, produtos de higiene e roupas são necessários, sem um amparo essa mãe uma hora ou outra vai ser obrigada a buscar meios para suprir essas necessidades, se ela já conhece o dinheiro do crime esse será o caminho que ela vai encontrar mais fácil, assim desencadeando a reincidência da mesma e novamente sendo afastada de seu lar e filhos.

As mulheres possuem necessidades diferente dos homens, por isso deve ter mais atenção no encarceramento das mesmas, por essa razão deve ter uma análise de suas necessidades no sistema carcerário feminino no Brasil.

Apesar de decidir nunca mais voltar ao mundo do crime, carrega para sempre a marca de ter passado pelo cárcere, mas não lhe deve ser retirado o direito de construir novamente um lar com sua família, a convivência familiar é para todos.

5 CONCLUSÃO

Diante de todos os fatos e pontos mencionados no decorrer no trabalho, ficou nítido que existe a violação do direito da mulher em vários âmbitos, principalmente por não poder criar seus filhos, mas, no entanto, se ele não lhe é retirado, acaba sofrendo e convivendo com sua mãe em um presídio, não conseguir se reinserir na sociedade, os julgamentos que sofre, as portas fechadas do mercado de trabalho, a rejeição de sua família e o abandono no cárcere, entre outros.

O problema abordado sobre o sistema prisional, sendo a superlotação nos presídios, o não fornecimento de estruturas básicas para gestantes e parturientes e produtos de higiene, nada mais é do que falhas das políticas públicas juntamente com o Estado, que não consegue prevenir o não cometimento de crimes e após o cumprimento da pena, não obtém a ressocialização, causando assim a superlotação. E a falta de estrutura e itens básicos é pelo erro de não se importar com a pessoa que está ali, não basta criar leis que protegem os direitos humanos se não conseguir fazer a aplicação delas. A criação de políticas públicas com projetos para a inserção mais facilmente de mulheres no mercado de trabalho, sem ou com condenação criminal, seria uma ajuda para a prevenção de cometimentos de delitos, bem como a criação de projetos, como o de distribuição de absorventes da lei 14.214/2021, já é o início para suprir uma das necessidades de mulheres vulneráveis.

Por meio dos efeitos do encarceramento pode observar-se que eles decorrem do abandono familiar e a rejeição social. A saúde mental dos familiares fica instável assim como a de quem está em cárcere. O cuidado também tem que ser dado para aqueles de era próximo no âmbito familiar da infratora, principalmente se ela tinha filhos.

A condenação dada pela sociedade é mais severa que a imposta pelo juiz, pois nesse momento da condenação social é que ela vai ter que superar as expectativas daqueles que a julgam e recomeçar sua vida mesmo com as portas fechadas, em um ambiente que a todo momento irá receber “não” como resposta para seus pedidos, e ainda assim, não cair na tentação da voltar para vida criminosa e reincidir.

O apoio dado pelos familiares ou companheiro quando está sobre custódia, é muito importante tanto para sua saúde psicológica e para sua futura ressocialização. Deste modo, pode-se ver que, o simples apoio de quem tem afeto e dos demais, é capaz de mudar suas futuras escolhas após sua liberdade. Projetos juntamente com a família dessa mulher condenada, pode fazer com que acolhessem ela novamente e em casos de não haver familiares por perto ou a rejeição dessa ajuda, abrigos para essa egressa após pagar sua pena e ter onde morar e se sentir acolhida seria de muita relevância e grande ajuda para sua evolução como pessoa na sociedade.

Foi abordado sobre o assunto dos principais crimes cometidos por mulheres, é preciso planejar meios para coibir a prática de delitos, um dos mecanismos para isso seria se o próprio mercado de trabalho dispusesse de mais oportunidades para ela, principalmente para aquelas que já são mães e muitas vezes solo, pois é evidente o tanto que ela precisa de uma oportunidade e ajuda.

Da mesma forma que, para evitar a reincidência a oportunidade de trabalho é extremamente importante, projetos para reinserir a mulher ex presidiária no mercado de trabalho já é posto em prática, no entanto para a realização desses projetos deve haver a disponibilidade de empresas que ofertam essas vagas destinadas a elas.

Para as que são mães principalmente de filhos recém-chegados, o contato com ele é muito importante, sendo assim, um lugar em que possa trabalhar e ainda assim ter tempo para cuidar de seu fruto e dar todo amor e carinhoso, seria essencial para prevenir uma possível recaída para no crime, pois ela vera que pode dar um futuro melhor para esse ser que ela trouxe ao mundo.

Do direito ao planejamento familiar de uma mulher ex presidiária, podemos ver que tem o desrespeito com seus direitos, a todo momento é falado sobre a ressocialização, mas é retirado o poder de guarda da mãe que foi condenada e pagou o que devia para a justiça, não lhe é ofertada possibilidades para concretizar essa readaptação na sociedade. Para a concessão do poder de guardar para essa mãe novamente um estudo social e psicológico pode apontar se essa ela pode voltar a zelar e cuidar de seu filho. O melhor interesse para essa criança é poder viver em um ambiente seguro, com amor e carinho, assim como também é importante o convívio materno, é necessário para sua saúde e bem-estar, crescendo saudável tanto físico e psicológico, em um lugar familiar e com liberdade. Projetos para abrigar essa família que está se reconstruindo podem ser criados. Isso não beneficia somente a criança, mas também essa mulher que está se reeducando socialmente. É dever do Estado dar assistência para a egressa.

Como observa-se, a efetivação e aplicação de direitos violados, já seria uma vitória. Mesmo com a evolução das leis e inserção das mulheres em seus textos, trazendo direitos e obrigações, o único efetivo é as obrigações, pois os direitos são violados e retirados a todo momento. É direito de todos viver dignamente, mesmo após uma condenação, essa violação afeta a segurança de todos que compõem o grupo social. Não basta a criação de leis se elas não são executadas com eficiência. O direito a convivência familiar pode restaurar essa infratora e reconstruir a família.

REFERÊNCIAS:

ARTUR, Angela Teixeira. "PRESÍDIO DE MULHERES": AS ORIGENS E OS PRIMEIROS ANOS DE ESTABELECIMENTO. SÃO PAULO, 1930-1950. 2009, Fortaleza.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO: CAUSAS E ALTERNATIVAS. ed.4. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em 17 ago.2022.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 15 ago.2022.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 17 ago.2022

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 17 ago.2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 12.166 de 1941. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto.lei/1941/decreto.lei-12116-11.08.1941.html> Acesso em 05 ago.2022

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em 17 ago.2022.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em 17 ago.2022

BRASIL. Lei nº 7.209 de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm Acesso em 10 ago.2022.

BRASIL. Regras de Mandela. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf> Acesso em 01 ago.2022.

BRASIL, (STJ - HC: 507671 SP 2019/0123624-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 04/02/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/02/2020)

BRASIL, (TJ-SP - HC: 22323300320218260000 SP 2232330-03.2021.8.26.0000, Relator: Farto Salles, Data de Julgamento: 07/10/2021, 6ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 07/10/2021)

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. Salvador/BA: JusPodivm, 2016.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. VOCE SABE O QUE SÃO AS “REGRAS DE MANDELA”?. 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/296135439/voce-sabe-o-que-sao-as-regras-de-mandela> Acesso em 16 set. 2022.

CARVALHO, Janaína. PIRES, Raísa. MULHERES NO CRIME: EM 10 ANOS, CRESCE NÚMERO DE PRESAS E DE FORAGIDAS NO RJ. 2020. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/reportagens/mulheres-no-crime-em-10-anos-cresce-numero-de-presas-e-de-foragidas-no-rj/> Acesso em 16 set. 2022.

CERIONI, Clara. EX-PRESA CRIA EMPRESA PARA AJUDAR PESSOAS COMO ELA A NÃO VOLTAREM AO CRIME. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/ex-pres-a-cria-empresa-para-ajudar-pessoas-como-ela-a-nao-voltarem-ao-crime/> Acesso em 11 set.2022

CURY, Jessica Santiago. MENEGAZ, Mariana Lima. MULHER E O CÁRCERE: UMA HISTÓRIA DE VIOLÊNCIA, INVISIBILIDADE E DESIGUALDADE SOCIAL. 2017. Disponível em: http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499469506_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-enviar.pdf Acesso em 02 de ago.2022.

DORNELLAS, Mariana Paganote. OS EFEITOS DO ENCARCERAMENTO FEMININO PARA A FAMÍLIA DA MULHER PRESA: ASPECTOS DA TRANSCENDÊNCIA DA PENA. 2019. Revista Antropolítica, n. 46, Niterói, 01.sem.2019.

ISAACC, Fernanda Furlani. ROBERTO DECAMPOS, Tales de Paula. 2019. O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/997> Acesso em 28 abr.2022.

JARDIM, Ana Caroline Montezano Gonsales. GÊNERO E DIVERSIDADE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO. 2002. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1337278113_Aula%20n%C3%BAmero%2002.pdf Acesso em 05 ago.2022.

LAVINA, Juliano. 2018. OS FILHOS DO CÁRCERE, SUAS CONSEQUÊNCIAS E AS REGAS DE BANGKOK. Disponível em: <https://julianolavina.jusbrasil.com.br/artigos/678265270/os-filhos-do-carcere-suas-consequencias-e-as-regras-de-bangkok> Acesso em 17 ago.2022.

LEMGRUBER, Julia. CEMITÉRIOS DOS VIVOS: ANÁLISE SOCIOLÓGICA DE UMA PRISÃO DE MULHERES. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p.170.

MOUTINHO, Thaís Batalha. BRATES, João Gabriel F.B. A MULHER PERANTE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A IMPORTÂNCIA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS AS PRISÕES PROVISÓRIAS. 2020. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/83805/a-mulher-perante-o-sistema-prisional-brasileiro-e-a-importancia-de-medidas-alternativas-as-prisoos-provisorias/3> Acesso em 11 set. 2022.

OLERJ. EX PRESIDÁRIO, A IMPORTÂNCIA DA RECONSTRUÇÃO DA VIDA FORA DA PRISÃO. s.d. Disponível em: <http://olerj.camara.leg.br/retratos-da-intervencao/ex-presidiario-a-importancia-da-reconstrucao-da-vida-fora-da-prisao> Acesso em 16 set. 2022.

PAIVA, Letícia. STJ AUTORIZA PRISÃO DOMICILIAR A MÃE COM PENA DEFINITIVA. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stj-autoriza-prisao-domiciliar-a-mae-com-pena-definitiva-12042022#:~:text=Ele%20menciona%20que%20m%C3%A3es%20de,a%20condenados%20de%20regime%20fechado>. Acesso em 16 set. 2022.

PEDROSO, Célia Regina. UTOPIAS PENITENCIÁRIAS. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5300/utopias-penitenciarias> Acesso em 16 set. 2022.

PETRAGLIA, Alessandra. PROJETO AJUDA EX-DETENTAS A CONSTRUIR UM NOVO PLANO DE VIDA. 2019. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/projeto-ajuda-ex-detentas-a-construir-um-novo-plano-de-vida/> Acesso em 16 set. 2022.

RECORD, Jornal da. SERIE JR: GUERRA ENTRE FACÇÕES CHEGA AOS PRESÍDIOS FEMININOS NO BRASIL. 2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=7_W10Gw-z5E Acesso em 05 ago. 2022.

RODRIGUES, Daniela Maria Duarte. RISCO DE REINCIDÊNCIA EM MULHERES CONDENDAS PELO CRIME DE TRÁFICO DE ESTUPAFICIENTES. 2021. 78 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2021.

SANTOS, Jessika Boges Lima. DA SILVA, Márcio Santana. ENCARCERAMENTO FAMININO: REFLEXÕES ACERCA DO ABANDONO AFETIVO E FATORES ASSOCIADOS. 2019. Revista Psicologia Política, vol. 19, n. 46, São Paulo, set/dez. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2019000300007#:~:text=Alguns%20dos%20principais%20fatores%20que,de%20visita%20no%20momento%20de Acesso em 11 set. 2022.

STJ. STJ ASSEGURA A MÃES PRESAS O DIREITO DE CUIDAR DOS FILHOS, MAS MANTÉM RESSALVA EM CASOS EXCEPCIONAIS. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/686170772/stj-assegura-a-maes-presas-o-direito-de-cuidar-dos-filhos-mas-mantem-ressalva-em-casos-excepcionais> Acesso em 03 ago. 2022

TAMASSIA, Maria Júlia Pimentel. O PODER FAMILIAR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 2014. Disponível em: https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/poder_familiar.pdf Acesso em 05 ago. 2022.

6 BANALIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL: UMA ANÁLISE FRENTE AO CASO “BOATE KISS”

Camila Virissimo Rodrigues Da Silva Moreira
Rafael De Lima Barbieri Sversut

RESUMO: A pesquisa visa apresentar os institutos do Dolo e culpa, conceituando-os e trazendo a tona suas diferenças. Desse modo, através de uma simples presunção de intenção em que o agente não almejava o resultado, porém o consumou, seja tipificado como tipo doloso. Por fim, o presente estudo busca trazer a tona os problemas da banalização do instituto do dolo eventual, que é aplicado, muitas vezes injustamente ao casos e contribuir para que tal prática seja evitada na aplicação das leis no ordenamento jurídico

PALAVRAS-CHAVE: Elementos subjetivos, banalização, Boate Kiss

ABSTRACT OU RESUMEN: This work aims to present the institutes of Dolo and guilt, conceptualizing them and bringing out their differences. In this way, it is clear that through a simple presumption of intention in which the agent did not aim for the result, but consummated it, it is typified as an intentional type. Finally, the present study seeks to bring to light the problems of trivialization of the institute of eventual intent, which is applied, often unfairly, to cases and to contribute to this practice being avoided in the application of laws in the legal system.

KEYWORDS: subjective elements, trivialization, Boate Kiss

1. INTRODUÇÃO

Atualmente torna-se ainda mais recorrente o emprego banalizado do que é conhecido como dolo eventual na esfera jurídica do direito brasileiro, dessa forma, a presente pesquisa, busca analisar a aplicação do dolo eventual na atual esfera jurídica brasileira e a aplicação, que muitas vezes é injusta em determinados casos, colaborar com futuras demandas em que essa banalização voltaria a acontecer, sugerindo que a pena seja aplicada de forma justa de modo que seja identificado a aplicação para que seja interpretado as razões da aplicação do presente instituto além de meios para identificar a real intenção do agente.

Nesse trilhar, observa-se que a utilização do dolo eventual é aplicada ao resultado ou a ação, sem antes analisar a esfera psíquica do apenado, tal ação é demandada pela escola finalista que o ordenamento jurídico brasileiro adota desde a reforma penal de 1984 (LEI Nº 7.209, DE 11 DE JULHO DE 1984).

Essa teoria, além de todo estudo do conceito finalista, traz consigo a expansão da análise de conduta aplicada aos elementos de crime, verificando também o comportamento humano, analisando a consciência do autor, a finalidade do ato e suas consequências.

Adotada atual Código Penal Brasileiro, adequa que será típico o fato praticado pelo agente, investido de dolo ou culpa em sua conduta ação. Sua vontade não será mais dividida da sua conduta, de forma que ambas estarão interligadas sendo necessário a imediata análise da vontade do agente para os fins que o levaram a determinada tipicidade.

Nessa esteira, observa-se que não se pode levar em consideração apenas uma simples presunção de intenção, que o agente de fato não ensejava o resultado, porém, não angariou sucesso ao evitá-lo seja tipificado e qualificado como doloso. No dia 27 de janeiro de 2013 ocorreu o incêndio da Boate Kiss, situada na cidade de Santa Maria no estado do Rio Grande do Sul e trouxe à tona a discussão da banalização do dolo eventual, que será o objeto central desta pesquisa.

A justificativa deste estudo constitui-se perante as barreiras para distinguir o dolo eventual de culpa consciente, a metodologia utilizada será a conceituação dos institutos dos referentes ao dolo direto e indireto, bem

como a culpa consciente e inconsciente pautados em doutrinas, artigos relacionados ao assunto, trabalhos monográficos.

Por fim, será feita uma análise frente ao caso do incêndio da Boate Kiss identificando a banalização do instituto do dolo eventual aplicado ao caso, observando também, a influência que a mídia possui em casos de grande repercussão social.

2. BREVE ANÁLISE DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

2.1. VONTADE E CONSCIÊNCIA: CONCEITO E ELEMENTOS PRINCIPAIS

Ao analisar o conceito de dolo, nota-se que se trata de um elemento subjetivo seguindo os conceitos da teoria finalista, criada por Hans Welzel (WELZEL, 2015, pág 47) através da obra O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Nesta obra, Welzel propôs que o sistema penal deveria ser analisado pela lógica do contexto construindo um real, e não somente por um contexto natural contido por elementos óbvios e verdadeiros.

Nesta esteira, foi dito que o fato típico deveria ser composto não só de elementos objetivos, mas também, de elementos subjetivos, identificados como culpa e dolo. A culpabilidade deveria ser analisada sob um parâmetro mais criterioso, analisando a consciência da ilicitude, imputabilidade e exigência de conduta diversa.

Na teoria finalista, a conduta, por si só, possui uma finalidade e pode ser caracterizada como “ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando em um comando de movimentação ou inércia do corpo humano, voltado para uma finalidade” (NUCCI, 2011, pág. 1151).

O estudioso Roxin; (1977, ROXIN, C. Derecho Penal: parte general, tomo I: fundamentos, la estructura dela teoria del delito. Trad por PENA), explica que a teoria finalista enquadró o dolo na tipicidade, pois assim, se o dolo fizesse parte da culpabilidade, não existiria o instituto da tentativa, pois se caracterizaria como a verdadeira intenção do agente, porém, o resultado não foi consumado pelos fatores divergentes de sua vontade.

Dessa forma, o Código Penal Brasileiro, que adota a teoria finalista, caracteriza o crime como um fato ilícito, típico e culpável, analisando a conduto do agente caso tenha sido culposa ou dolosa, analisando sua tipicidade e sua culpabilidade.

2.1. CONCEITO DE DOLO

Analisando o dolo, nota-se que se caracteriza como um elemento do tipo subjetivo, segundo a teoria finalista da ação, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro onde é conceito de que o homem é voluntário, logo é consciente, dirigido a um fim, uma finalidade, um acontecimento final e não um procedimento puramente causal. (WELZEL, Hans, A teoria da ação finalista pág. 182)

Por consequência, são os elementos do dolo: a consciência sobre o fato, que constitui ação tipificada na lei; e a vontade, ou seja, o elemento volitivo de realizar a conduta (CAPEZ, 2013, 235). De toda forma, encontramos este instituto descrito no art. 18 do Código Penal: Diz-se o crime: I - Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo [...].

Conforme preleciona Welzel “toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer - o momento intelectual - e pela decisão a respeito de querer realiza-lo - o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo (GRECO, 2020, pág. 319). O dolo pode ser desmembrado em dolo direto e dolo indireto, sendo:

O Dolo direto, que pode ser caracterizado pelo momento em que o agente quer, certamente, praticar a primeira parte do art.18, I, do Código penal. Nesse tipo de dolo, o agente pratica a conduta tendo seu fim, a produção do resultado por ele pensado.

Além do mais, o dolo direto pode ser caracterizado como de primeiro grau, quando este possui relação ao fim proposto e aos meios escolhidos e como de segundo grau, quando possui relação com os efeitos colaterais representados como necessários, senão vejamos as palavras do penalista Rogério Greco:

1 - Suponhamos que A queira Matar B. Para tanto, adquire uma pistola, meio necessário e suficiente para o sucesso do plano criminoso. Quando B passa pelo local onde A havia se colocado de emboscada, este efetua o disparo, que causa a morte da vítima. Assim, concluímos que o dolo de A era direto pois dirigido a produzir o resultado morte, de acordo com o art. 121 do Código Penal. Além de ser direto, será de primeiro grau, haja vista que em razão do meio selecionado, não existia possibilidade de ocorrência de qualquer efeito colateral ou concomitante [...] II - Agora, imagine-se que o agente, terrorista internacional, queira causar a morte de uma importante autoridade pública. Sabendo que a vítima faria uma viagem de cunho político, coloca um explosivo no avião no qual esta seria transportada, a fim de que fosse detonado quando a aeronave já tivesse decolado, o que vem a acontecer. Nesse caso, não somente ocorre a morte da autoridade pública, como também de todas as outras pessoas que com ela se encontravam no referido voo. O dolo referente a autoridade pública poderá ser considerado direto de primeiro grau, pois a conduta do terrorista foi dirigida fatalisticamente a causar-lhe morte. Com relação as demais pessoas que estavam a bordo [...] será classificado como segundo grau pois a finalidade primeira não era a de causar a morte dos demais passageiros que ele sequer conhecia. Entretanto, em virtude do meio por ele selecionado, a morte dos demais também era tida como certa. (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, parte geral, p.299).

Já o Dolo Indireto, quando analisado ramifica-se em alternativo e eventual, sendo o alternativo apresentado quando “o aspecto volitivo do agente se encontra direcionado, de maneira alternativa, seja em relação ao resultado ou em relação à pessoa contra a qual o crime é cometido” (GALVÃO, Fernando. Noções elementares sobre a teoria do crime, p.23). Vejamos as palavras de Rogério Greco a respeito do tema:

[...] Podemos citar aquele em que o agente efetua disparos contra a vítima, querendo feri-la ou matá-la. Percebe-se, por intermédio desse exemplo, que o conceito de dolo alternativo é um misto de dolo direto como dolo eventual. Sim, porque quando o agente quer ferir ou matar a vítima seu dolo é dirigido diretamente a uma pessoa determinada; mas, no que diz respeito ao resultado encontramos sua conduta a fim de causar lesões ou a morte de outra pessoa, não se importa com a ocorrência de um ou outro resultado, e se o resultado mais grave vier a acontecer este ser-lhe à imputado a título de dolo eventual. (GRECO, 2020, p.300)

Ao adentrar no conceito de dolo eventual, nota-se que está descrito na segunda parte do art. 18, I, do Código Penal, ao dizer: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente [...] assumiu o risco de produzi-lo”. Ou seja, o dolo eventual consiste basicamente no fato de que “o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela” (JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal - Parte general, p. 404).

Embora não se tenha muitos entraves ao conceituar o dolo eventual, sua aplicação prática é motivo de enxergar algumas dificuldades. Neste caso, não se pode identificar a vontade do agente como um elemento integrante, existindo somente a consciência, nas palavras de Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée “o dolo eventual não passa de uma espécie de culpa com representação punida mais severamente” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Nuevo sistema de derecho penal, p.102).

Por fim, verifica-se que em alguns crimes dolosos não aceitam a aplicação do instituto do dolo eventual, tendo em questão o fato de que exigem um certo fim de agir, sendo obrigatoriamente o agente possuir a consciência de praticar tal fato com finalidade certa.

2.2. CULPA

No ordenamento jurídico brasileiro, a culpa é tipificada no inciso II do art. 18 do Código Penal, onde versa: Diz-se o crime, II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Dessa forma, compreende-se como culpa, nas palavras de Mirabete, como “a conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que

podia, com a devida atenção, ser evitado” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal, p.138). Conforme leciona Rogério Greco, existem vários elementos que caracterizam o delito culposo, veja-se:

- a) conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva;
- b) inobservância de um dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia);
- c) o resultado lesivo não querido, tampouco assumido, pelo agente;
- d) nexos de causalidade entre a conduta do agente que deixa de observar o seu dever de cuidado e o resultado lesivo dela advindo;
- e) previsibilidade;
- f) tipicidade.

A conduta, nos delitos de natureza culposa, é o ato humano voluntário dirigido, em geral, à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, imperícia ou negligência, isto é, por não ter o agente observado o seu dever de cuidado, dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal. Toda conduta, seja dolosa ou culposa, deve ter sempre uma finalidade, diferença entre elas reside no fato de que na conduta dolosa, como regra, existe uma finalidade ilícita, enquanto na conduta culposa a finalidade é quase sempre lícita. Na conduta culposa, os meios escolhidos e empregados pelo agente para atingir a finalidade lícita é que foram inadequados ou mal utilizados (GRECO, 2020, p.310).

Mediante a isso, analisamos as palavras de Raul Machado Apud "É o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado. (apud Raul Machado, A culpa no direito penal, p. 186). Sendo assim, podemos dividir o instituto da culpa em consciente e inconsciente, se não, vejamos:

2.3. CULPA CONSCIENTE E INCONSCIENTE

Neste instituto, a culpa inconsciente se caracteriza quando o Agente deixa de prever o resultado que era previsível, diferente da culpa consciente, que se identifica como aquela em que o Agente, mesmo prevendo o resultado, acredita veemente que este não venha a ocorrer e mesmo o resultado sendo previsto, o Agente crê na sua não ocorrência, vejamos a classificação destes institutos segundo Andreucci:

a) Culpa inconsciente, na qual o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível. É a culpa comum, normal, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia.

b) Culpa consciente (ou culpa com previsão), na qual o resultado é previsto pelo agente, que espera inconsideradamente que não ocorra ou que possa evitá-lo. Exemplo difundido na doutrina é o do agente que, numa caçada, percebe que um animal se encontra nas proximidades de seu companheiro, estando ciente de que, disparando a arma, poderá acertá-lo. Confiante em sua perícia com armas de fogo, atira e mata o companheiro.

No dolo eventual, o agente tolera a produção do resultado, pois o evento lhe é indiferente; tanto faz que ocorra ou não.

Na culpa consciente, o agente não quer o resultado, não assume o risco nem ele lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é previsto, mas confia em sua não produção. (ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Manual de Direito Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 116).

Mesmo possuindo certa semelhança, a culpa consciente não deve ser confundida com o instituto do dolo eventual. Na culpa consciente, o agente, sinceramente, acredita que pode evitar o resultado; no dolo eventual, o agente não quer diretamente produzir o resultado, mas, se este vier a acontecer, pouco importa (GRECO, 2020, p.319).

3. BANALIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL

Devido ao fato da dificuldade em separar o que se caracteriza como dolo eventual e culpa consciente, a aplicação destes institutos enfrenta grandes dificuldades ao serem aplicados em casos práticos.

Nesta senda, observa-se que nos dois casos, o Agente tem o discernimento da possibilidade do resultado, porém, na culpa consciente, ele não deseja este resultado, certo de que este não vai acontecer. Já no dolo eventual, o Agente, não deseja o resultado diretamente, porém, o acata a sua ocorrência. (CAPEZ, 2013, Pág. 235).

Nesse sentido, esta dificuldade ocorre por serem elementos subjetivos e não objetivos. No dolo eventual, o agente apesar de não querer o resultado, pouco se importa com sua eventual ocorrência, enquanto na culpa consciente, o agente acredita fielmente no sucesso de sua conduta e que por meio de suas habilidades, o resultado não irá acontecer (BITENCOURT, 2020, pág 145).

Devido a esta estreita semelhança, nota-se que a aplicação prática destes institutos não vem sendo aplicada de forma correta. Devido a diversos fatos, sendo um deles como os inúmeros casos de mortes no trânsito causadas muitas vezes pela embriaguez ou alta velocidade, também é importante ressaltar aqueles crimes que acarretam uma grande comoção da sociedade devido a grande repercussão gerada.

Existem também, crimes onde se torna nebuloso a distinção da existência de dolo ou culpa, porém ao final, acaba sendo aplicado o instituto do dolo eventual, geralmente sem uma análise fundamentada dos fatos, apenas por comodidade do aplicador com fim de atender o clamor público, conforme observamos na jurisprudência:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente aqui suscitadas - o Tribunal do Júri - concluiu pela prática do crime de homicídio com dolo eventual, de modo que não cabe a este Tribunal, na via estreita do habeas corpus, decidir de modo diverso. II - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do habeas corpus por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. III - Não tem aplicação o precedente invocado pela defesa, qual seja, o HC 107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool (grifo nosso), circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual. IV - Habeas Corpus denegado. (grifou-se).[6] (HABEAS CORPUS 107.801 PROCED.: SÃO PAULO REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. LUIZ FUX RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA PACTE.(S): LUCAS DE ALMEIDA MENOSSI IMPTE.(S) : JOSÉ HUMBERTO SCRIGNOLLI E OUTRO (A/S) COATOR (A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA)

Estes acontecimentos se dão mediante ao fato de que muitas vezes, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, as normas não incidem punições que atendam os clamores da sociedade, sem atender ao fato de que a punição deve ser instituída em conformidade com a lei. Tais acontecimentos vem criando uma banalização do dolo eventual, sendo aplicado de forma errônea afastando a observação da real intenção do Agente.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ. ALEGAÇÃO DE HOMICÍDIO CULPOSO: IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a via sumária e documental do habeas corpus, afora casos teratológicos de erro conspícuo de direito probatório ou de abstração

de fato inequívoco, não se presta a substituir por outro o acerto judicial dos fatos. Precedentes. 2. Concluir que a conduta do Paciente foi pautada pelo dolo eventual ou pela culpa consciente impõe o revolvimento do conjunto probatório, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 3. Ordem denegada. (HC 132036, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 22-04-2016 PUBLIC 25-04-2016)

O Código penal adota a teoria da vontade e do assentimento. Nesse linear, para caracterizar-se o dolo eventual, se faz necessário que o agente tenha previsto a ocorrência do resultado, mas pouco se importa com sua ocorrência. Conclui-se que o agente imputado no dolo eventual na maioria das vezes agiu com culpa consciente. (GRECO, 2013, pág. 186).

Nesse trilhar, observamos o princípio da culpabilidade que impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. (BATISTA, 2001, pág. 104)

A problemática central observada é que o princípio da culpabilidade não está sendo relevante na análise destes delitos, dessa forma, quando a conduta do réu é classificada como dolo eventual, os resultados são completamente graves e relevantes. Pelo princípio da culpabilidade, só haverá responsabilidade penal em situações onde o agente passa a agir como dolo ou culpa, sendo aquela, por consequência subjetiva, e não objetiva.

Se não, vejamos: “O princípio da culpabilidade possui raiz constitucional, pois em um Estado Democrático de Direito a punição não pode ocorrer apenas com base na relação de causalidade, sem que ocorra dolo ou culpa, pois poderia configurar intervenção por parte do Estado (NUCCI, 2013, pág, 242).

De certa forma, a análise do dolo eventual se tornou algo descartável quase automático, devido a toda influência midiática. No Brasil, a força que as mídias possuem, tem feito com que o poder legislativo se torne refém do clamor público. A influência da mídia já foi comentada sob olhar do professor Rogério Greco:

O movimento da mídia, exigindo punições mais rígidas, fez com que juízes e promotores passassem a enxergar o delito de trânsito cometido nessas circunstâncias, ou seja, quando houvesse a conjugação da velocidade excessiva com a embriagues do motorista atropelador, como de dolo eventual, tudo por causa da frase contida na segunda parte do inciso I do art. 8 do Código Penal, que diz ser dolosa a conduta quando o agente assume o risco de produzir o resultado. (GRECO – 2012)

Para distinguir a conduta do agente entre dolo eventual e culpa consciente é necessária uma profunda análise, buscando em seu subconsciente, informações e indicativos de suas verdadeiras intenções no momento do crime.

Definir com certeza qual foi a intenção do agente para que com o resultado, acaba sendo um processo arriscado, muitas vezes acompanhado de uma injustiça pois ao tipificar a conduta do agente como dolo eventual, acarretaria numa pena mais branda.

De fato, não se deve analisar somente a culpabilidade do agente e as circunstâncias objetivas e certas. Usar apenas a ciência do agente sobre as possíveis consequências de seus atos não é indicativo de que este agiu de forma dolosa.

Por fim, a população deve ser conscientizada para que a aplicação dos institutos de dolo e culpa seja aplicado de forma mais criteriosa e avaliativa, com muito cuidado ao analisar os acontecimentos para que a atribuição do dolo eventual não seja banalizada e aplicado em qualquer caso mediante a algum resquício de culpabilidade, mas sim, de forma certa e comprovada de como ocorreu a intenção do agente.

3.1. BANALIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NO CASO DA BOATE KISS

Na madrugada do dia 27 de janeiro de 2013 ocorreu o grande incêndio da Boate Kiss, situada na cidade de Santa Maria, no estado do Rio Grande do Sul, certamente identificada como uma das grandes tragédias em âmbito nacional. O incêndio deixou 242 vítimas fatais e deixou feridas outras 636 pessoas. Foi constatado que o marco

inicial para o alastramento do incêndio foi o acionamento de um sinalizador por um membro da banda que se apresentava no dia. Durante as investigações, surgiu um grande debate acerca da natureza do ato criminoso, se seria em si, uma culpa consciente ou dolo eventual.

A Sociedade, inconformada com os acontecimentos que geraram uma grande comoção, acabou tomando para si, o senso comum de que os agentes consentiram com os resultados que vieram a acontecer. Certamente houve por parte dos agentes a negligência, imprudência e imperícia, o que configura a culpa. Todavia, não se pode afirmar que os agentes agiram com dolo, com a real intenção de provocar o incêndio e matar pessoas, apenas para saciar a vontade e cos clamores populares.

Ao meio dos fatos, dois integrantes da banda e mais dois proprietários da boate foram denunciados em 2/4/2013 por homicídio qualificado, nas modalidades consumada e tentada, com dolo eventual, em concurso de agentes e em concurso formal de delitos, a teor dos artigos 121, §2º, incisos I e III, c/c artigos 14, inciso II, 29, caput, e 70, 1ª parte, todos do Código Penal.

A justiça de Santa Maria acolheu integralmente a denúncia e proferiu sentença de pronúncia no dia 27 de julho de 2016, onde os réus integrantes da banda e os sócios da boate teriam praticado duzentos e quarenta e dois homicídios dolosos e qualificados por motivo torpe, meio cruel, fogo ou asfixia e seiscentos e trinta e seis tentativas de homicídio doloso, ou seja, todos as pessoas presentes na festa, e desta forma se aplicaria o instituto do dolo eventual.

As vítimas, em sua maioria, eram jovens estudantes com idades entre 17 e 30 anos, moradores da cidade universitária. A justiça decretou as seguintes condenações: Elissandro Spohr, sócio da boate: 22 anos e seis meses de prisão por homicídio simples com dolo eventual; Mauro Hoffmann, sócio da boate: 19 anos e seis meses de prisão por homicídio simples com dolo eventual; Marcelo de Jesus, vocalista da banda: 18 anos de prisão por homicídio simples com dolo eventual e Luciano Bonilha, auxiliar da banda: 18 anos de prisão por homicídio simples com dolo eventual

No entanto, supõe que os réus sabiam dos riscos que suas condutas poderiam causar, porém acreditavam que o resultado não iria acontecer, e não aceitaram a morte de duzentas e quarenta e duas pessoas. Todavia, foram julgados como se se satisfizessem com o resultado morte, configurando dolo eventual. O que traz à tona a banalização do instituto do dolo eventual.

Longos anos de trâmite processual se passaram, e no 10 de dezembro de 2021, após veredito do Tribunal do Júri de Porto Alegre (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), houve decisões determinando o desaforamento do julgamento dos réus para uma Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre. os acusados foram condenados a penas que variaram de 18 a 22 anos e seis meses de prisão.

É fato que os integrantes da banda e os sócios da boate sabia dos riscos, porém acreditavam que o resultado não iria se concretizar, não aceitaram nem concordaram com a morte de duzentas e quarenta e duas vítimas, porém, foram condenados como se fosse de sua vontade, o resultado morte, sendo identificado como dolo eventual.

Devido a grande influência midiática exercida pela sociedade, almejando que os condenados recebam as maiores penas, o dolo eventual foi aplicado de maneira equivocada, pelo motivo de atender aos anseios populares. Para aplicação do dolo, é necessário a existência dos requisitos fundamentais como o aspecto intelectual, quando o agente é consciente do risco e o aspecto volitivo, quando o agente quer praticar o resultado. Nesse liame, é indispensável que seja feita a análise do caso com bases em fatores subjetivos, sobre o agente querer e aceitar o resultado e não em fatores objetivos como se o resultado fosse previsível para o agente, aceitando esta condição

Por fim, a omissão dos responsáveis em não atentar-se aos procedimentos de segurança do estabelecimento, não macula a intenção de matar pois o dolo eventual conta com três requisitos: (a) representação do resultado + (b) aceitação desse resultado + (c) indiferença frente ao bem jurídico. Na culpa consciente temos dois requisitos: o agente representa o resultado como possível, mas confia que não vai acontecer (confiança em sua habilidade para evitá-lo). (MOLINA & GOMES, pág 378)

CONCLUSÃO:

Conclui-se que o presente trabalho teve como fim o objetivo de analisar a aplicação prática do instituto do dolo eventual e da culpa, aplicado ao caso da Boate Kiss, observando que sua aplicação vem sendo realizado de maneira deturpada em nosso ordenamento jurídico.

Neste estudo, fez-se necessário observar o fato social representado pelo clamor midiático que possui grande influência nos julgados trazidos a júri popular onde, por anseios da sociedade por aplicar uma pena maior devido ao fato do acontecimento ter gerado grande comoção, aplica-se erroneamente o instituto do Dolo Eventual, onde deveria ser aplicado a Culpa consciente.

Dessa forma, é fato que se basear em decisões subjetivas apenas observando os elementos objetivos, quando se trata da diferença do dolo eventual para que com a culpa consciente é algo errado, visto que sua diferença está pautada em elementos subjetivos, psicológicos, sendo a aprovação ou não do resultado.

Por fim, o presente estudo trouxe a necessidade de estudar os casos referentes a aplicação do dolo eventual, fazendo uma análise não só dos elementos objetivos, mas também dos elementos subjetivos, identificando a real intenção do agente ao cometer o delito. Sendo assim, realizando uma análise e definição de maneira mais justa e equânime para cada caso.

REFERÊNCIAS:

- APUD, Raul Machado, A culpa no direito penal, p. 186.
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Manual de Direito Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 116.
- BRASIL. Código Penal Brasileiro, 2022. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 set 2022.
- BRASIL, Código Penal. Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:
www.planalto.gov.br/codigos.; acesso em 15 de junho de 2022.
- BITENCOURT, Cezar. Manual de direito penal. São Paulo: RT, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Nuevo sistema de derecho penal, p.102.
- BITENCOURT, C. R. Parte geral. - Coleção Tratado de direito penal volume 1 - 26. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2020 mudar.
- BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- CORREA, Fabricio da Mata. O Caso Kiss, 16 pessoas indiciadas. 2013. Disponível em:
<http://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941404/o-caso-kiss-16-pessoas-indiciadas>; Acesso em 15 de junho de 2022.
- CORREA, Fabricio da Mata. A Banalização do Dolo eventual. Disponível em:
<http://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941322/a-banalizacao-do-dolo-eventual>. Acesso em 16 de junho de 2022.
- CASO KISS: JUIZ ACOLHE TERMOS DA DENÚNCIA DO MP E RÉUS SERÃO JULGADOS PELO TRIBUNAL DO JÚRI. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/42104/> Acesso em 07 de julho de 2022.
- CAPEZ, Fernando; Curso de Direito Penal – Parte Geral, 17ª edição, 2013.
- CUNHA, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal, 2016. P.182, 183.
- Denúncia-criminal apresentada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) em:
<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf> Acesso em: 06 set. 2022.
- Denúncia-criminal apresentada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) em:
<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf> Acesso em: 06 set. 2022.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, parte geral.
- GALVÃO, Fernando. Noções elementares sobre a teoria do crime, p.23.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral, 9ª edição, 2013.
- NUCCI, G.S. Manual de direito penal: parte geral: parte especial, 2011.
- MOLINA, Antonio García-Pablos & GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 378.

ROXIN, C. Derecho Penal: parte general, tomo I: fundamentos, la estructura dela teoria del delito.

Réus do caso da boate Kiss são condenados; juiz decreta prisão, mas TJ concede habeas corpus em <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/12/10/juri-define-sentenca-de-reus-da-boate-kiss.ghtml> Acesso em: 06 set. 2022.).

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), houve decisões determinando o desaforamento do julgamento dos réus para uma Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/linha-do-tempo/>. Acesso em: 04 set. 2022.

WELZEL, Hans, A teoria da ação finalista, 1930.

WELZEL, Hans, O novo sistema jurídico-penal, Uma introdução à doutrina da ação finalista, pág47

7 CRIMES VIRTUAIS E PEDOFILIA: CRIMINALIZAÇÃO DA CIBERPEDOFILIA

Andressa Paula de Andrade
Beatriz Rossato da Silva Costa

RESUMO: Como proposta nesta pesquisa se analisou sobre as possibilidades da mesma diante dos crimes cibernéticos com foco na pedofilia na internet, ou, cyberpedofilia. Se busca então compreender os crimes virtuais ou cibernéticos e a cyberpedofilia. Mesmo com os avanços da internet os caminhos das investigações de crimes cibernéticos são árduos pois demandam de treinamento adequado, necessitando criar grupos técnicos de segurança cibernética, além de uma ampla estrutura e equipamentos de última geração, a fim de que sejam os indivíduos devidamente identificados, buscando o julgamento adequado para cada caso específico. Pensando nisso se vai verificar nesta pesquisa como se dá a identificação dos criminosos cibernéticos. Por fim, verifica-se que o tema abordado necessita de um olhar mais próximo e rápido de nossos legisladores e operadores do direito, a fim de que os usuários do ambiente virtual possam se sentir seguros que os comentem os delitos terão a sua devida punição, não sendo a internet uma terra sem lei principalmente se tratado da pedofilia. O objetivo geral da pesquisa é de compreender a cyberpedofilia, ou seja, os crimes de pedofilia através da internet, e sua criminalização. Como objetivos específicos vai compreender os crimes virtuais, tratar da Lei n. 12.737/2012 como evolução legislativa no sentido de crimes virtuais, avaliar sobre a proteção penal nos crimes cibernéticos, compreender a cyberpedofilia e sua criminalização, entender sobre a pedofilia, pornografia infantil e sua criminalização e por fim analisar como se dá a identificação dos criminosos cibernéticos. A metodologia de pesquisa é de revisão bibliográfica indutiva, pois será verificado o ordenamento jurídico acerca do tema, doutrinas, jurisprudência. Será usado além de autores na área de direito penal e digital, o Código Penal (CP), Constituição Federal de 1988 (CF), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei n. 8.069/90) a Lei n. 12.737/2012, entre outras.

Palavras-chave: Crimes. Virtuais. Pedofilia. Cyberpedofilia. Criminalização.

ABSTRACT: As a proposal in this research, it was analyzed about the possibilities of the same in the face of cyber crimes with a focus on pedophilia on the internet, or, cyberpedophilia. It is then sought to understand virtual or cyber crimes and cyberpedophilia. Even with the advances of the internet, the paths of cybercrime investigations are arduous because they demand adequate training, needing to create cybersecurity technical groups, in addition to a wide structure and state-of-the-art equipment, so that individuals are properly identified, seeking the appropriate judgment for each specific case. With that in mind, this research will verify how cyber criminals are identified. Finally, it appears that the topic addressed needs a closer and faster look from our legislators and law operators, so that users of the virtual environment can feel safe that those who comment on the crimes will have their due punishment, the internet is not a lawless land, especially when it comes to pedophilia. The general objective of the research is to understand cyberpedophilia, that is, pedophilia crimes through the internet, and its criminalization. As specific objectives will understand virtual crimes, deal with Law n. 12,737/2012 as a legislative evolution towards virtual crimes, evaluate criminal protection in cyber crimes, understand cyberpedophilia and its criminalization, understand pedophilia, child pornography and its criminalization and finally analyze how cyber criminals are identified. The research methodology is an inductive bibliographic review, as the legal system on the subject, doctrines, jurisprudence will be verified. It will be used in addition to authors in the area of criminal and digital law, the Penal Code (CP), Federal Constitution of 1988 (CF), the Statute of Children and Adolescents (ECA - Law n. 8.069/90) Law n. 12,737/2012, among others.

Keywords: Crimes. virtual. pedophilia. Cyberpedophilia. Criminalization.

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento e avanço da internet os modos de relacionar-se e comunicar-se encontram-se em constante evolução, e junto com ela devem caminhar as leis penais, sendo, portanto, alteradas e modificadas sempre que necessário para que o país continue se desenvolvendo. Desta forma, verifica-se que o direito penal brasileiro não conseguiu acompanhar o avanço tecnológico, o que trouxe grandes desafios, pelo fato de tais delitos não possuírem normas específicas, porém não são poucos os projetos de Leis que tentam tipificar essas condutas no meio cibernético.

A ausência de tipificação específica para cada tipo penal é preocupante, porquanto os delitos virtuais não tipificados ficam sem sanção penal ou são aplicados em analogia a outras normas, surgindo assim grave ofensa ao nosso Código Penal Brasileiro, que possui como norte o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal, disposto em seu primeiro artigo: “Art. 1º não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Como proposta e objetivo nesta pesquisa, no item 2, se analisou sobre as possibilidades da mesma diante dos crimes cibernéticos com foco na ciberpedofilia, ou seja, os crimes de pedofilia através da internet e compreender sua criminalização.

Como objetivos específicos vai compreender os crimes virtuais, tratar da Lei n. 12.737/2012 como evolução legislativa no sentido de crimes virtuais, ao tipificar expressamente o crime de “invadir dispositivo informático”, criando um tipo penal que visou eminentemente proteger o sigilo de dado e informação pessoal ou profissional, nos itens 2.2 à 2.4, avaliar sobre a proteção penal nos crimes cibernéticos, entender sobre a pedofilia, pornografia infantil e por fim analisar como se dá a identificação dos criminosos cibernéticos.

A metodologia de pesquisa é de revisão bibliográfica indutiva, pois será verificado o ordenamento jurídico acerca do tema, doutrinas, jurisprudência. Será usado além de autores na área de direito penal e digital, o Código Penal (CP), Constituição Federal de 1988 (CF), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei n. 8.069/90) a Lei n. 12.737/2012, entre outras.

Também se observa que diante do atual contexto que apresenta crescente índice de crimes cibernéticos, bem como as falhas ainda existentes na legislação, faz-se essencial o desenvolvimento de uma lei mais severa contra esses tipos de crimes, principalmente a ciberpedofilia.

Mesmo com os avanços da internet os caminhos das investigações de crimes cibernéticos são árduos pois demandam de treinamento adequado, necessitando criar grupos técnicos de segurança cibernética, além de uma ampla estrutura e equipamentos de última geração, a fim de que sejam os indivíduos devidamente identificados, buscando o julgamento adequado para cada caso específico. Pensando nisso se vai verificar nesta pesquisa, no item 2.5 e seguintes, como se dá a identificação e punição dos criminosos cibernéticos.

Por fim, verifica-se que mesmo com a criação e desenvolvimento da Lei 12.965/2014, ainda assim, necessita de um olhar mais próximo e rápido de nossos legisladores e operadores do direito, ainda que seja avaliado como um importante marco histórico, aliado no combate às ações delitivas digitais, demanda a necessidade de que os usuários do ambiente virtual possam se sentir seguros, os que cometam os delitos terão a sua devida punição, não sendo a internet uma terra sem lei principalmente se tratado da pedofilia.

2 CRIMES VIRTUAIS E A CIBER PEDOFILIA

2.1 CRIMES VIRTUAIS OU CIBERNÉTICOS

Crimes virtuais são crimes praticados por meio da internet ou dispositivos móveis. Segundo Nigri (2000, p. 34), este crime cibernético ou informático pode ser compreendido como: “um ato lesivo cometido através de um computador ou de um periférico com a intenção de se obter uma vantagem indevida”.

Com o intuito de estipular o que pode ser um crime virtual, vamos apontar a concepção de alguns pesquisadores deste tema, como Ramalho Terceiro (2005):

[...] os crimes perpetrados neste ambiente se caracterizam pela ausência física do agente ativo, por isso, ficaram usualmente definidos como sendo crimes virtuais, ou seja, os delitos praticados por meio da internet são denominados de crimes virtuais, devido à ausência física de seus autores e seus asseclas. (RAMALHO TERCEIRO, 2005, p.90).

Para Pinheiro (2011) são classificados em puros, mistos e comuns, onde os puros seriam, portanto, determinados como crimes excepcionalmente concretizados com o uso, e, na internet, como por exemplo, o ataque de um hacker a um computador somente com a finalidade de vandalismo aproveitando para isso os vírus que igualmente tem modo particular da internet, trazendo ao usuário transtornos atrapalhando em muitos casos seu acesso a internet dentro outros problemas. Já os crimes mistos são aqueles que se aproveitam dos meios eletrônicos para fazer crimes como, por exemplo, a mudança ilegal de dinheiro em uma combinação eletrônica conseguida pelo meio da internet, até os crimes analisados como sendo comuns, onde à internet é aproveitada como forma de disseminação mais célere e eficiente de crimes já tipificados para o direito tais como pornografia infantil, fraudes, crimes contra a honra a intimidade dentre outros crimes, já tipificados em nosso ordenamento jurídico.

Castro (2003) separa os crimes cibernéticos como os próprios e impróprios. Sendo que os realizados com a utilização do computador são dos crimes virtuais impróprios. Por sua vez, Feliciano (2000, p.42) apontam um conceito extremamente abrangente de criminalidade informática, desta forma:

Conheço por criminalidade informática o recente fenômeno histórico-sócio-cultural caracterizado pela elevada incidência de ilícitos penais (delitos, crimes e contravenções) que têm por objeto material ou meio de execução o objeto tecnológico informático (hardware, software, redes, etc.) (FELICIANO, 2000 p. 42).

Já Augusto Rossini (2004) leciona assim sobre o assunto:

O conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade (ROSSINI, 2004 p. 110).

Considera-se que, o crime virtual vem sendo avaliado como qualquer ação típica, antijurídica e culpável que por sua vez seja cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão em que um computador conectado à rede mundial de computadores Internet seja o instrumento ou o objeto do delito.

Sendo assim, os crimes virtuais mais habitualmente vistos, se fundamentando em uma pesquisa já realizada, são estes:

a) Roubo de identidade: Os piratas virtuais enganam os internautas e se apoderam de suas informações pessoais para fazer compras on-line ou realizar transferências financeiras indevidamente. Pessoas que usam a informática para roubar identidades podem responder por estelionato, furto mediante fraude, interceptação de dados, quebra de sigilo bancário e formação de quadrilha. b) Pedofilia: Internautas criam sites ou fornecem conteúdo (imagens e vídeos) relacionado ao abuso sexual infantil. c) Calúnia e difamação: Divulgação de informações, muitas vezes falsas, que podem prejudicar a reputação da vítima. d) Ameaça: Ameaçar uma pessoa, via e-mail ou posts, por exemplo, afirmando que ela será vítima de algum mal. e) Discriminação, Divulgação de informações relacionadas ao preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. f) Espionagem industrial: Transferência de informações sigilosas de uma empresa para o concorrente. (FOLHA UOL, online).

A ética no ambiente digital não é exigida por lei, conseqüentemente, todos os indivíduos que formam a Internet, programadores, mediadores, provedores e usuários, se responsabilizam pelas maneiras éticas de agir. É preciso que exista uma legislação de forma urgente, que seja capaz de levar punições para estes agentes, isso porque estamos vivendo em um novo mundo, que se trata da era virtual, onde é preciso fazer a aplicação e ter respeito para com os mesmos valores de liberdade e dignidade de qualquer indivíduo.

2.2 LEI DOS CRIMES CIBERNÉTICOS (LEI 12.737/2012)

Torna-se relevante destacar que antes de 2012, pode-se dizer que a falta de legislação específica tornava muito difícil à apuração dos crimes virtuais, uma vez que a legislação até então vigente havia sido direcionada aos crimes de forma geral, independentemente do meio utilizado para a sua prática.

Nesse sentido, podemos citar, dentre outros, o Código Penal (CP), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e Lei dos crimes de software (ou lei antipirataria, Lei n. 9.609/98) e a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83). Portanto, destaca-se que, ante a não especificidade da legislação, era muito difícil a identificação dos sujeitos e a obtenção de provas para a condenação criminal quanto aos crimes virtuais, que exige certeza (PIOLI, 2015).

Conforme entendimento de Amâncio (2013):

A fragilidade das leis brasileiras foi um dos fatores que mais contribuíram para que surgissem novos crimes, especialmente nos últimos vinte anos, no ambiente virtual. É certo que muitas condutas podiam ser abrangidas por disposições já existentes na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas a criação de leis específicas para este tipo de criminalidade se tornou cada vez mais impositiva. [...], Nesse sentido, merece destaque a Lei Carolina Dieckmann, que pode ainda se apresentar limitada, porém se revelou um grande salto na proteção às vítimas de crimes perpetrados na internet. (AMÂNCIO, 2013, p.28).

A lei 12.737/12 ficou popularmente conhecida como “lei Carolina Dieckmann” em virtude do episódio com a atriz, que em maio de 2012, teve seu computador invadido por criminosos que divulgaram 36 fotos íntimas da mesma, causando um grande transtorno e constrangimento à vítima. A pena para esse tipo de crime prevê de seis meses a dois anos de reclusão, conforme o art. 154-A do código penal: “Aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão à terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos” (OLIVEIRA, et. al, 2017, p.119).

Lembrando que, os novos artigos inseridos no Código Penal brasileiro pela Lei 12.737/2012 têm como objetivo principal ser possível combater a invasão de dispositivos informáticos alheios. Importante salientar que se entende por dispositivos informáticos: computador de mesa, notebook, laptop, ultrabook, tablete, ipad, smartphone etc.

A lei 12.737/2012 pela primeira vez no direito brasileiro dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, permitindo a responsabilização penal dos infratores, vez que até então o Código Penal não possuía artigos que tratassem especificamente de crimes eletrônicos. Foram acrescentados ao Código Penal, por meio da lei em questão, os artigos 154-A e 154-B, e foram alterados os artigos 266 e 298. O artigo 154-A tipifica o crime de invasão de dispositivo informático, seja este conectado ou não à rede de computadores, através de violação de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização do titular do dispositivo (PIOLI, 2015).

Além disso, destaca Prado (2022):

A Lei 12.737/2012, que, de forma tímida, introduz um novo tipo penal – o artigo 154-A – o delito de invasão de dispositivo informático, regulamentando a ação penal no art. 154-B, que altera o

artigo 266, com acréscimo do § 1º que prevê a interrupção de sistema telemático ou de informação de utilidade pública e ainda acrescenta ao artigo 298, o parágrafo, que faz a equiparação dos cartões de crédito ou de débito a documento particular, para efeitos da incriminação do caput (PRADO, 2022, p. 407).

Outro ponto importante a ser destacado é que, por um lado o caput do dispositivo (art. 154-A do CP) desde seu desenvolvimento vem sendo considerado o maior avanço proporcionado por essa norma, vejamos:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão à terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (BRASIL, 2012).

Apesar de a Lei nº 12.737/2012 ter adentrado no ordenamento jurídico, tem-se infelizmente assistido ataques cada vez mais complexos, trazendo resultados desastrosos em diversos países, sem a devida identificação e punição desses cibercriminosos.

2.3 ENTENDENDO A PEDOFILIA, PORNOGRAFIA INFANTIL E SUA CRIMINALIZAÇÃO

A Pedofilia pode ser entendida como um tipo de parafilia, sendo ainda um transtorno sexual caracterizado pela preferência sexual por crianças, podendo ser meninos, meninas ou ainda crianças de um ou do outro sexo, normalmente pré-púberes ou no começo da puberdade. Podendo se caracterizar ainda através de diferentes fantasias e impulsos sexuais consequentes ou por um comportamento que englobe a atividade sexual com crianças (TRINDADE e BREIER, 2013).

Sendo assim, este é um problema reconhecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), por meio de um sistema de classificação internacional de doenças (CID), a pedofilia se encontra catalogada como CID10 (TRINDADE e BREIER, 2013), possuindo ainda o código F65.4, estando no âmbito dos Transtornos de Preferência Sexual ou Parafilias (F65). Essa classificação ainda faz o agrupamento das parafilias entre os Transtornos Mentais ou Comportamentais (F00-F99).

Normalmente, o indivíduo que porta a referida parafilia não entende ter qualquer transtorno na sua forma de agir, pois segundo ele as suas ações não possuem nada de errado. Dessa maneira, o pedófilo tende a não buscar ajuda ou tratamento psicológico, a não ser no momento em que as suas ações resultem em fortes problemas para a sua família ou ainda para a sociedade. Habitualmente isso ocorre no instante em que se deparam com

problemas diante a lei, resultando ainda em mais uma tentativa de autoproteção do que uma real vontade de transformar sua forma de agir. Em diversas ocasiões, nessas condições, a intenção é a de impossibilitar uma ação da justiça (TRINDADE e BREIER, 2013).

Devendo ainda ser realizado um acompanhamento durante a vida inteira do indivíduo, levando em consideração que não ocorre a remissão total nessa espécie de distúrbio crônico e que o custo social e o índice de reincidência são extremamente altos (ABDO e FLEURY, 2006).

Entretanto, o tratamento terapêutico tendo a se deparar com inúmeras dificuldades. Tal como pela própria ocorrência de recusa do indivíduo portador da parafilia em compreender que é assim. Uma outra dificuldade, é o estigma, por conta das reações que a pedofilia tende a resultar na sociedade em geral. Sendo assim, apresentar certa “empatia e compreensão para pessoas que cometeram abuso sexual frequentemente provoca fortes respostas irracionais e de raiva entre o público e os profissionais da área de saúde” (FURNISS, 1993, p.21). A referida realidade em diversas ocasiões impossibilita que seja realizada uma terapia eficiente, cabendo ainda ressaltar que ofertar um adequado tratamento para o indivíduo portador da pedofilia não exclui a responsabilidade das ações efetuadas.

Nos deparando com todos esses problemas, são muitos os países que estão aplicando a castração clínica ou química objetivando combater esse tipo de problema. Ambas essas ações resultam em diversos obstáculos no âmbito ético e jurídico. Dessa maneira, os estudos de Trindade e Breier (2013) ressaltam ainda que o mais relevante do que analisar a questão do tratamento em si é sim a criação de ações preventivas. Inicialmente, essas ações precisam impossibilitar a ocorrência do ato danoso, por meio de um maior esclarecimento e conscientização da criança e do adolescente, fomentando assim a promoção do bem-estar físico, emocional e social de toda a família. Após isso, é preciso evidenciar quais são as situações de risco e elaborar diferentes estratégias objetivando assim que o abuso não seja repetido. Para finalizar, é preciso focar fortemente na prevenção das ocasiões de recaídas. Dessa maneira, é essencial contar com o controle do Estado, levando em consideração que o abusador pedófilo não é capaz de optar por si só entre se submeter ou não a realização de uma terapia.

Neste sentido, o tratamento jurídico-penal no tocante da pedofilia deve ser determinado pelos traços psíquicos, podendo esses serem confirmados caso o pedófilo seja um agente imputável, imputável, não possuindo ela a capacidade de compreender a natureza delituosa das ações que realiza, ou se caso ele seja semi-imputável, em outras palavras, é acometido por uma parcial ausência de compreensão da ilicitude dos seus atos (TRINDADE e BREIER, 2013).

A referida prova técnica pode ser conseguida por meio da instauração de incidente de insanidade mental (art. 149, do CP). Sendo então elaborado um laudo psiquiátrico-forense através de um perito oficial do Estado e unicamente através do mesmo que será apontado se o autor do crime irá ser submetido a uma medida de segurança, objetivando assim realizar o tratamento psiquiátrico durante um tempo indeterminado (art. 98, do CP) ou se ocorrerá uma diminuição de sua pena, isso quando se evidencia a semi-imputabilidade do indivíduo (art. 26, parágrafo único, do CP).

Sendo possível então caracterizar a pornografia através da produção, exibição, uso de qualquer material, podendo ser uma foto, vídeo, desenho que tenham cenas de sexo com a participação de crianças ou de adolescentes ou ainda as imagens que tenham uma conotação sexual de genitais infantis. A Organização das Nações Unidas caracteriza esse problema como qualquer tipo de “representação, por qualquer meio, de criança praticando atividade sexual, explícita ou simulada e auditiva” (Convenção sobre Tráfico de Crianças, Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil, artigo 2, “c”).

Dessa maneira, a pedofilia engloba a existência de fantasias, impulsos sexuais ou ainda comportamentos sexualmente excitantes, constantes e de grande intensidade da atividade sexual com uma criança ou crianças pré-púberes, estando normalmente com 13 anos ou menos. E assim, a internet, pelo fato de estar acessível à praticamente todas as pessoas, sendo ela a ferramenta que mais é usada para a disseminação da prática da pedofilia.

Dessa maneira, podemos ver ainda que:

Um convênio (protocolo de cooperação técnica) entre o Ministério Público do Rio Grande do Sul, o Ministério Público Federal, a Interpol, a Polícia Federal e outros organismos revelou que, em 2002, houve 1.245 denúncias de páginas na Internet contendo material de pornografia infantil (REINALDO FILHO, 2007).

Analisando ainda que o perfil do pedófilo que usa a internet é habitualmente de um homem ou mulher, com uma idade mais avançada, que normalmente já não é capaz de se satisfazer somente com a pornografia adulta convencional e busca diferentes outros elementos para se sentir satisfeito sexualmente. Em diversas ocasiões, pessoas que acabam vivendo em uma situação de isolamento voluntário, entretanto existe casos, onde o infrator vive uma vida normal e social, tendo uma família e cônjuges, que muitas vezes nem sabem da prática do indivíduo.

Ressaltando ainda que a internet fez com que a pornografia infantil se transformasse em uma indústria universal e rentável (SAINT MAUR, 1999 TRINDADE, 2013). Sendo ela a ferramenta de maior relevância para se espalhar o material com conteúdo de pornografia infanto-juvenil, possuindo grandes redes organizadas sobre pedofilia, isso por conta da elevada simplicidade em fazer a disseminação do material e também o anonimato de se navegar nesse ambiente virtual.

Segundo a concepção de Scherer (2014), ressaltando que a pedofilia e a pornografia infantil são expressões que não podem ser misturadas. Onde a pornografia necessita contar com a direta participação de crianças em atos sexuais, já no que diz respeito à pedofilia, essa é caracterizada como um distúrbio que se fundamenta no desejo sexual por crianças. O referido autor ainda agrega valor ao tema dizendo que apontar um diagnóstico de pedofilia não necessariamente significa apontar que a pessoa é um agressor sexual de crianças. E ainda, o agressor sexual de criança não é obrigatoriamente um indivíduo portador da parafilia. Apontando ainda que ninguém seria capaz de realizar algum crime unicamente por portar um distúrbio ou receber punições por ter fantasias ou desejos sexuais, mesmo eles sendo imorais em sua natureza. Porém, isso não significa que é permitido um pedófilo fazer uso de conteúdos referente a pornografia infantil.

Cabe ressaltar ainda que existem alguns obstáculos e problemáticas ao nos referir sobre os combates de todos os crimes virtuais. Beneficiou-se o anonimato de seus usuários, sendo esse um dos relevantes problemas para realizar a identificação dos criminosos que utilizam esse ambiente, assim como onde ele está localizado, tendo a intenção de fazer a aplicação da lei penal (REINALDO FILHO, 2003). Pois assim, ao estar conectado a uma rede, a pessoa precisa somente de “dois elementos identificadores: o endereço da máquina que envia as informações à Internet e o endereço da máquina que recebe tais dados” (ARAS, 2001, p. 28).

Apontando ainda que a responsabilização pela autoria é apontada como o trabalho de maior complicação no momento em que os números que fazem parte do IP proporcionam a identificação de que o sujeito efetuou o acesso das informações através de uma Lan House, ou ainda por áreas que ofertam um acesso gratuito sem fio à internet (“WIFI Free Zone”), como são os casos de aeroportos e estações de transporte público, entre outros. Tecnologias inovadoras também acabam complicando a realização dessa identificação, tal como os aparelhos de internet móvel (4G), possibilitando para o criminoso acessar os dados de onde quer que esteja e ainda se deslocar.

A referida dificuldade em se identificar o autor do delito é um problema tão grande quanto fazer a sua localização, isso por conta de que a referida rede de computadores não possui qualquer limitação geográfica, tornando mais complicado se estipular uma legislação que o incrimine (BRANT, 2003).

Neste sentido, além da grande complicação para se estipular o local geográfico dos crimes resulta em um diferente problema, que se refere sobre a competência para processar e fazer o adequado julgamento dos delitos. Mesmo existindo um possível conflito ideológico e prático de competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal, levando a seguinte concepção:

Havendo emprego de recursos da Internet, a competência seria da Justiça Federal. Isso porque a Internet permitiria que a conduta do agente produzisse efeitos não só em território nacional, mas também no estrangeiro, enquadrando, portanto, os delitos de pornografia infantil pela Internet entre as hipóteses do inciso V do artigo 109 da Constituição Federal (MITANI, 2012, p. 120).

Resultando na existência de um elevado esforço dos indivíduos que integram os órgãos de polícia pelo Brasil. Diversos meios e ferramentas que são usadas pelos criminosos acabam proporcionando muitas dificuldades que impossibilitam uma veloz e eficiente investigação.

Esse problema mencionado é extremamente relevante e resultam nos embaraços que possivelmente acontecem no decorrer de uma investigação penal. No caso de um delegado de polícia, ao ser responsável por um inquérito policial, possui o dever de atuar buscando a certificação da existência de elementos que evidenciem a materialidade e ainda a autoria do fato delituoso.

Dessa maneira, mesmo quando todos os problemas são superados durante a etapa de investigação, solucionando todas as possíveis adversidades, existem ainda problemas que surjam no começo do processo penal que objetiva apresentar a condenação dos indivíduos que são acusados por esses tipos de delitos. Que seriam as alegações que são apresentadas por parte da defesa do réu, que apresentam algumas dúvidas no que diz respeito à sua autoria nos crimes cometidos da internet. Os estudos de Reinaldo Filho (2003) apontam ainda que são inúmeras as ocasiões onde a defesa faz a alegação de que ocorreu um provável sequestro do computador por um “spyware”, usando-o de forma remota pela ação de um terceiro para que o crime fosse de fato cometido. Na realidade, existe sim, a possibilidade de isso acontecer, levando em consideração que esse tipo de programa possibilita o “hacker” ter o controle, de forma remota, do computador que foi sequestrado. Para que isso ocorra de fato, o que precisa ocorrer é a instalação do “trojan” no computador do usuário, operação que pode ser realizada ocultamente, isso ao ser feito o “download” de algum arquivo legítimo que possui, sem saber, o programa com objetivos ruins.

Quando esse tipo de alegação de negativa de autoria é apresentada, o órgão acusador se responsabiliza pelo ônus de fazer provar que a autoria do delito é do indivíduo acusado, deixado claro, através da apresentação de prova pericial, que não existia nenhum tipo de programa afetando o computador do réu ou que, existia de fato. Ressaltando ainda que a prova nos autos precisará eliminar todas as possíveis dúvidas, levando em consideração que, ao permanecer qualquer dúvida, a alternativa do magistrado é somente a de fazer a absolvição do réu, assim como determina o art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, que expressa o princípio da inocência, “in dubio pro reo”, uma expressão latina que significa literalmente na dúvida, a favor do réu.

2.4 DA CIBERPEDOFILIA

A ciberpedofilia é aquela que trata da pedofilia, uma doença identificada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), parafilia, uma preferência sexual por crianças, geralmente pré-púberes, a qual qualquer ato libidinoso ou ter relação sexual com crianças ou adolescentes é considerado crime, pelo código penal e também, como cita o artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é considerado crime, inclusive, adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Surgindo desta forma, a ciberpedofilia, o crime da pedofilia, praticado em meio virtual, que facilita a garantir o anonimato do infrator.

Pode-se dizer que, a ciberpedofilia no Brasil tomaram grandes proporções, e isso envolve tanto na divulgação da pornografia infantil ou por fazer sua apologia.

A pedofilia é considerada um crime que sempre da origem a muita comoção social, entretanto não é difícil se deparar na internet, com imagens que apresentam conteúdos pornográficos envolvendo menores e por muitas vezes crianças, diante disso, um dos poucos crimes que apresenta sua ação na internet tipificada é a pedofilia pelo meio do artigo 241, inciso II, da ECA que assim “assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo” (VELOSO, 2014 p.44).

Podemos ver que a Constituição Federal de 1988 inicialmente determinou a existência de alguns princípios objetivando assegurar para as crianças e para os adolescentes, a existência de direitos que antes não eram considerados. Sendo assim, o art. 227 determina que:

Art. 227. É dever da 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.[...] § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (BRASIL, 1988).

Dando maior força para o mandamento constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, por meio do seu art. 1º, determina a existência da teoria da proteção integral, que se fundamenta no reconhecimento de direitos especialmente criados e direcionados para as crianças e adolescentes.

Já no que diz respeito sobre a proteção contra a violência sexual, o Estado também está procurando ficar mais focado. Desde que a Constituição Federal foi adequadamente aprovada, no ano de 1988, e do ECA, no ano de 1990, o Estado passou a ter a responsabilidade de proporcionar a devida proteção para a criança contra qualquer espécie de violência e exploração, sem ficar meramente limitado a fazer o julgamento de casos que aconteceram, entretanto é necessário fazer a sua prevenção. Ficando evidente assim um dos significados de “proteção integral” e de “criança como fonte de direitos”. A proteção que o Estado proporciona deve então tornar possível uma individualização mais elevada, não apenas no tocante de que a criança possa ter a quem recorrer quando ocorre algum tipo de violência, entretanto ainda no tocante em que deve prevalecer o seu próprio interesse. Não sendo meramente a honra da família que se encontra em jogo, mas sim a diminuição dos problemas enfrentados pelas vítimas.

Segundo as palavras de Andreucci (2007, p. 157), podemos ver que, “além dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, gozam a criança e o adolescente do direito subjetivo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, preservando-se sua liberdade e dignidade”. Sendo assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente acabou sendo elaborado para atuar como um diploma jurídico que administra toda a matéria que envolve a infância e a juventude.

A variedade de crimes que são especificados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente são de ação pública incondicionada, em outras palavras, a autoridade policial, quando passa a conhecer a ocorrência do ato lesivo, precisa fazer a instauração do devido procedimento policial competente, não sendo necessário esperar que aconteça qualquer tipo de manifestação do indivíduo responsável pela vítima. Neste sentido, o Estado possui um interesse direto em fazer essa repressão da conduta de pedofilia, sendo ela entendida como uma prática direta de uma ação de abuso sexual contra crianças e adolescentes, ou ainda no momento em que ela se caracteriza como uma perpetração ou uma ação que resulte nessa espécie de crime. Inúmeros são os estudos que apontam que o ato de divulgar a pornografia infantil beneficia a elevação dos crimes sexuais que são cometidos contra menores.

É preciso se fazer evidenciar uma breve pesquisa do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no qual a Lei 11.829 de 25 de novembro de 2008 apresentou relevante modificação aos dispostos nos artigos 240 e 241 do mesmo estatuto.

Ademais, para a pesquisa aqui apresentada, e, para não tentar eliminar toda a discussão sobre este assunto, irão ser abordados somente os artigos 241, 241-A, § 1º, incisos I e II, e § 2º, 241- B, 241-C, parágrafo único, e 241-D do ECA, tendo em vista que, são os que apresentam em seu corpo, a matéria proposta à discussão.

Desta maneira, é preciso que ocorra a sua transcrição para um melhor entendimento sobre este assunto.

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso. (VADE MECUM, 2011, p. 1106-1107, grifo nosso).

No contexto dos artigos, o legislador tomou cuidado com a questão da distribuição, transmissão, armazenamento entre outros, e passando a responsabilizar os servidores, tal como observamos no artigo 241-A, § 2º, que no instante em que for notificado adequadamente, e não tomar as providências necessárias, irá responder na esfera criminal no mesmo delito do caput.

Podemos observar que unicamente os artigos do ECA são capazes de expressar a preocupação no contexto da venda, divulgação e exposição do menor na Internet, enquanto todo o resto da legislação ainda caminha em passos muito lentos, objetivando fluir certa segurança jurídica no ambiente virtual.

De acordo com a visão de Morais (2018), que é fundador do site Censura que, combate a pedofilia e abuso sexual na internet, os computadores das vítimas podem em muitos casos estar interligadas com redes de pedofílias, que muitas das vezes, as crianças enviam fotos para amigos ou colegas de classe e essa imagem acaba caindo na rede dos pedófilos. Ou porque alguém ligado ao colega que recebeu a foto está em uma rede de pedofilia, ou porque a imagem foi colocada em algum blog e, com isso, se tornou pública.

De acordo com entendimento de Rodrigues; Simas Filho (2004, p. 1) “A internet facilita o contato dos pedófilos com suas vítimas, pois nos chats e blogs eles assumem qualquer personalidade e usam a linguagem que mais cativa o interlocutor virtual”. Deste modo, com a popularização da internet os pedófilos, que passaram a ser ciberpedófilos, têm-se uns campos fértil e praticamente impunes para aliciar crianças e pré-adolescentes por meio de ferramentas que propiciam esconder suas verdadeiras identidades e assumir uma personalidade que cativa às crianças, podendo se passar também, até por uma outra criança.

Muitas vezes, muitos desses crimes ficam impunes, e isso cada vez mais vem se tornando um grande problema na vida de muitas pessoas, que se sentem violadas com esses crimes, pois pode-se dizer que sem uma legislação mais severa vem surgindo à criação de comunidades criminosas, que graças ao anonimato muitas vezes se vangloriam de delitos por eles exercidos na internet.

2.5 MANEIRAS DE IDENTIFICAR MÁQUINAS CRIMINOSAS E A RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR

Da mesma forma que nós possuímos o R.G, os computadores também possuem o I.P., que é o que deixa possível identificar a máquina que está utilizando a rede, o I.P. são números proporcionados pelo provedor de acesso que deixam possível a determinação do local da máquina e, sendo assim, comprovar se partiu dela os comandos das ações ilícitas.

Nas ocasiões em que o computador faz sua conexão com uma rede particular, contrariamente a rede mundial de internet, ainda vai ser possível fazer sua identificação por meio do endereço de IP. Entretanto, nestas ocasiões ele irá ser evidenciado através do administrador da rede, mas também irá ter a mesma eficiência

probatória. Na maior parte das ocasiões, sempre que a máquina realiza sua conexão à rede, ela irá receber um endereço de IP diferente, entretanto, algumas conexões, assim como um Speedy especial, que após ser fornecido um número de IP este não se altera mais, mesmo que o computador desconecte-se e retorne sua navegação posteriormente.

As palavras de Carla Castro, em sua pesquisa evidenciam que:

Trataremos, inicialmente, da responsabilidade criminal, advertindo que a responsabilidade não é da pessoa jurídica e sim de seus representantes legais. Surge a questão: pode o provedor ser incriminado por atos dos usuários? Por exemplo, se o agente insere em uma homepage fotos de crianças em cenas pornográficas, pode o provedor ser responsabilizado?. (2003, p. 75). Grifo da autora.

Desta maneira, na ocasião em que a responsabilidade do provedor de acesso a internet, podemos observar que os indivíduos de seus representantes legais é que irão ser responsabilizados, porém, precisam realizar uma conduta para tornar claro aos usuários as responsabilidades que irão ter por causa das matérias que tornam públicas na rede, assim como pelas ações que realizaram, uma vez que os atos ilícitos efetuados, ainda que de forma virtual, irão ser punidos pelo Estado, por conta de seu ordenamento jurídico.

Entretanto, esta responsabilidade mencionada possui alguns limites, assim como será apresentado, uma vez que não se refere de responsabilidade total dos atos praticados pelo usuário da rede. Não será possível responsabilizar o provedor de acesso pelas informações ou imagens que qualquer indivíduo usuário lança na internet, uma que são numerosos a quantidade de clientes, assim como a quantidade de informações que são transmitidas, tornando impossível a realização de uma fiscalização mais eficiente. Outro elemento relevante é no contexto da inexistência de uma norma penal que torne evidente a obrigatoriedade desta pessoa jurídica fazer o policiamento do conteúdo existente nas comunicações, ou publicações. Sendo assim, não possuindo lei anterior que especifique o delito, não será possível ser sancionado o provedor.

Se levarmos em conta a questão dos e-mails, correspondências cambiadas no contexto virtual, englobado nisto pela lei que protege a inviolabilidade das correspondências.

Salvaguarda, ainda, que é necessário assegurar a liberdade de expressão. A mais elevada maneira de expressão e comunicação nos dias de hoje é a internet e caso os provedores de acesso fizessem uma restrição das matérias que seriam capazes de ser veiculadas pela internet iríamos estar perante de uma enorme censura ilegal.

2.6 A IDENTIFICAÇÃO DOS CRIMINOSOS CIBERNÉTICOS

Primeiramente, torna-se importante ressaltar que, de certa forma, mesmo com a evolução da informática, quando se trata sobre identificar um invasor criminoso isso não é tão fácil quanto muitos pensam. O acesso, em tese, é feito pelo invasor através de uma conexão por roteador, mas o IP será da máquina cadastrada no roteador e não do computador que se conecta ao sinal. O segundo grande problema é a correlação, em um determinado espaço de tempo, entre a máquina e o sujeito que a opera (COLLI, 2010, p. 95).

Segundo destacado por Teixeira (2013):

O trabalho da polícia judiciária na investigação dos crimes de informática obedece ao mesmo rito de qualquer outro crime, previsto no código de processo penal (Decreto-Lei 3.689, de 3 out. 1941), sendo precedido do registro de um boletim de ocorrência e instauração do inquérito policial. A respeito do inquérito policial, tratam o artigo quarto e seguintes do referido dispositivo legal, prevendo, entre outros detalhes, que a autoridade policial (Delegado de Polícia) procederá à instauração do inquérito policial, logo que tomar conhecimento do fato delituoso, e promoverá todas as ações para buscar a apuração dos fatos e sua autoria, inclusive requisitando perícias técnicas se for o caso. (TEIXEIRA, 2013, p.42).

Indivíduos denominados como hackers ou crackers são os sujeitos ativos dos crimes praticados por meio das vias virtuais. Estes indivíduos realizam a invasão de sistemas, se apoderam de informações, danificam banco de dados, resultando nos mais variados prejuízos. São indivíduos inteligentes, com um amplo conhecimento no âmbito de computadores, que usam várias técnicas para alcançar os bens das vítimas, pessoas físicas e jurídicas. Alguns, entretanto, atuam especialmente para as vítimas em potencial, ajudando na medida em que tentam fazer a invasão de seus sistemas, com o objetivo de averiguar as falhas e determinar formas de preencher as lacunas por onde os invasores irão conseguir fazer a invasão, elevando assim a segurança das informações.

Uma das possibilidades seria através do número IP (Internet Protocol) que identifica um dispositivo em uma rede (um computador, impressora, roteador, etc.), sabendo esse número é possível chegar ao computador, identificando assim o criminoso.

Tratando-se de uma investigação de cibercrimes, torna-se indispensável que essa seja permanente, pois só assim será possível que se consiga realizar a prisão em flagrante do sujeito suspeito que opere o computador relacionado ao endereço de IP (internet protocolo) criminoso, e que esse mesmo computador esteja operando ao mesmo tempo. Portanto, quando não se leva em apreço esses requisitos, a investigação poderá ensejar em ausência de materialidade e autoria, trancando o processo por falta de uma das condições da ação penal (COLLI, 2010, p. 95).

Quando se trata, de uma prisão em flagrante, não se pode esquecer que existem importante passos a serem adotados no momento da prisão, e assim são os seguintes:

- a) fazer um "printscreen" da tela no momento da apreensão da máquina, que nada mais é do que uma foto tirada pelo próprio computador da última tela usada; b) adotar procedimentos para preservação de dados de fácil perecimento; c) fazer uma imagem do disco rígido da máquina operante, antes que ela seja desligada, para não se perder nenhum dado importante; d) checar a integridade dos dados para se ter certeza de que a cópia é exatamente fiel e verdadeira; e) desligar o sistema de acordo com as instruções originais do sistema operacional; f) fotografar todo o sistema e o ambiente no qual ele está localizado, inclusive cabos conectados na parte traseira do computador e fios que nele estejam conectados, pois esse ambiente não deixa de ser cena do crime; g) desconectar todos os cabos periféricos, os cabos básicos conectados; h) usar fita antiestática ou outro instrumento desmagnetizado antes de tocar nos equipamentos, para não haver o descarregamento de dados; i) colocar disquetes e outros materiais que possuam mecanismo magnético em bolsas antiestáticas, evitando dessa forma, um campo magnético e a consequente perda de dados armazenados (COLLI, 2010, p. 116).

Destaca-se que, por um lado, nos casos que envolvem crimes digitais, a prisão em flagrante exercerá papel de medida pré-cautelares, uma vez que servirá de instrumento a medida cautelar que se seguirá ou não, para a prisão preventiva do suspeito da autoria do delito, ou apreensão de eventuais instrumentos utilizados no delito, conforme disposto no artigo 6º, inciso II, do Código de Processo Penal.

2.7 DA CONDENAÇÃO POR CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS

Inicialmente, é necessário esclarecer o significado da palavra vulnerável. Mirabete (2010, p. 407) define pessoa vulnerável da seguinte forma:

Pessoa vulnerável, no sentido que lhe conferiu o Código Penal, é, primeiramente, a pessoa menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, se encontra particularmente sujeita aos abusos e a exploração que sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual (...). Pessoa vulnerável, para o Código Penal, é também a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental que não tem o discernimento necessário em relação às práticas sexuais e que, por esta razão, também se encontra particularmente sujeita aos abusos e a exploração sexual.

O crime de estupro de vulnerável foi introduzido pela Lei 12.015/2009 que revogou o artigo 224 do CP, o qual trazia as hipóteses de violência presumida. Neste caso, as hipóteses de violência presumida foram englobadas

pelo estupro de vulnerável, não sendo mais definido como presumido esse tipo de crime, mas sim como uma tipificação penal específica, inclusive com pena mais severa (MARCÃO e GENTIL, 2015, p. 192).

O bem jurídico tutelado passou a ser a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, uma vez que, quando a vítima é inserida nesta condição de vulnerável, é considerada incapaz de expressar sua vontade ou consentimento quanto ao ato sexual a ser praticado (BITTENCOURT, 2010, p. 93).

Cabe aqui destacar a inclusão do §5º do artigo 217-A e 218-C, por meio da Lei 13.278/18, o qual diz:

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

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

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

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

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).

Tal alteração se deu em razão da expansão das redes sociais e sites, inclusive pornográficos, que facilita a divulgação de mídias da natureza tipificadas no artigo.

É necessário citar o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), alterado pelo pacote anticrime, previsto pela Lei 13.964/2019, que cita ser obrigatório, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

Com a evolução na ciência e nos meios de investigação, foram criadas novas técnicas da Biologia Molecular, que tornaram possível solucionar crimes a partir de exames de DNA. A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), instituída pelo Decreto nº 7950/2013, foi criada com a finalidade principal de manter, compartilhar e comparar perfis genéticos a fim de ajudar na apuração criminal e/ou na instrução processual.

A análise de vestígios biológicos permite identificar com precisão a identidade de uma pessoa ou mesmo se um indivíduo esteve em determinado local de crime. O DNA é uma prova muito importante, praticamente incontestável nos tribunais. E da mesma forma que permite a identificação de criminosos, possibilita também a demonstração de inocência, porque muitas vezes é a prova essencial de que determinada pessoa suspeita não cometeu o ato criminoso que ela vem sendo acusada.

Os bancos de dados de perfis genéticos têm caráter sigiloso, sendo o acesso restrito. Desta forma, o administrador responde civil, penal e administrativamente caso permita ou promova a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins diversos.

No caso da ciberpedofilia, o fato de simplesmente obrigar, fazer com que um vulnerável pratique um ato libidinoso, ou qualquer tipo de assédio sexual, ou pornografia infantil, mesmo que virtualmente, se enquadra nos artigos estabelecidos a cima citados e serão punidos levando em conta os mesmos e os artigo 241 do ECA, que proíbe, apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou Internet, fotografias ou imagens com pornografia infantil, sendo a punição quem infrinja este artigo é de detenção de 2 a 6 anos e multa e o artigo 213 do Código Penal, que cita a proibição de praticar ou permitir que o outro o pratique ato libidinoso, sendo pena de reclusão, de 6 a 10 anos. Entre outros artigos que já foram citados ao longo do desenvolvimento deste artigo científico, todos serão levados em conta e

utilizados na hora da condenação de um pedófilo, infrator de ciberpedofilia, cometendo crime sexual contra vulnerável.

3 CONCLUSÃO

Pode-se concluir, que a pedofilia virtual é de extrema importância e relevância social, visto que, a violência contra crianças e adolescentes configura uma violação de seus direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, independentemente da forma que ocorra, vem trazendo serias consequências físicas e psicológicas, tanto para a vítima e sua formação, quanto para a sua família, sendo de extrema urgência visar a importância do assunto.

Desta forma, existe a necessidade de profissionais atualizados com o intuito de elevar a segurança dos meios virtuais, tendo como objetivo evoluções tecnológicas na área da informática, desenvolvendo técnicas mais eficientes que tornem possível a identificação do usuário, embora haja dificuldade de identificar o infrator que se esconde atrás da tela de um computador, não é uma tarefa impossível. Precisando também, que a legislação se adeque as mudanças e a nova realidade mundial.

Conjuntamente, é recomendado aos pais ou responsáveis, que sigam algumas sugestões que, podem ajudar a prevenir que crianças e adolescentes sofram qualquer tipo de abuso ou violência sexual virtual, ações simples, mas que quando praticadas podem ser de grande ajuda, sendo: a) aprender sobre a Internet e conhecer as atividades virtuais dos filhos, assegurando que o processamento de uso seja seguro e acompanhado por um adulto; b) instalar no computador da criança, softwares de controle e bloqueio de conteúdo adulto; c) ser presente e participativo no cotidiano dos filhos, sendo importante manter o computador em área comum da casa, com a tela visível; d) observar amizades feitas através do meio virtual.

Por fim, o número 100 quando discado, fará contato direto e gratuito com a central de atendimento de direitos humanos, responsável por toda a comunidade brasileira, auxiliando em informações, denúncias de violações a esses direitos e acionando os órgãos responsáveis. Qualquer ato ou suspeita de pedofilia se enquadra, podendo ser facilmente identificado a partir da ligação, sendo de grande ajuda para um possível flagrante e solução do caso. Permitindo que menos uma criança sofra desse crime tão cruel.

REFERÊNCIAS

AMÂNCIO, Tânia Maria Cardoso. O impacto da informática na sociedade e o direito no Brasil. In: Revista Jurídica Consulex, v. 17, n. 405, p. 24/28, dez.2013.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANT, Cássio Augusto Barros. A evolução da internet no Brasil e a dificuldade de sua regulamentação, 2003. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1351/Aevolucao-da-internet-no-Brasil-e-a-dificuldade-de-sua-regulamentacao> . Acesso em: jul. 2022.

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: jul. de 2022.

BRASIL, Código penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei?Del2848.htm . Acesso em: jul. de 2022.

BRASIL, Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm . Acesso em: jul. de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965. Presidência da República. Nota Oficial. Disponível em: [/www2.planalto.gov.br/acompanheo-planalto/notas-oficiais/notasoficiais/comunicado-oficial](http://www2.planalto.gov.br/acompanheo-planalto/notas-oficiais/notasoficiais/comunicado-oficial)>Acesso em: maio 2022.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Crimes de Informática: e seus Aspectos Processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003. 236 p.

COLLI, Maciel. Cibercrimes Limites e Perspectivas á Investigação Policial de Crimes Cibernéticos. Curitiba: Juruá, 2010.

CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos jurídicos da internet. 5. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

DRECHSEL, Denise. Crianças e jovens são as principais vítimas dos crimes cibernéticos. 2016. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/viewFile/16488/12745> Acesso em: maio de 2022.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Informática e criminalidade: parte I: lineamentos e definições. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 35-45, set. 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição, Editora Juspodivm. Salvador, 2016.

JESUS, Damásio e MILAGRE, José Antônio. Manual de crimes informáticos. São Paulo: Atlas, 2016.

LÉVY, Pierre. Cibercultura (trad. Carlos Irineu da Costa). São Paulo: Editora 34, 2001.

MITANI, Amanda Wendt. A imprecisão da linguagem da lei e a dificuldade de comunicação entre delegados e peritos nos crimes de pornografia infantil pela Internet. Revista Brasileira de Segurança Pública. São Paulo, vol.6, n. 1, fev/mar 2012.

MORAIS, Lucas Andrade de. Ciberpedofilia: os crimes de pedofilia praticados através da internet. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 abr. 2018.

NIGRI, Deborah Fisch. Crimes e segurança na internet. In Verbis, Rio de Janeiro: Instituto dos Magistrados do Brasil, Ano 4, n. 20, p. 34-41, 2000

OLIVEIRA, et. al. Crimes Virtuais e a legislação brasileira. (RE) Pensando direito. Revista do Curso em Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo. EDIESA Ano 7 n. 13 jan./jun. 2017 p. 119 - 130.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Reginaldo César. Os Cybercrimes na Esfera Jurídica Brasileira. In: "A priori", Internet. 2011; disponível em <<http://www.apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?p=181>> Acesso em: mar. de 2022.

PIOLI, Roberta Raphaelli. Delitos Informáticos: Lei Carolina Dieckmann traz inovações necessárias Revista Consultor Jurídico, abril 2013.

PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e da apreensão no processo penal.

Editora Revista dos Tribunais, Jan 1, 2005.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume único. 20. edição. São Paulo: Editora Forense. 2022.

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. O problema na tipificação penal dos crimes virtuais. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002.

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. Crimes Virtuais. 2005. Disponível em: <http://www.advogadocriminalista.com.br> . Acesso em: maio de 2022.

REINALDO FILHO, Demócrito. Questões técnicas dificultam condenações por crimes cometidos na internet, 2003. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br> . Acesso em: jul. de 2022.

REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la. O caso do Second Life. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1527, 6 set. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10358> . Acesso em: jul. de 2022.

RODRIGUES, Alan. SIMAS FILHO, Mário. Perigo Digital. Revista ISTOÉ. Nº. 1829. 2004.

RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. A proteção de dados pessoais sensíveis no contexto do estado democrático de direito. 2009. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_mostra_pdf/direito/72217daniel_pineiro_rodriguez.pdf >. Acesso em: maio de 2022.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Informática, Telemática e Direito Penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SANTOS, Gustavo de Oliveira; ANDRADE, Izabella Lucena Medeiros de; MORAIS, Lucas Andrade de. A Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos

Fornecedores de Serviço de Acesso à Internet nos "Cybercrimes". Unieducar, Fortaleza, ano XI, n. 4880, 2009

SCHERER, Marcelo de Vargas. A Criminalização do consumidor de pornografia infantil: barreiras intransponíveis foram transpostas? In: JUNIOR, Ney Fayet; SANTOS, D. L. dos. (Orgs) Perspectivas em Ciências Penais. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2014.

SYDO W, Spencer Toth. Crimes informáticos e suas vítimas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TEIXEIRA, Ronaldo de Quadros. Os Crimes Cibernéticos no Cenário Nacional.

Escola superior aberta do Brasil – ESAB, 2013 (Curso de pós-graduação lato sensu em engenharia de sistemas). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77225/os-crimes-ciberneticos-e-os-meios-que-a-policial-utiliza-para-a-identificacao-dos-criminosos>. Acesso em: jun. de 2022.

VELOSO, Fernando de castro, informática: conceitos básicos. 9 ed. Rio de Janeiro, Elsevier 2014.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. Pedofilia: Aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3ª ed., 2013.

8 DO ENCARCERAMENTO A RESSOCIALIZAÇÃO

Joirton Roger Assis Ribeiro

Camila Viríssimo Rodrigues da Silva Moreira

RESUMO: Este trabalho visa apresentar um panorama sobre as condições atuais do funcionamento do sistema carcerário no Brasil, especialmente com relação aos dados oficiais apresentados, representando a população carcerária no Brasil contemporaneamente. Para além disto, o trabalho resgata a função do próprio sistema penal no Brasil, que além de punir o delito cometido, através da atuação direta do Estado, durante a execução da pena, também realizar um processo que, por meio de atividades integradoras, preparem o encarcerado para o retorno à sociedade. Este trabalho, traz ainda, o pensamento de autores clássicos como Foucault e Beccaria, falando sobre pena e sistema punitivo, com o objetivo de introduzir no leitor conhecimento mínimo prévio, para que os dados que seguirem possam ser analisados de forma objetiva, com intuito de conduzi-lo à reflexão sobre tema tão relevante para a nossa sociedade, que embora punitiva, tenta sem muito sucesso, ser humana.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Criminalidade. Sociedade. Pena.

ABSTRACT OU RESUMEN: This paper aims to present an overview of the current conditions of the prison system in Brazil, especially with regard to the official data presented, representing the prison population in Brazil contemporaneously. In addition, the work rescues the function of the criminal system itself in Brazil, which in addition to punishing the crime committed, through the direct action of the State, during the execution of the sentence, also carry out a process that, through integrative activities, prepare the prisoner for return to society. This work also brings the thought of classical authors such as Foucault and Beccaria, talking about punishment and punitive system, with the aim of introducing in the reader minimum prior knowledge, so that the following data can be analyzed objectively, In order to lead him to reflect on such a relevant topic for our society, which although punitive, tries without much success, to be human.

KEYWORDS: State. Crime. Society. Penalty.

1. INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro, composto por um aglomerado de prédios onde se abrigam pessoas, precisa invariavelmente passar por uma reforma. Quando se fala em abrigo de pessoas, inicialmente pretende-se separar duas coisas nesta fala: o abrigo e as pessoas.

Nem todo teto pode ser chamado de abrigo e, infelizmente na nossa sociedade, nem toda pessoa é assim considerada. De uma forma geral, por pessoas está sendo referido a toda equipe do Estado, que atua conforme pode, para manutenção da estrutura do sistema carcerário e, por outro lado, está sendo abordado os encarcerados, que poderiam ser chamados de condenados, mas a realidade destaca que nem todo preso, é preso condenado.

A condição de estar preso, neste momento, significa apenas que a pessoa está com sua liberdade restrita, uma vez que em um mesmo teto encontra-se o condenado por homicídio e o acusado de roubo, ambos cumprindo pena, mas um deles, não foi sentenciado e, não é raro encontrar aqueles que sequer foram processados.

A pesquisa é dividida em três fases, sendo a primeira, chamada de Nascimento da Prisão, é uma alusão clara a obra de Foucault, que traz capítulo específico sobre o nascimento das prisões, revisitando o pensamento de Beccaria e sua preocupação com o excesso do punitivismo e a necessidade da pena ter um fim em si mesma.

Na sequência, apresenta-se os dados mais recentes do sistema prisional no Brasil, trazendo dados do Departamento Penitenciário Nacional e do Conselho Nacional do Ministério Público, buscando, quando possível,

apresentar os dados específicos do Estado do Paraná, para que o leitor possa visualizar a realidade nacional e a local.

Após isto, faz-se uma breve consideração acerca do processo de ressocialização que vigora nas penitenciárias do país e, dentre outras situações, observa-se que as condições de vida do encarcerado, raramente permite que o processo de ressocialização ocorra. É mais fácil, entendem os pesquisadores, que o encarceramento funcione como uma escola do crime, do que um local onde o preso possa, refletir sobre a sua condição e regressar a condição de vida social. O próprio Foucault já considerava este regresso como uma utopia e, ao que parece, nunca esteve tão perto disso quanto agora.

2 O NASCIMENTO DA PRISÃO

Dentre os principais acontecimentos que antecederam o surgimento das prisões, conforme se apresentam contemporaneamente, destacam-se a abolição da confissão pública na França, em 1791; a supressão do pelourinho em 1789 e a sua abolição na Inglaterra em 1837 e o fim do suplício de exposição do condenado, na França em 1848 (FOUCAULT, 2014, p. 14).

Se for parar para pensar, as prisões como se conhece, é um instituto relativamente novo. Seguido dos suplícios corporais, a evolução do nascimento da prisão caminha para uma análise do sistema punitivo, pois a punição pública deixou de encontrar apoiadores. O exercício da vingança, terceirizada para o Estado, oferece mais riscos do que benefícios, um deles seria o levante da população, contra o próprio Estado. A solução, em tese, seria a de que a justiça criminal deve punir e não vingar (FOUCAULT, 2014, p. 74).

A obra do filósofo Michel Foucault, Vigiar e Punir, que trata do nascimento da prisão, aborda três questões, que para o autor, precisam ser analisadas antes de se falar em sistema prisional: o suplício, a punição e a disciplina (PINO, 2020, p. 1).

Na primeira parte, falando sobre o suplício, o autor traz a transcrição do julgamento e execução de Robert-François Damiens, condenado por parricídio no ano de 1757, teve sua execução em praça pública, após pedido de perdão e sucessivos atos de violência contra o seu corpo. Na sentença, encontrava-se em destaque a forma como se daria a execução, conforme se transcreve (FOUCAULT, 2014, p. 9)

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (FOUCAULT; 2014; p. 9)

Naquele momento, o corpo do condenado pertencia ao Estado e, nesta condição, a aplicação de suplícios era entendida como a forma mais eficaz de prevenir a criminalidade. Segundo este pensamento, era através do exemplo dado em praça pública, que iria reprimir o cometimento de novos crimes, pela população. Todavia, Foucault relata que estes eventos, passaram a ser considerados como espetáculos punitivos que, sem o efeito que se esperava, foi tirando de foco o cerimonial da aplicação da pena, para transformá-lo em um ato processual ou meramente administrativo (FOUCAULT, 2014, p. 13).

O Marquês de Beccaria em sua obra descreve que ao soberano, representante da sociedade, cabe-lhe a promulgação de leis gerais que obriguem a todos, indistintamente ao seu cumprimento, sob pena de violação do pacto social, uma vez que “a verdadeira medida do delito, é o dano à sociedade” que se causa (BECCARIA, 1999, p. 42).

Neste sentido, o autor explica que há delitos que destroem imediatamente a sociedade ou a quem a representa, uma vez que violando o direito de segurança, adquirido pelo cidadão, conseguirá promover a destruição da ideia de justiça e de dever, que são promovidos pelo pacto social, “substituindo-as pelo direito do mais forte, perigoso não só para quem o exerce como também para quem o suporta” (BECCARIA, 1999, p. 44).

A evolução do sistema punitivo, com a mudança do sistema de flagelo público do condenado, evoluiu não por uma questão humanitária, mas por um contexto econômico. Estabelecer um novo sistema punitivo, era acima de tudo, estabelecer processos e procedimentos uniformes, eficazes e que especialmente reduzissem o custo político das execuções. Neste sentido, Foucault descreve que

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais eqüitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; (...) A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (ou seja, dissociando-o do sistema da propriedade, das compras e vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões) e seu custo político (dissociando-o do arbitrário do poder monárquico). A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade uma nova “economia política” do poder de punir (FOUCAULT, 2014, p. 80).

Esta ideia de que aquele que pratica o ilícito não apenas o pratica contra o cidadão, mas também contra o próprio Estado, ao se tornar um violador das leis, passa-se a enxergá-lo como um inimigo e, nesta condição de inimigo do Estado, não é raro que este deixe de ser visto como cidadão (ROUSSEAU, 2011, p. 62).

Evoluindo na cronologia do nascimento das prisões, Foucault destaca dois elementos que marcam esta mudança: o acesso à humanidade e a colonização da instituição judiciária. Pelo primeiro, se tratará dos castigos igualitários, tendo o cerceamento da liberdade como parâmetro para todos os condenados e, não mais os suplícios corporais onde as penas eram executadas em flagelos no próprio corpo do condenado (FOUCAULT, 2014, p. 224).

Para o segundo ponto destacado por Foucault, a colonização do condenado tinha o objetivo de privar da liberdade, ao mesmo tempo em que deveria atuar na transformação técnica destes encarcerados. A prisão, em tese, deveria atuar como agente transformador de efeitos internos no encarcerado, especialmente através do isolamento social, pois é retirando o indivíduo da sociedade é que o conduziria a refletir sobre suas ações; do trabalho, pois desta forma, a prisão teria além de um efeito econômico, transformaria o indivíduo violento, através do aprendizado e da ocupação, o que permitiria que o encarcerado pudesse, um dia, regressar a sociedade e se reintegrar (FOUCAULT, 2014, p. 230).

Assim, analisando as condições subumanas em que o sistema de encarceramento se tornou, há sérias dúvidas se este processo de suplício não tenha apenas migrado da esfera pública para a privada, mas este é um ponto que será tratado adiante.

3. SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

O sistema carcerário de uma forma geral, pode ser compreendido pelo conjunto de engrenagens estruturais, onde se destacam cadeias, prisões e presídios, que regidos pelas políticas de segurança públicas, objetivam o cumprimento da finalidade destas casas de internação: a ressocialização, a educação e o aprimoramento dos internados (CORDEIRO, 2022, p. 19).

Os sistemas penitenciários podem ser classificados de acordo com os objetivos a que se propõe. A exemplo disto, destaca-se o sistema celular ou também chamado de pensilvânico, que amparados pelas ideias de pensadores do direito penal como Beccaria e Bentham, adotam o sistema de um edifício que comporte os

condenados, em isolamento conforme o caso, mas que lhes seria permitido interação com demais presos e trabalho, durante o dia (BITTENCOURT, 2017, p. 31).

O Brasil tem adotado o sistema onde é possível a redução do tempo de prisão, com a concessão de liberdade condicional, conforme são preenchidos requisitos que permitam a soltura do condenado. Este sistema penitenciário progressivo, é considerado por Nucci (2020, p. 734) como

derradeiro período de execução da pena pelo sistema progressivo, o livramento condicional é a antecipação de liberdade ao sentenciado, a título precário, a fim de que se possa averiguar como ele se vai portar em contato, de novo, com o meio social. Esse período de experiência tem de ser relativamente longo sob pena de resultar ilusório (...)

Acerca do sistema prisional brasileiro, apontava que além de existir um descaso, especialmente no que diz respeito ao princípio da legalidade, na fase de execução de pena, onde não raro encontram-se “presos cumprindo penas além do tempo determinado em sentença”, outros ainda após anos de encarceramento, sequer foram julgados, ainda deve ser observada as condições em que estes encarcerados encontram-se no sistema, onde sem qualquer classificação quanto ao cometimento de crimes, amontoam-se presos de todos os tipos, em celas superlotadas (GRECO, 2015, p. 50).

Anualmente são realizados levantamentos de dados penitenciários, por órgãos oficiais do Estado, como o DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional, que pesquisa e apresenta dados do sistema, para que se possa, dentre outras coisas, conhecer os números do encarceramento no Brasil.

O CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público fornece dados que datam do último trimestre do ano de 2019. Estes dados apresentam o sistema prisional do Brasil em números. No que diz respeito à quantidade de estabelecimentos penais, registram-se que há 557 cadeias públicas, separadas entre 26 femininas, 426 masculinas e 105 mistas e, ainda tem-se 663 penitenciárias, sendo 72 femininas, 465 masculinas e 127 unidades mistas (BRASIL; CNMP; 2022).

Os dados apresentados pelo CNMP, destacam que a capacidade das unidades prisionais no Brasil é de 448.599 detentos. A taxa de ocupação supera 161%, correspondendo a 723.989 detentos e, 1397 estabelecimentos prisionais espalhados pelo país (BRASIL; CNMP; 2019).

Durante a pandemia mundial, que a questão da taxa de ocupação no sistema prisional recebeu atenção de diversos órgãos, conforme explica Campelo (2022, p. 12)

A questão da superlotação nos presídios chamou atenção de diversos órgãos, o problema fica pior durante uma pandemia mundial. Segundo a Nota técnica nº 5, de março de 2020, do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT, 2020), o sistema prisional brasileiro deve ter uma atenção redobrada, visto que há diversos casos de desrespeito aos direitos humanos, incluindo a superlotação nessas instituições e a falta de saúde. A nota disserta que a superlotação é uma condição de vulnerabilidade na pandemia do novo coronavírus. A nota aponta o desencarceramento como uma medida de enfrentamento à crise sanitária, pois não há como ter distanciamento físico nem isolamento com presídios superlotados (CAMPELO, 2022, p. 12)

Observa-se que a capacidade carcerária do país em muito já ultrapassou o seu limite, sendo a Região Sul, a que apresenta os menores índices em entre a capacidade e a ocupação carcerária, ainda assim, ultrapassando a sua capacidade em 31,30% do total de vagas disponibilizadas (BRASIL; CNMP; 2019).

No Estado do Paraná, segundo o mesmo relatório, são 22 penitenciárias, sendo duas femininas e vinte masculinas e 6 cadeias públicas, sendo uma mista e outras proporção cinco, exclusivamente masculinas. Contabiliza-se ainda, seis colônias agrícolas, industriais ou similares e um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. A Região Sul, ainda traz como dados oficiais, a quantidade de 194 instalações prisionais, com população

carcerária de 87.128 detentos e, um número de vagas de 66.356, o que indica a sobrecarga carcerária em 131,30% (BRASIL; CNMP; 2022).

Analisando dados do INFOPEN, destaca-se no perfil desta população, que “65,98% são de raça preta ou parda, 21% têm idades entre 18 a 24 anos, 21% têm 25 a 29 anos de idade e os outros 52% têm idades acima de 30 anos” (CAMPELO, 2020, p. 10)

O perfil da população carcerária do Brasil, segundo dados da CNMP, com relação à população idosa, em percentual de ocupação, destaca 1,26% na região Centro-Oeste; 1,19% no Nordeste; 1,15% no Norte e 1,37% no Sudeste, ficando a região Sul com o maior índice registrado, de 1,76%. Os indígenas, em geral, representam menos de 0,6%, sendo, 0,52% no Centro-Oeste; 0,07% no Nordeste; 0,34% no Norte; 0,01% no Sudeste e 0,14% no Sul, números inferiores ao índice de estrangeiros presos no Brasil, sendo, 0,28% no Centro-Oeste; 0,05% no Nordeste; 0,73% no Norte; 0,33% no Sudeste e 0,38% no Sul (BRASIL; CNMP; 2022).

No tocante ao trabalho, segundo dados do CNMP, ainda de 2018, o número de ocupações por presos em trabalho interno, era de 102.244 homens e 35.224 mulheres, o que representa, respectivamente 14,66% da população carcerária masculina e 26,05% da feminina, sendo a regiões que mais ofertam vagas, 50,10% Sudeste e 42,78 Sul, em detrimento da região Norte, com 22,99%, seguido do Nordeste com 26,78% e Centro-Oeste com 31,60% de vagas oferecidas em oficinas de trabalhos internos (BRASIL; CNMP; 2022).

É possível, analisando os dados da assistência à educação no sistema prisional, por dedução, inferir qual a predominância escolar da população prisional no Brasil, sendo que os maiores índices de assistência educacional, em prisões, se dá nos níveis mais básicos (alfabetização e ensino fundamental) (SAMPAIO, 2021).

Não apenas a trabalho, mas de igual forma o acesso a saúde e a educação, são direitos constitucionais que promovem a dignidade da pessoa, ainda que esteja em situação de cárcere e, o processo de ressocialização social do encarcerado, passa invariavelmente pelo acesso a estas esferas (SAMPAIO, 2021).

Os dados que dizem respeito ao acesso à educação no sistema prisional brasileiro são do ano de 2018 e, destaca que a oferta de ensino, observado no total de 1445 estabelecimentos penais consultados, 58,20% das unidades ofertam alguma assistência educacional. Destas unidades, destacam-se o percentual de aproveitamento das vagas disponíveis, variando entre 72 a 79% de preenchimento das vagas disponibilizadas. Na região Sul, de acordo com dados do CNMP, foram disponibilizadas 13.888 vagas, com índice de aproveitamento de 77,15% destas vagas, o que representa um total de 10.714 presos matriculados (BRASIL; CNMP; 2022).

No que diz respeito ao direito à educação para pessoas em privação de liberdade, apresentam dados de 2020, da população prisional do Estado do Paraná, representada por 38.101 encarcerados, sendo destes apenas 1.781 mulheres, a distribuição por grau de instrução de mostra da seguinte forma: 248 analfabetos; 365 alfabetizados sem cursos regulares; 11.860 com ensino fundamental incompleto; 4.494 com ensino fundamental completo; 3.463 ensino médio incompleto; 2.267 ensino médio completo; 328 com ensino superior incompleto; 172 com ensino superior completo e, 32 com ensino acima de superior completo (BATISTA; MIRANDA; 2022; p. 9).

Ainda segundo os autores, a efetivação do direito constitucional ao acesso à educação nas unidades prisionais é ponto de enfrentamento e de desafios constantes, uma vez que muitos gestores consideram que a assistência à educação é algo desnecessário (BATISTA; MIRANDA; 2022, p. 11).

4. RESSOCIALIZAÇÃO: FINALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL

A ressocialização é o processo de retorno do condenado ao convívio social, compreendendo a retomada da sua vida pessoal, após ter cumprido um período de sentença no sistema prisional. Trata-se de um dos grandes desafios da segurança pública no Brasil. Também chamada de reabilitação social, por se assemelhar a ideia de ressocialização, trata-se do retorno, “tanto quanto possível, à normalidade do convívio social, das atividades laborativa, estudo, lazer” (SOUZA; JAPIASSÚ; 2018, p. 480).

O sistema penitenciário brasileiro, atualmente, pauta pela ressocialização do egresso e pela punição do crime cometido. Mas não é de hoje que se fala em crise no sistema carcerário do Brasil, especialmente motivado pela atuação de facções criminosas dentro dos presídios, o que demonstra claramente que, se há uma atuação de

uma facção dentro de um presídio, é porque certamente o Estado deixou de atuar ali (SOUZA; JAPIASSÚ; 2018, p. 475).

No ano de 2015 o IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, destacava que de acordo com o CNJ e o Supremo Tribunal Federal, a taxa de reincidência prisional no Brasil chegava a 70%. Todavia, o mesmo relatório alerta que existe uma divergência nos dados, quando se trata do cálculo da taxa de reinserção prisional (IPEA/CNJ 2015, p. 15)

A reincidência criminal é quando o condenado, já cumpriu pena por um crime cometido e, pelo cometimento de novo crime, acaba por regressar ao sistema prisional, através de uma nova sentença a ser cumprida. Esta discrepância nos dados, para a mensuração da reincidência criminal tem relação com vários aspectos, especialmente quanto à forma como os dados são coletados e fornecidos (BRASIL, IPEA, 2015).

No ano de 2019, o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, através do programa de Replicação Nacional, processou e filtrou informações vindo dos Tribunais de Justiça, considerando as "execuções penais extintas em razão do cumprimento da pena, ou anistia, ou graça ou indulto", no período de 2015 a 2019, para realizar e atualizar os dados sobre a taxa retorno do ex-apanado ao sistema prisional (BRASIL; CNJ; 2019, p. 50).

Nesta análise, observou-se que pelo menos 42,5% das pessoas com processos registrados nos Tribunais de Justiça, no ano de 2015, retornaram ao Poder Judiciário até dezembro de 2019. O Relatório apresenta variação da taxa de reincidência, considerando o Estado do Espírito Santo com taxa de 75% de retorno e Minas Gerais com taxa de 9,5%.

No estado do Paraná, segundo o CNJ, a taxa de retorno ao sistema prisional, no período analisado foi de 39,7%, enquanto o retorno ao sistema socioeducativo (quando envolvem atos infracionais cometidos por menores) foi de 21,8%. A média geral do país, segundo o relatório, é de 42,50% de reentrada de pessoas adultas que possuíram execuções penais baixadas ou julgadas no ano de 2015, até o ano de 2019 e de 23,9% para a taxa de reentrada do sistema socioeducativo, no mesmo período (BRASIL, CNJ, 2019, p. 55).

A pena no Brasil tem um caráter polifuncional e, que em sua tríplice finalidade deve abranger a questão retributiva, preventiva e a reeducativa. Neste sentido, o artigo primeiro da Lei de Execução Penal, de 1984, quando fala da integração social do condenado e do internado, que para que isto ocorra, em tese, deve aplicar os princípios orientadores da execução penal, sendo eles a legalidade, previsto no art. 2º; a igualdade, previsto no art. 3º, parágrafo único; individualização da pena, artigo 5º e a jurisdicionalidade, garantindo a execução por juiz, conforme artigo 2º, garantindo desta forma, que o apenado tenha condições de integração social (CUNHA, 2019, p. 12).

A questão da reintegração social fica bastante evidente, quando da leitura do artigo décimo da LEP, que destaca que "a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado objetiva prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, estendendo-se esta ao egresso", de modo que a atenção básica à saúde, educação, trabalho, assistência psicológica, jurídica, religiosa dentre outros, além de ser direito constituído ao condenado, também visa garantir, ainda que minimamente, a dignidade e a humanidade da execução da pena (BRASIL, IPEA, 2015, p. 15).

Outro dado que o Relatório aponta, é que quando se trata de menores, os atos infracionais que mais se destacam são aqueles equiparados a crimes, como porte de arma, roubo, furto e tráfico de drogas, o que revela que a criminalidade, especialmente entre menores, está diretamente ligada a vulnerabilidades sociais e, a necessidade de criação de políticas públicas que em primeira instância, objetive a redução das desigualdades socioeconômicas, como base para redução da criminalidade (BRASIL, CNJ, 2019, p. 58).

A ressocialização, de acordo com Trindade (2003, p. 17), começa quando o Estado atua na efetiva integração social do apenado, ainda dentro do sistema prisional. Há vários aspectos que contribuem para a dificuldade da ressocialização no Brasil, especialmente a superlotação dos presídios. Todavia, o autor destaca o fracasso da "a prisão como método de controle social", para tanto afirma que

A prisão possui efeitos criminógenos, como agência nutriz do processo de criminalização secundária e de reincidência criminosa. Exatamente, porque a sua função real, ao contrário do

que anuncia, é de "sementeira" de criminalização e de reiteração criminal (TRINDADE, 2003, p. 18)

O autor alega que existem interesses ocultos que permeiam a atividade fim da prisão, assim, enquanto o que o Estado publiciza que o objetivo da prisão é a redução da criminalidade e a evitação da reincidência através da ressocialização, na verdade o que está oculto e mais próximo do objetivo real é de que o que o Estado de fato quer, é "reproduzir a delinquência e a própria reincidência" (TRINDADE, 2003, p. 19).

Neste sentido, destaca-se a fala de Grecco, alertando as condições do apenado no sistema brasileiro. Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase que impossível, pois não existem programas governamentais para sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal (GRECO, 2015, p. 80).

Trata-se, portanto, não apenas de um desrespeito a dignidade da pessoa, mas observa-se principalmente que as condições de encarceramento destes condenados, em muito dificultam o retorno à sociedade e, para além disto, tem-se a ilusão para a sociedade, como já diria Nucci (2020, p. 35) de que o sistema funciona.

Os indícios da real vontade do Estado, está segundo o Trindade, no que ele chama de "mito da suposta igualdade". Nele, existiria uma igualdade formal abstrata que em última análise, apenas reforça a desigualdade do sistema judiciário, especialmente no direito penal, que para ele "já foi considerado como o direito dos pobres, não porque os tutela e proteja, mas sim porque sobre eles, exclusivamente, faz recair sua força e seu vigor", trazendo, assim, a ressocialização como uma ideologia, que com o curso do tempo tem se mostrado uma "falácia e um fracasso" (TRINDADE, 2003, p. 28-29).

Bitencourt (2017) em sua obra sobre a falência do sistema prisional, não apenas colabora com o pensamento de Trindade, mas vai além, apontando que

Um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão os internos são submetidos a tratamento reabilitador. As estatísticas de diferentes países são pouco animadoras, tal como refletem as seguintes: nos Estados Unidos as cifras de reincidência oscilam entre 40 e 80%. Na Espanha, o percentual médio de reincidência, entre 1957 e 1973, foi de 60,3%. Na Costa Rica, mais recentemente, foi encontrado o percentual de 48% de reincidência. (...) é inquestionável que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado (BITENCOURT, 2017, p. 126).

O mesmo Autor, retornando a obra de Foucault, Vigiar e Punir, quando se questionou ao filósofo, sobre o fracasso da prisão e da pena privativa de liberdade, este assegura que, não há o que se falar em fracasso, quando os objetivos a que se destina a pena e a prisão estão sendo cumpridos, ou seja, a prisão segregava, estigmatiza e separa da sociedade os delinquentes. Neste sentido, não há fracasso (BITENCOURT, 2017, p. 189).

Acerca desta relação social entre "bons e maus" Trindade (2003, p. 35) pondera que

o sistema carcerário, como a escola, desintegra as camadas vulneráveis, sob o ponto de vista social, marginalizando-as. É certo que entre o apenado e a sociedade, ergue-se um muro, impediendo de qualquer relação de solidariedade entre ambos. Além disso, a divisão, entre "bons" e "maus", decorrente do processo de criminalização, é uma das funções simbólicas da pena e, como tal, frustrada do escopo ressocializador. Diante de tais circunstâncias, constituiu-se, em momento maior da utopia humana, o discurso ressocializador, bandeira da nova defesa social. Trata-se de vã pretensão à reintegração do detento ao meio social, quando se sabe que

a pena de prisão mantém uma relação excludente com a própria sociedade (TRINDADE, 2003, p. 35).

O excesso de presos em uma mesma célula é algo que realmente dificulta, uma vez que os diferentes presos têm contato com diferentes tipos de crime, com diferentes facções criminosas, o que em grande medida faz com que os presídios sejam chamados de escolas do crime, escritórios do crime. Bitencourt acerca disso alerta que

Não se pode desconhecer, ademais, que as prisões são dominadas pelas facções criminosas, e cada novo cidadão encarcerado será mais um cooptado pelas facções criminosas que dominam as prisões; quando dela sair será mais um “soldado” de uma facção trabalhando para ela fora das grades, até para poder sobreviver. Assim, o Estado é um dos maiores colaboradores com o aumento e domínio das facções criminosas tanto no interior dos presídios como fora deles (BITENCOURT, 2021, p. 135).

Destaca-se, ainda, a falta de apoio material por parte do Estado, especialmente quanto à falta de políticas públicas específicas para lidar com questões como estudo, trabalho e a profissionalização para os apenados, servindo as instituições prisionais como “verdadeiras fábricas de delinquentes” (BITENCOURT, 2021, p. 135)

O trabalho sempre fez e fará parte da vida do ser humano, principalmente atualmente, onde o processo de globalização mundial avança rapidamente, gerando grandes níveis de desigualdade social. É impossível imaginarmos um ser humano do século XXI sem um trabalho que lhe proporcione condições de vida digna e justa. O trabalho, além de evitar o ócio nos presídios, recupera os valores, fazendo com que o encarcerado perceba que, ao atuar corretamente, a sociedade será capaz de enxergar seu valor. O preso é tão cidadão quanto qualquer outro, porém deve pagar pelo erro cometido, e posteriormente, ser preparado para ter melhores condições, evitando futuros delitos (CORDEIRO, 2022, p. 26)

Para além disto, destaca-se a miséria, pobreza e o aumento da discriminação social no Brasil, que contribuem grandemente para o retorno do ex-apanado para o sistema prisional. “O sistema penal, dentro do qual logicamente se encontra a prisão, permite a manutenção do sistema social, possibilitando, por outro lado, a manutenção das desigualdades sociais e da marginalidade” (BITENCOURT, 2021, p. 286)

Acerca de uma contraposição de ideias entre ressocialização, observa-se a legalidade e a dignidade da pessoa humana, que requer que o preso deixe de ser tratado como objeto e passe a ser visto como sujeito. Para isto, “seria necessário uma mudança de postura de agentes, da sociedade, frente ao preso”, uma vez que “o cárcere faz parte de uma política de abandono maior e reflete a desigualdade de distribuição de recursos e de poder na sociedade” (VALOIS, 2012, p. 251)

Nucci (2020) alerta que se há falhas e irregularidades no sistema penitenciário, não há o que se falar em imputação deste ônus ao réu. Neste sentido, as políticas públicas voltadas não apenas para a segurança pública, mas especialmente a de humanização do sistema carcerário, deve garantir que a dignidade da pessoa humana, ainda que esteja em situação de cárcere, seja observada.

Acerca da segurança pública e o sistema prisional no Brasil, pondera-se que inicialmente, pensando nos principais desafios destes temas, pondera que dentre outras situações, há que haver uma valorização do agente policial, que é a linha de frente entre a criminalidade e a população, para além disto, é necessário que se tenha uma reforma no sistema prisional brasileiro e não apenas isto, o Estado deve atuar efetivamente com políticas de conscientização para que a sociedade receba o ex-detento, o egresso, aquele que se afasta do presídio, em condições mínimas de ressocialização (GRECO, 2021, p. 140).

5. CONCLUSÃO

Este trabalho começa analisando o pensamento de Foucault, em sua obra Vigiar e Punir, quando ele apresenta uma transição entre o sistema penal que é conhecido atualmente e, o anterior onde vigiam as punições em praça pública, seja por meio do esquartejamento ou mais tarde pela queima em fogueira, enforcamento ou guilhotinadas.

A mesma população que se aglomeravam para assistir às execuções, passou a repudiá-las. O problema é que o crime não podia ficar sem castigo e, embora as punições corporais fossem extremas, era necessário punir. Assim começa a ser desenhado o sistema penal, em moldes muito próximos do que existe na atualidade: aquele que cometeu um delito, deveria obrigatoriamente ser excluído da sociedade.

Nasciam as prisões, mas não as prisões como se veem hoje. A prisão naquele tempo, estava muito mais parecida com as unidades escolares da atualidade, do que o próprio sistema carcerário. Mas isto tinha uma explicação: a função principal do cumprimento da pena, era fazer com que o indivíduo pudesse repensar seus atos e, após um período onde ele receberia treinamento, disciplina e educação, ele estaria apto para conviver em sociedade novamente.

A utopia do sistema prisional, nestes moldes apontados por Foucault, ao que parece, existe apenas em seus estudos e no pensamento de autores como Beccaria, que mesmo em sua época, defendia a humanização da pena e a função social do encarceramento.

O que se observa agora, é que o sistema carcerário brasileiro, se converteu em um teto, sob a responsabilidade direta do Estado, que não protege nem os seus agentes, tampouco seus hóspedes.

Quando se fala em educação, saúde e trabalho, vê-se a atuação direta de facções criminosas, que não apenas criam seus próprios códigos de lei dentro das prisões, mas também oferece trabalho e educação, mas não nos moldes idealizados por Foucault, mas em prol da manutenção da criminalidade e da violência, dentro e fora das instituições.

Não são poucos os estudiosos que dizem que a prisão é uma escola de criminosos, não há o que se refutar este pensando, quando se observa os dados de reincidência dos apenados, fruto não apenas de uma desigualdade social, que não encontra amparo nas políticas públicas do Estado, para garantia da reinserção destes homens e mulheres a sociedade, mas principalmente de uma sociedade que não está disposta a receber este ressocializado, aplicando-lhe uma pena perpétua, que lhe segue ainda que seu tempo de prisão tenha se cumprido, pois em sua visão, uma vez que criminoso, sempre criminoso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jayne; CAVALCANTE, Nicolas. A violação dos direitos humanos no sistema carcerário brasileiro como fator determinante para o índice de reincidência criminal. 2022.

BATISTA, Jackson Bruno Alves; MIRANDA, Eduardo Soncini. O direito à educação para pessoas em privação de liberdade. Cadernos Acadêmicos Unina, v. 2, n. 1, 2022.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. Dos delitos e das penas; I tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. - 2. ed. rev., 2. tiro - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão - Causas e alternativas. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Reforma penal da Lei Anticrime: Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. CNMP. Sistema Prisional em Números. Relatórios. Conselho Nacional do Ministério Público. Acesso em Agosto, 2022. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Reentradas e reinterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012) e respectivo Plano de Trabalho. 2015. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf

CAMPELO, Guilherme Salviano. Sistema Penitenciário Brasileiro: uma breve análise ao retrocesso na execução penal. 2022.

CORDEIRO, Laura Barcelos Cunha. O sistema carcerário brasileiro e a importância do trabalho nos presídios como ferramenta para a ressocialização do preso. 2022. Disponível em <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/4379>

CUNHA, Rogério Sanches. Lei de Execução Penal. 2019. 8ª edição. Editora Juspodivm.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 2014.

FRANÇA, Janecleide; TOMAZ, Rafaela. O Sistema Carcerário Brasileiro: A violação dos direitos fundamentais da pessoa humana pelo sistema carcerário e seu impacto na ressocialização. 2022.

GRECO, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. 2 ed. rev., ampl. e atual.- Niterói, RJ: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. Segurança pública e o sistema prisional brasileiro. 2021. Acesso em l1nq.com/SiHY0

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020.

PINO, Jacqueline Rodrigues. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Revista Lusófona de Educação, v. 47, n. 47, 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques; Do Contrato Social ou Princípio do Direito Político. Tradução de Eduardo Brandão. Companhia das Letras. 2011.

SAMPAIO, Marcelo de Souza. Análise econômica do direito ao trabalho do encarcerado: reflexos econômicos na promoção da dignidade da pessoa humana. Percurso, v. 2, n. 39, p. 126-144, 2021.

SODRÉ, Catarina. O Poder e a Vigilância: o nascimento da prisão decorrente da metamorfose punitiva e reflexões do sistema penitenciário a partir do pensamento foucaultiano. Humanidades em diálogo, v. 11, p. 220-234, 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

STRAUS, Sara; STEFFENS, Alessandra Franke. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO. Seminário de Iniciação Científica e Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão, p. e28908-e28908, 2021

VALOIS, Luís Carlos. Conflito entre ressocialização e princípio da legalidade penal. USP - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. Programa de Mestrado. 2012.

9 DO ENCARCERAMENTO FEMININO

Taila Carolina Alves Vieira
Andressa Paula de Andrade

RESUMO: O objetivo deste estudo foi analisar a situação do sistema carcerário feminino no Brasil e a importante efetivação dos direitos e garantias fundamentais das mulheres encarceradas. Diante do objetivo exposto, pergunta-se: a política de encarceramento, com base no crescente número de mulheres presas, se evidencia como uma problemática social e dos estados, ao colocar em pauta o perfil das mulheres encarceradas? A metodologia da pesquisa foi bibliográfica qualitativa. a partir de material publicado e constituído principalmente de livros, revistas científicas, artigos científicos, leis e doutrinas. Espera-se, com este estudo, apresentar a real situação do sistema carcerário feminino e instituições penais às quais as mulheres são sentenciadas não atendem às necessidades específicas das mulheres ou as equipam com formas de melhorar suas perspectivas de futuro. Embora se reconheça que o governo está ciente de tais problemas, e sua subsequente resposta, mudanças radicais nas políticas e práticas de condenação para restringir o número de mulheres enviadas para a prisão são desesperadamente necessárias.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Carcerário. Prisão Feminina. Direitos e Garantias.

ABSTRACT: The objective of this study was to analyze the situation of the female prison system in Brazil and the important realization of the fundamental rights and guarantees of incarcerated women. In view of the above objective, the question is: is the incarceration policy, based on the growing number of women in prison, evidenced as a social and state problem, by putting the profile of incarcerated women on the agenda? The research methodology was qualitative literature. from published material consisting mainly of books, scientific journals, scientific articles, laws and doctrines. It is hoped, with this study, to present the real situation of the female prison system and penal institutions to which women are sentenced do not meet the specific needs of women or equip them with ways to improve their prospects for the future. While it is acknowledged that the government is aware of such problems, and their subsequent response, radical changes in sentencing policies and practices to restrict the number of women sent to prison are desperately needed.

KEYWORDS: Prison System. Women's Prison. Rights and Warranties.

INTRODUÇÃO:

O aumento de mulheres presas no Brasil traz para o primeiro plano questões de igualdade de gênero, custos sociais e, nas áreas de saúde, saúde sexual e reprodutiva. A infraestrutura carcerária precária não atende às necessidades das mulheres, que incluem falta de banheiros e higiene básica e suprimentos. A maioria das prisões femininas foi projetada para abrigar uma população masculina, dada sua história e predominância.

O encarceramento das mulheres tornou-se uma preocupação não apenas para as organizações não governamentais, mas também para o Estado. Institucionalmente, estabelecer um sistema eficaz de proteção das mulheres é um dos principais desafios enfrentados pelos formuladores de políticas públicas.

O Ministério da Justiça atualizou a base de dados com relação ao encarceramento, antes INFOPEN e passa a ser SISDEPEN.

O encarceramento em massa é uma problemática que atualmente tem se agravado no Brasil, conforme se certifica diante do aumento expressivo da população carcerária, a medida de punir com o cerceamento da liberdade sob outorga Estatal visando o controle social, se agrava na perspectiva do gênero feminino que sofre com os efeitos de uma sociedade machista que historicamente se desenvolveu em uma estrutura do patriarcado,

essa tem afetado direitos fundamentais de mulheres, justificando a escolha do tema proposto para a sociedade e comunidade acadêmica.

Desse modo, O objetivo deste estudo foi analisar a situação do sistema carcerário feminino no Brasil e a importante efetivação dos direitos e garantias fundamentais das mulheres encarceradas.

Os objetivos específicos abrangem: discutir sobre o surgimento do sistema carcerário, apresentar os direitos das pessoas presas e o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário; analisar a realidade da maternidade no cárcere.

Diante exposto, pergunta-se: a política de encarceramento, com base no crescente número de mulheres presas, se evidencia como uma problemática social e dos estados, ao colocar em pauta o perfil das mulheres encarceradas? A metodologia da pesquisa foi bibliográfica qualitativa. a partir de material publicado e constituído principalmente de livros, revistas científicas, artigos científicos, leis e doutrinas.

DESENVOLVIMENTO:

SURGIMENTO DO SISTEMA CARCERÁRIO

Atualmente a maioria dos crimes prevê a pena privativa de liberdade como sanção, ou seja, se alguém comete um delito, na maioria das vezes, recebe uma pena de prisão. Contudo, o aprisionamento nem sempre teve caráter de sanção penal, visto que, a pena passou por muitas transformações ao longo da história e, como veremos mais adiante, as penas inicialmente não tinham a mesma finalidade de hoje.

Na antiguidade o aprisionamento não tinha caráter de pena, servia como garantia para preservar o réu fisicamente, para mais tarde, ser aplicado a pena imposta, a qual era sempre corporal ou infamante e quando não, era aplicado a execução ao delinquente. Do mesmo jeito que não existia o aprisionamento como sanção penal, também não existiam cadeias ou presídios, os delinquentes eram presos provisoriamente em masmorras. Desde 1700 a.C. - 1.280 a.C., no Egito, já existiam cativeiros para manter os escravos sob custódia. Por volta de 525 a.C., o faraó, que era o proprietário de todas as terras e riquezas do Egito, requisitava os lavradores para construir as obras públicas e cultivar suas terras em troca de pagamento de impostos, onde, aqueles que não conseguissem pagar seus impostos em troca de construção e cultivo, eram considerados escravos e mantidos em cativeiros. Na Grécia, na Pérsia e na Babilônia foi a mesma coisa, o encarceramento não tinha finalidade de sanção penal e sim de manter sob custódia e tortura aqueles que praticassem o que, para aquela civilização, fossem considerados delitos ou crimes. (MESQUITA, 2012)

O delinquente enquanto aguardava julgamento, era submetido a torturas com a finalidade de se conseguir provas para a sua própria condenação. Nas palavras do ilustre doutrinador Rogério Greco:

Na Antiguidade, a prisão, a exemplo do que acontecia na China, no Egito e na Babilônia, era um lugar de custódia provisória e tormento. Ali, o acusado era submetido a interrogatórios cruéis, em que o uso da tortura era constante. Procurava-se arrancar do acusado a confissão que o levaria à condenação (GRECO, 2015, p. 110).

E ainda, de acordo com Rogério Greco (2015), na antiguidade existia também a prisão por dívida, onde o devedor ficava preso até que alguém pagasse a dívida em seu nome. Todavia, a prisão também não tinha como finalidade a pena, pois esse encarceramento podia ser revogado a qualquer tempo com a quitação da dívida.

Portanto, na antiguidade a prisão não tinha caráter de sanção penal, ou seja, a prisão não era aplicada como pena, servia apenas para manter o preso sob custódia até o seu julgamento ou então, como no caso citado logo acima, para intimidar os maus pagadores a pagarem suas dívidas.

Percebe-se que, a pena antigamente tinha caráter meramente retributivo. Os delinquentes pagavam com seu corpo e muitas vezes com a sua vida pelo mal que praticou para aquela civilização. E ainda, para algumas civilizações, como é o caso no Egito, a pena servia para obrigar o indivíduo a pagar seus impostos, sendo que, se não pagasse seria considerado escravo e mantido em cativo.

Na antiguidade, a prisão, a exemplo do que acontecia na China, no Egito e na Babilônia, era um lugar de custódia provisória e tormento. Ali, o acusado era submetido a interrogatórios cruéis, em que o uso da tortura era constante. Procurava-se arrancar do acusado a confissão que o levaria à condenação, a qual, como já dissemos, poderia ser apenas corporal, aflitivas, ou mesmo à sua morte, levada a efeito através das mais variadas formas (GRECO, 2016. p. 96).

Na Idade Média manteve-se a pena de prisão como objetivo de custódia do infrator, contudo, nessa época as penas eram submetidas ao arbítrio dos governantes, que as aplicavam conforme o status social do réu.

Nas palavras de Danielle Magnabosco:

As sanções da Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do "status" social a que pertencia o réu. A amputação dos braços, a forca, a roda e a guilhotina constituem o espetáculo favorito das multidões deste período histórico. Penas em que se promovia o espetáculo e a dor, como por exemplo a que o condenado era arrastado, seu ventre aberto, as entranhas arrancadas às pressas para que tivesse tempo de vê-las sendo lançadas ao fogo. Passaram a uma execução capital, a um novo tipo de mecanismo punitivo (MAGNABOSCO, 1998. s.p.).

Nesta época também surgiu duas espécies de prisão, são elas a prisão de Estado e a prisão eclesiásticas. Na Prisão de Estado eram recolhidos os inimigos do poder e os adversários políticos dos governantes. Essa prisão tinha duas modalidades, a primeira era chamada de prisão custódia, onde o delinquente aguardava encarcerado para receber a sua condenação, que eram sempre penas corporais ou infamantes; a segunda era a detenção temporal ou perpétua, onde o delinquente, permanecia na prisão para sempre ou então até receber o perdão real. A segunda espécie de prisão, a eclesiástica, eram destinadas aos clérigos e rebeldes, onde os infratores eram recolhidos em uma ala dos mosteiros para que, por meio da oração e penitência, se arrependessem da infração praticada. Os principais ideais dessa prisão era a caridade, redenção e fraternidade da igreja (BITENCOURT, 2011, p. 32/33).

Logo, pode-se perceber que foi na idade média em que a prisão como conhecemos hoje começou a ser idealizada, pois com a prisão eclesiástica já se pode vislumbrar uma prisão com caráter de sanção penal, visto que, essa prisão servia para os condenados cumprisse pena privativa de liberdade. Contudo, diferencia das prisões atuais na medida em que, essa prisão não era destinada a todos, apenas para clérigos e rebeldes.

Foi na chamada Idade Moderna, por volta do século XVI, que a ideia de pena privativa de liberdade começou a ganhar força, sendo também o século em que foi aplicado a "pena de galera", que foi uma das penas mais cruéis existentes. A pena de galera, não muito diferente das penas desumanas e cruéis que vimos até então, consistia na utilização de delinquentes sentenciados à morte, condenados por crimes graves ou prisioneiros de guerra, para trabalhar nas galeras dos navios militares, remando sem interrupção, movidos por ameaças e agressões. (GRECO, 2015, p.114)

Ainda na Idade Moderna, com o absolutismo, o sistema penal cruel e rigoroso, que vimos até então, já não servia mais, os meios para conter os delinquentes começaram a falhar, pois, não eram mais eficazes contra a criminalidade, que crescia desenfreada. Sendo assim, a pena de morte já não era mais adequada, tendo em vista que, com o crescimento de criminosos, a população seria aniquilada. Em contrapartida, a falta de mão de obra era preocupante, pois, do mesmo jeito que o interesse econômico em explorar o delinquente, ficava cada vez mais escassa. Crescia a preocupação em relação à falta de mão-de-obra que ficava cada vez mais escassa juntamente com o interesse econômico em explorar o condenado. Para solucionar esse problema foram criadas as houses of correction, denominadas de bridewells, que, em pouco tempo, se espalhou por toda a Europa (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 36/39).

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt a suposta finalidade dessa instituição:

[...] consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. O sistema orientava-se pela convicção, como todas as ideias que inspiraram o penitenciarismo clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso. Ademais, a instituição tinha objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular outros para a vadiagem e a ociosidade. Outra de suas finalidades era conseguir que o preso, com as suas atividades, pudesse autofinanciar-se e alcançar alguma vantagem econômica" (BITENCOURT, 2011, p.38)

Pode-se concluir que, a idade moderna foi a época em que a prisão com caráter de pena começou a ser aplicada em todos os casos e não meramente para algumas pessoas, como acontecia na idade média.

O encarceramento feminino cresceu duas vezes mais do que o encarceramento masculino nas últimas décadas e está desproporcionalmente localizado nas prisões locais (BRAGA, 2015).

As mulheres que encontram-se privadas de liberdade, apresentam baixa escolaridade, são em sua maioria muito jovens, acesso limitado à garantia de direitos e cidadania, vulnerabilidade social, e ao serem presas tornam-se sujeitos ausentes e invisíveis no sistema penitenciário; aspecto que é reforçado pela estatística apresentada pelo Depen Nacional, onde 42,6% da população de mulheres, está presa há mais de 90 (noventa) dias sem condenação (DEPEN, 2019).

Evitar o encarceramento pré-julgamento é um desafio único para as mulheres. O número de mulheres não condenadas presas na prisão certamente não se deve ao fato de os tribunais considerarem as mulheres um risco de fuga, especialmente quando são geralmente as principais cuidadoras dos filhos. A resposta muito mais provável é que as mulheres encarceradas, que têm renda mais baixa do que os homens encarcerados, têm ainda mais dificuldade em pagar a fiança em dinheiro. Quando a fiança típica equivale à renda de um ano inteiro para as mulheres, não é de admirar que as mulheres estejam presas na prisão aguardando julgamento (MENDES, 2014),

As mulheres conhecem o encarceramento desde os tempos remotos, iniciando pela casa, pelo convento, no manicômio e atualmente nas prisões; sendo que a subjugação feminina é milenar, se voltarmos por exemplo ao tempo da inquisição, quando se acentuava a caça às bruxas (GALVÃO, DAVIM, 2013).

O aparato penal é predominantemente masculino em todos os níveis, como gestão, estrutura física, normas e procedimentos de segurança, serviços penais, quantidade de servidores masculinos muito superior ao número de mulheres, portanto o raciocínio não acontece em função das necessidades e especificidades de gênero, e sim sob a ótica masculina, causando violações de direitos mais acentuados com as mulheres. A realidade no Brasil mostra que as prisões femininas, são em muitos casos adaptações de unidades masculinas que não estão sendo utilizadas, ou que foram desativadas, impossibilitando um tratamento digno às mulheres, e reforçando a discriminação contra as mulheres em vários aspectos (MOURÃO, et al., 2015, p.17).

Há outra dificuldade nessa perspectiva, que são os estabelecimentos mistos, ou seja, a mesma estrutura física atende homens e mulheres, havendo frágeis separações, que não impedem os retrocessos e as violações.

Atualmente muitas mulheres são provedoras de suas famílias, sendo as principais responsáveis por seus filhos, portanto a sua prisão causa um grande impacto em todo o núcleo familiar. A observação mostra que as mulheres continuam muito presentes na vida dos homens que foram presos, sejam elas mães, companheiras, filhas, irmãs, avós, assumindo a responsabilidade em várias áreas na ausência do homem. Ao contrário as mulheres quando presas, vivem um drama por serem abandonadas por seus homens (BRAGA, 2015).

DIREITO DAS PESSOAS PRESAS

Ao se falar de direitos dos presos, primeiramente, é de suma importância falar dos direitos humanos, pois estes são os primeiros direitos conquistados e garantidos.

Os direitos humanos são direitos fundamentais e individuais que todo ser humano possui, independentemente de sua religião, credo, cor, raça, classe econômica ou social. O desrespeito aos direitos humanos é algo conhecido e debatido todos os dias, tanto pelos estudiosos, quanto pela mídia.

E como todo ser humano, o preso também possui esses direitos, pois o fato de ter cometido um delito não o faz diferente dos outros seres humanos. Por isso, merece respeito e dignidade humana. Neste sentido, a Constituição traz em seu artigo 5º, inciso XLIX, que deve ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura e determina os contornos de todos os demais direitos fundamentais. Quer significar que a dignidade deve ser preservada e permanecer inalterada em qualquer situação em que a pessoa se encontre. A prisão deve dar-se em condições que assegurem o respeito à dignidade (BARROS, 2006, p. 03).

Além da previsão constitucional que assegura aos presos a integridade física e moral, a LEP também traz em seus artigos 40, 41, 42 e 43 um rol de direitos que os presos fazem jus:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Art. 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução. (BRASIL, 1984)

O artigo 41 estabelece tanto direitos elementares, que devem ser assegurados aos que estão sob a responsabilidade do Estado, como direitos que tem por finalidade tornar a vida no cárcere tão igual quanto possível à vida em liberdade. E ainda, no mesmo artigo são descritos direitos que visam assegurar a defesa dos interesses do preso em razão da prisão. Importante ressaltar com o art. 3º da LEP, que ao condenado estão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Há discrepâncias muito fortes entre a previsão legal e a realidade. No Estado Democrático de Direito, o cumprimento das leis, especialmente as que tratam de um dos maiores valores do ser humano, que é a sua

liberdade, deveria ser a regra. Todavia, o que se vê em quase todos os Estados é o descumprimento flagrante das normas jurídicas que tratam da execução penal. Basta lembrar os presos que cumprem pena em regime fechado, os quais deveriam estar em celas individuais (art. 34, d 1º, do Código Penal e art. 88, da LEP). Isso raramente acontece em nosso país. As regras do regime semiaberto estão desvirtuadas e praticamente são as do regime aberto. Não existem casas de albergados. Os patronatos não foram instalados; os Conselhos da Comunidade, com raras exceções, não cumprem suas atribuições. Em suma, a Lei de Execução Penal não passa de ficção: só existe no papel (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2005, p. 72).

A humanidade da pena assegura ainda o direito de cumprir pena perto dos familiares, à intimidade, à privacidade, à liberdade de expressão e ao sigilo da correspondência.

Ao observar o sistema penitenciário brasileiro atualmente, pode-se dizer que ele não funciona como um sistema de proteção de direitos humanos, mas como um sistema de violação destes (BARATTA, 1993).

Na prática, o que vem ocorrendo é uma constante violação dos direitos humanos e um total desrespeito às normas previstas na LEP. A maioria dos estabelecimentos penais não garantem o mínimo de dignidade, sem falar na violência que atinge níveis alarmantes. E ainda, há uma negligência muito grande por parte dos órgãos responsáveis pela execução penal, visto que os presos são depositados no cárcere e esquecidos, não progredem de pena e não são postos em liberdade quando deveria.

A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais, passando a ter um tratamento bárbaro e a sofrer os mais variados tipos de castigos que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade (ASSIS, 2007).

De acordo com Depen, (2019), as diretrizes nacionais propostas, tem como princípios fundadores a efetivação dos direitos humanos das mulheres encarceradas e de seus/suas filhos/as; o respeito a autonomia das mulheres; a promoção da cidadania das mulheres encarceradas e de seus/suas filhos/as; a efetivação do direito a convivência familiar e comunitária; e atenção integral às mulheres em sua diversidade.

Muitas vezes sem as mínimas condições de estrutura física, de equipamentos, de pessoal técnico especializado, de proposta pedagógica específica, de sensibilidade dos gestores, de recursos financeiros para o atendimento, de garantia de direitos como saúde, educação, alimentação; enfim o que a realidade nos aponta, é que se as mulheres/mães privadas de liberdade são invisíveis dentro do sistema penitenciário, a invisibilidade das crianças é imensurável diante das políticas públicas, apesar da legislação que assegura seus direitos. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos. (LEP, Art. 83, parágrafo 2º) (VIEIRA, et al., 2017).

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO

Em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no sistema carcerário, mas apesar deste reconhecimento, as falhas no sistema com relação a assistência aos presos e presas ainda é tocante em nosso país.

A Lei de Execução Penal (1984) garante que todas as pessoas privadas de liberdade têm direito a acesso à saúde integral garantido pelo Estado, na forma de atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Estas garantias estão descritas nos artigos 12 e 14 da LEP, os quais garantem às pessoas privadas de liberdade todos os direitos preconizados pela na Constituição Federal, no que se refere ao acesso ao sistema de saúde básica.

Todavia, apesar da Lei estabelecer que todos os presos têm direito a saúde, de acordo com o estudo feito pelo CNPM, cerca de 31% dos presídios brasileiros não possuem qualquer assistência médica. Ou seja, 1/3 dos estabelecimentos prisionais do Brasil não garantem assistência à saúde (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2019).

No capítulo segundo da LEP está previsto o trabalho para os presos e todas as regras, tanto do trabalho interno como do externo. O artigo 28 deste capítulo diz o seguinte: “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva” (BRASIL, 1984). Percebe-se que, o trabalho,

do mesmo jeito que as assistências previstas aos presos, tem como finalidade a ressocialização do preso, uma vez que, aprendem a trabalhar para conviver melhor em sociedade futuramente.

E ainda, o trabalho serve como uma forma de remição da pena, sendo um direito do apenado que trabalha nos presídios terem suas penas reduzidas. De acordo com o artigo 126, §1º, inciso II, da LEP, é garantido um dia de pena a menos a cada três dias trabalhados (BRASIL, 1984). Esse também é um direito previsto que visa a ressocialização e conseqüente diminuição da reincidência.

Contudo, apesar de muito grande a importância do trabalho nos presídios, segundo dados do CNMP, cerca de 63% dos estabelecimentos prisionais não possuem oficinas de trabalho (Conselho Nacional do Ministério Público, 2019). Portanto, apesar de ser uma garantia prevista na LEP, isto está bem longe da realidade, pois mais da metade dos estabelecimentos penais brasileiros nem se quer possuem oficinas de trabalho.

A educação também é uma forma de remição da pena, prevista na LEP. De acordo com o artigo 126, §1º, inciso I, da LEP, o apenado pode ter um dia de pena a menos a cada 12 horas de frequência escolar, caracterizadas por atividade de ensino fundamental, médio, profissionalizante, superior, ou ainda de requalificação profissional (BRASIL, 1984).

Todavia, como foi visto á cima, mesmo sendo muito importante no processo de ressocialização, quase metade dos presídios brasileiros não oferecem educação aos presos.

Além de todas as falhas assistenciais vistas até então, deve-se ressaltar também a falha na assistência jurídica. Não menos importante que as demais, a assistência jurídica afeta muito os presidiários, vez que, em decorrência da deficiente assistência oferecida aos apenados, muitos ficam presos por mais tempo do que deveria. Esse fato pode-se ver corriqueiramente nos jornais, pessoas que estão presas há muito tempo e que não tem nenhum contato com o seu defensor.

MATERNIDADE ENCARCERADA E FILHOS NO CÁRCERE

Preservar os direitos dos presos tornou-se um desafio, principalmente quando se refere à saúde mental, garantida pelo direito constitucional, e acredita-se que as experiências vividas na prisão devam preservar a saúde dos presos. Por sua vez, a Constituição Federal (CF) de 1988 garante, através do SUS, o direito à preservação da saúde de todo cidadão brasileiro, inclusive do encarcerado (PICOLI, et al., 2014).

Embora os direitos dos presos sejam garantidos por lei, eles não foram respeitados pela omissão do Estado no cumprimento de suas deveres. Essa realidade é agravada quando se trata de mulheres grávidas, que são vistas da mesma maneira que outras reclusas. Assim, eles não têm um local adequado para ficar durante a gravidez e não recebem cuidados de saúde de qualidade adequados à condição em que estão (SOUZA, PASSOS, 2017).

As mulheres sofrem várias formas de desrespeito quando presas, especificamente em relação à sexualidade, diversidade sexual e maternidade (MELO, et al., 2016).

Estão expostos a prisão em prisões superlotadas, locais inadequados para a realidade feminina e até sujeitos a punições como negação da feminilidade, distanciamento dos familiares, falta de assistência médica, acesso à justiça, trabalho e educação (PICOLI, et al., 2014).

Além da privação, os presos são punidos com castigos físicos e mentais, expostos a várias situações de risco, e acredita-se que essa população seja mais frágil e igualmente vulnerável ao contágio de várias doenças. Somado a tudo isso, há o descumprimento dos direitos legais da privação de liberdade, a questão da superlotação e outros problemas comuns que desconstroem o valor da dignidade humana (MELO, et al., 2016).

Os estressores através dos quais os prisioneiros são expostos na prisão podem contribuir para a diminuição da saúde mental dos indivíduos. Eles desenvolvem doenças mentais, sendo a depressão e o suicídio um exemplo mais comum de casos em prisões femininas. Assim, a prisão é um local de constante estresse para os encarcerados. Dessa forma, a mulher encarcerada acaba absorvendo sentimentos de angústia e sofrimento. Devido às condições às quais são frequentemente expostas, muitas mulheres desenvolvem problemas, principalmente problemas de saúde mental, pois na maioria dos casos a mulher se sente humilhada, sem privacidade, submissa e sujeita a punições severas (PICOLI, et al., 2014).

O sistema penitenciário brasileiro tem sido criticado por vários defensores dos direitos humanos. Essas instituições geralmente estão superlotadas, apresentar condições de vida inadequadas e insalubres, causando ociosidade aos prisioneiros, que geralmente determinam suas próprias regras de coexistência, discriminatória e propícia a riscos e restrições à saúde.

As prisões brasileiras têm grandes problemas que afetam a população encarcerada, pois na maioria dos casos têm um número maior de prisioneiros do que o local pode suportar. Esses problemas podem refletir na vida dessa população frágil, distante dos membros da família, lugar que não possui regras claras de convivência e onde seus direitos são desrespeitados (PICOLI, et al., 2014).

Uma revisão sistemática sugere que o atendimento perinatal e o atendimento às mulheres encarceradas podem ser aprimorados a curto ou longo prazo, dada a escassez desses modelos de atendimento, que não existem nem foram avaliados. O governo deve implementar programas com rigorosa avaliação como forma de lidar com a saúde dessa população tão vulnerável. Por não ser abordada como um importante problema de saúde pública, causa séria morbidade às pessoas encarceradas (MELO, et al., 2016).

O cotidiano da prisão reflete sobre a condição humana a partir do momento em que há uma ruptura no convívio social e familiar. meio Ambiente. O isolamento causado pelo encarceramento resulta em separação da família, filhos, parceiros, amigos e da população. Em geral, o significado da prisão para os encarcerados provoca um processo de "mutilação do eu", na qual os sentimentos que permeiam são rebaixamento, baixa auto-estima e humilhação (PICOLI, et al., 2014).

A instituição penal estabelece barreiras e rupturas com vínculos afetivos e relacionamentos que dificultam e perturbam o cotidiano da prisão. Os presos encontram estratégias para enfrentar o encarceramento, envolvendo-se em atividades como limpeza, artesanato, cuidados com a aparência ou até com a cela, aprofundando o vínculo com os filhos, outros parentes e participação na alfabetização e / ou grupos de oração. A participação em atividades também pode ser vista como uma oportunidade de sair das células com mais frequência (SOUZA, PASSOS, 2017).

O ambiente prisional instiga as mulheres a construir estratégias de enfrentamento para superar a ausência de familiares e amigos. Mesmo assim, eles são colocados em contato íntimo com pessoas das mais variadas origens e personalidades, dificultando a convivência, o que pode gerar conflitos e desacordos entre as mulheres encarceradas.

A gestação, a maternidade, a presença de recém-nascidos em uma prisão, constitui-se em grande desafio para qualquer profissional. Apesar de serem casos de exceção, quantitativamente não são poucas as crianças nascendo e vivendo, mesmo que por curto espaço de tempo, em prisões no Brasil (SOUZA, PASSOS, 2017).

Nesse mesmo plano, o CNJ (2016) traz à baila que o abarcamento das regras de Bangkok pelo ordenamento jurídico brasileiro se justifica pela necessidade de alinhar as diretrizes quanto ao tratamento de mulheres encarceradas e efetivar o atendimento da política de atendimento às medidas não privativas de liberdade em prol ao público feminino que comete atos infracionais

No Brasil, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso, estabelecidas através Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, em 17 de outubro de 1994, também estabelecem em seus artigos, diretrizes nacionais em relação ao assunto:

As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios. (Art. 7º, parágrafo 1º); Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos. (Art. 7º, parágrafo 2º); Aos menores de 0 a 6 anos, filhos de preso, será garantido o atendimento em creche e pré-escola. (Art. 11); O estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico para atender à grávida, à parturiente e à convalescente, sem condições de ser transferida unidade hospitalar para tratamento apropriado em caso de emergência. (Art. 17) (BARROS, 2016, p.114).

Com relação a maternidade no cárcere, que singulariza a mulher, a mesma deveria ser prioridade máxima nas políticas de atendimento, revela em sua pesquisa sobre mães e crianças no sistema penitenciário, que as ações institucionais, são pontuais, isoladas e precárias, contribuindo para a degradação e violação de direitos, sendo que nos diferentes Estados brasileiros, as ações são diferenciadas e descaracterizadas de qualquer diretriz de política

pública. Afirma ainda que os muros (visíveis e invisíveis), são limitadores para que a maternidade seja pensada como uma política desde a gestação e além da fase puerperal (FRANÇA, SILVA, 2016).

Em outra pesquisa sobre o tema – Dar à Luz na Sombra: Condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão, as pesquisadoras também afirmam que os espaços específicos para a maternidade são excepcionais e localizados em poucos Estados, e que a violação de direitos é o principal elemento nas falas das mulheres privadas de liberdade e que foram mães no cárcere, com dificuldades ao acesso à justiça, descumprimento das previsões legais, negligência quanto às especificidades da mulher e violações principalmente à convivência das mães presas e seus filhos(as) (GALVÃO, 2013).

Segundo a pesquisa, a estrutura falha e punitivista do sistema de justiça, somado à negligência e desatenção aos direitos humanos, em especial reprodutivos e maternos, compromete a manutenção dos vínculos dessas mães e sua família. “O modelo de justiça esconde e inviabiliza qualquer diferença positiva, tornando-a desigualdade. A excepcionalidade do feminino no sistema faz com que as políticas e espaços voltados às mulheres sejam as sobras”, (BRAGA E ANGOTTI, 2015, p. 21).

A maternidade de mulheres que cometeram crime, tem uma carga extra de preconceito, discriminação, de desrespeito aos dispositivos legais e recomendações de organizações internacionais contra a privação de liberdade, quanto ao não encarceramento feminino de mulheres gestantes e puérperas, reforçando a invisibilidade da mulher no sistema de justiça e a lógica punitivista. Uma das aberrações que ocorriam até pouco tempo, sem uma legislação específica, era algemar mulheres em trabalho de parto, pois além de ser um momento para qualquer mulher de grande sensibilidade, emoção e porque não dizer de dor, dificilmente há condições físicas para alguma ameaça à segurança nessas condições (MENDES, 2014).

Através do Decreto nº 8.858 de 26 de setembro de 2016, é vedado o uso de algemas em mulheres durante o trabalho de parto, no trajeto entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que estiver hospitalizada. A administração prisional tem o dever de proporcionar, todas as formas de humanização para as mulheres gestantes, durante o parto, puerpério e aleitamento (FRANÇA, SILVA, 2016).

Não se pode esquecer, que as crianças que nascem e vivem mesmo que temporariamente no ambiente prisional, estão protegidas por uma legislação própria, muitas vezes desconsiderada e desconhecida no sistema penitenciário, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente. O ECA em seus 267 artigos, cria as condições de exigibilidade para os direitos da criança e do adolescente, e para compreender essa Lei e a Doutrina jurídica que lhe dá sustentação, que é a Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas, o melhor caminho é uma análise dos termos e expressões do artigo 227 da Constituição Federal, que foi elaborado com base no elenco de Direitos que formam a parte substantiva da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do adolescente (MACEDO, 2016).

A criança, independentemente do local em que tenha nascido, até mesmo uma prisão, é considerada como pessoa em desenvolvimento, sujeito de direitos e destinatários de proteção integral. A Lei nº 12.962/2014, que modificou o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, assegura a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial. (DEPEN, 2019).

De acordo com Picoli, et al., (2014). a partir do momento que se ingressa numa instituição, isso “não significa apenas uma mudança de espaço e de ambiente físico, mas principalmente, uma alteração possível nas pautas de relação”. Segundo a autora, a instituição deve ser pensada como um conjunto de práticas ou de relações sociais que se repetem e se legitimam enquanto se repetem. Portanto esse lugar simbólico, das relações ali vividas, de alguma forma vai ocupar um espaço no processo de desenvolvimento das crianças, que invariavelmente estarão pautadas pelo tempo e pelo espaço da prisão.

CONCLUSÃO:

Vários são os motivos que fazem as mulheres embarcarem na vida criminal. Os fatores sociais, desempenham um papel fundamental neste ingresso, as condições precárias de moradia, alimentação, educação e saúde e o retorno rápido e fácil do mundo do crime são vistos como solução para mulheres que desempenham o papel de chefe de família.

Deste modo, as desigualdades sociais são um dos fatores que mais contribuem para o ingresso das mulheres no mundo do crime. A má distribuição de renda no país, e os baixos salários quando existentes os empregos lícitos fazem com que essas mulheres busquem meios de gerar renda ou de as complementar, desta forma, o crime acaba sendo uma estratégia de sobrevivência, tanto para essas mulheres quanto para os seus dependentes.

Outro fator contributivo em grande escala para o ingresso das mulheres no mundo ilícito é o amor. A influência masculina destaca-se dentre as razões que levam uma mulher a cometer crimes, os vínculos afetivos, a necessidade de preservação dos vínculos familiares, expõem de forma direta a figura feminina.

É notável, que a política do encarceramento, com base no crescente número de mulheres presas, se evidencia fortemente uma problemática social que se confirma ao colocar em pauta o perfil dessa mulher encarcerada, e ainda, aponta para se compreender a seletividade do sistema de justiça criminal brasileiro que viola confrontando os direitos fundamentais dessas mulheres.

No decorrer da pesquisa, constatou-se o entendimento que atualmente, com tantas lutas pela igualdade entre homens e mulheres, e igualdade de tratamento priorizando as especificidades do gênero feminino no cumprimento de pena pautados sempre pela proteção da dignidade da pessoa humana, o que se observa ainda é muita desigualdade e um tratamento completamente desumano com as mulheres custodiadas pelo estado que sofrem com a privação da liberdade dentro das prisões.

Apesar de o encarceramento feminino ser visivelmente inferior ao masculino, todos os estudos e pesquisas realizadas no âmbito prisional, indicam que o grande percentual de delitos cometidos pelas mulheres está relacionado ao tráfico de entorpecentes, o que pode estar intimamente ligado aos fatores sociais desencadeados na vida destas.

Quando o assunto é encarceramento feminino, a situação piora ainda mais. Mulheres, simplesmente por seu gênero, por terem nascido com o sistema reprodutor feminino, tem necessidades especiais que não podem ser ignoradas, o que, infelizmente, é exatamente o que acontece na prática.

A produção de dados é importante por si só para aumentar o conhecimento e fornecer informações valiosas com base no que os governos estão realmente fazendo; além disso, as políticas devem ser concebidas e desenvolvidas com base em dados estatísticos e estudos qualitativos que identifiquem problemas estruturais no sistema, bem como quaisquer oportunidades de mudança relacionado ao encarceramento de mulheres.

Por esta razão, quando um problema social é identificado - como os profundos impactos sociais de uma crescente população carcerária feminina por crimes é fundamental gerar informações para descrever e analisar a questão é uma parte fundamental do processo de encontrar soluções oportunas e adequadas para melhores condições e assistência as mulheres encarceradas de acordo com os Direitos Humanos com relação a fatores de saúde, higiene, trabalho e acompanhamento psicológico a estas mulheres, envolvendo as mães no cárcere.

Estudos futuros que abordem essa questão poderiam contribuir para a qualificação da assistência prestada a mulheres na prisão e sistema com novas pesquisas de delineamento experimental, bem como estudos de abordagem qualitativa e intervencionista.

Outras teorias e modelos também podem ser testados e novos instrumentos podem ser validados tendo em vista a escassez desse tema nas bases de dados nacionais e internacionais.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. Evolução histórica dos regimes prisionais e do sistema penitenciário. *Jornal Jurid* mai 2007a. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/penal/evolucao-historica-dos-regimes-prisionais-e-do-sistema-penitenciario>> Acesso em: 25 de fevereiro de 2022.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, 1993.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. Direitos do preso. In: Dicionário de Direitos Humanos. 2006. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2022.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. Revista Direito GV, São Paulo 11(2) | p. 523-546 | jul-dez 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/qHnWZrVyx7xV9DQwr97rdZQ/abstract/?lang=pt>> Acesso em: 26 de fevereiro de 2022.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Dar à Luz na Sombra: Condições Atuais e Possibilidades Futuras para o Exercício da Maternidade por Mulheres em Situação de Prisão. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Série Pensando o Direito Nº 51. Brasília, 2015.

BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Sistema prisional em números. Brasília/DF, 2019. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

FRANÇA, Alba Maria Bonfim; SILVA, Joaquim. Maternidade em situação de prisão. Revista Baiana de Enfermagem. 2(4):411-420. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/v9Tp6ZmcN3ktQWCQz3n4nYt/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

GALVÃO, Mayana Camila Barbosa, DAVIM, Rejane Marie Barbosa. Ausência de assistência à gestante em situação de cárcere penitenciário. Cogitare Enferm. 2013 jul./Set; 18(3):452-9. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/33554>> Acesso em: 02 de março de 2022.

MILITÃO, Lisandra Paim, KRUNO, Rosimery Barão. Vivendo a gestação dentro de um sistema prisional. Saúde (Santa Maria), Santa Maria, Vol. 40, n. 1, jan./jul, p.75-84, 2014 ISSN: 0103-4499.

GRECO, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. 2 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2015.

MACEDO, F. R. M.I. Perfil socioeconômico e saúde ginecológica de presidiárias. SANARE - Revista de Políticas Públicas, v. 15, n. 2, p. 30-36, 2016. Disponível em: <<https://sanare.emnuvens.com.br/sanare/article/view/1035/581>> Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

MELO, W. F.; SALDANHA, H. G. A. C.; MELO W. F.; ALMEIDA, J. S.; Serviços de saúde à população carcerária do Brasil: uma revisão bibliográfica. Rev. Bra. Edu. Saúde v.6, n.1, p.14- 21, 2016. Disponível em: <<http://www.gvaa.com.br/revista/index.php/REBES/article/view/4023>> Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

MESQUITA, Márcio. Sistema prisional mundial – breve histórico. Administradores.com. fev 2012. Disponível em: <<https://administradores.com.br/artigos/sistema-prisional-mundial-breve-historico>>. Acesso em: 04 de março de 2022.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema penitenciário no Brasil: diagnóstico e propostas. Brasília (DF), 2005. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen. Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos 2019. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/>> Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

MOURÃO, L. F.; OLIVEIRA, L. B.; MARQUES, A. D. B.; BRANCO, J. G. O.; GUIMARÃES, M. S. O.; DEUS, S. R. M.; Promoção da saúde de mulheres encarceradas: um relato de experiência. SANARE, Sobral, V.14, n.01, p.52-57, Jan/Jun, 2015. Disponível em: <<https://sanare.emnuvens.com.br/sanare/article/view/608>> Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

PÍCOLI, R. P. SANTOS, S.P.S.J, ARAZAWA, Y.C, MEDEIROS, P.C.I. Gestação e puerpério no cárcere: estudo descritivo da atenção à saúde. Revista Baiana de Saúde Pública, v. 38, n. 1, p. 67-82, 2014. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-0233/2014/v38n1/a4431.pdf>> Acesso em: 03 de março de 2022.

SOUZA MOS, PASSOS JP. A prática de enfermagem no sistema penal: limites e possibilidades. Esc Anna Nery Rev Enferm [Internet]. 2017 [cited 2017 Apr];12(3):417- 23. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452008000300004> Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

VIEIRA SM, BOCK LF, ZOCHE DA, PESSOTA CU. Percepção das puérperas sobre a assistência prestada pela equipe de saúde no pré-natal. *Texto contexto-enferm* 2017 Feb 20];20(esp):255-62. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072011000500032> Acesso em: 02 de março de 2022.

10 LEI MARIA DA PENHA E PRISÃO PREVENTIVA: CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Camilla Virissimo Rodrigues da Silva
Henrique Rodrigues Soares

RESUMO O objetivo principal deste trabalho é verificar como está sendo aplicado a Lei Maria da Penha hodiernamente no contexto da violência doméstica. Têm-se como objetivos específicos: Definir e conceituar prisão preventiva; Descrever sobre a Lei Maria da Penha, seu conceito, requisitos e princípios norteadores; e, Apresentar casos concretos com julgados pelos Tribunais de Justiça. Metodologicamente, o trabalho se utilizou das pesquisas qualitativa, exploratória, descritiva e bibliográfica. Concluiu-se que, a prisão preventiva consiste em uma medida cautelar, privativa de liberdade, decretada quando presentes seus pressupostos e fundamentos legais durante o inquérito policial ou durante o processo penal. A Lei Maria da Penha considera como violência doméstica toda ação ou omissão causadora de morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, não sendo esta exaustiva, podendo haver outras. Deve-se dedicar total relevância à Lei, a mesma expurgou do arcaico sistema existente até então, todas as formas de preconceito, admitindo forte igualdade a todo cidadão. Contudo, hoje ainda, não é de conhecimento de todos os seus efetivos benefícios, acabando por fazer-se utilização inadequada do meio protetivo ou uso exaustivo quando não necessário.

Palavras chave: Violência doméstica. Prisão. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT The main objective of this work is to verify how the Maria da Penha Law is being applied today in the context of domestic violence. The specific objectives are: Define and conceptualize preventive detention; Describe about the Maria da Penha Law, its concept, requirements and guiding principles; and, Present concrete cases judged by the Courts of Justice. Methodologically, the work used qualitative, exploratory, descriptive and bibliographic research. It was concluded that pretrial detention consists of a precautionary measure, deprivation of liberty, enacted when its legal assumptions and foundations are present during the police investigation or during the criminal process. The Maria da Penha Law considers domestic violence to be any action or omission that causes death, injury, physical, sexual or psychological suffering and moral or property damage, which is not exhaustive, and there may be others. Total relevance should be devoted to the Law, it purged from the archaic system that existed until then, all forms of prejudice, admitting strong equality to every citizen. However, even today, all its effective benefits are not known, ending up with inadequate use of the protective means or exhaustive use when not necessary.

Keywords: Domestic violence. Preventive arrest.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher concebe, além das perspectivas culturais, políticas e jurídicas, um inconveniente de saúde pública, pois o aumento na violência contra a mulher tem associação com traumas mentais e físicos, levando enorme número destas a buscar continuamente por serviços de saúde. Para modificar tal situação, com o advento da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), o Estado brasileiro criou estruturas para restringir este fenômeno violento, tornando mais severas as punições para os agressores (CAMPOS, 2008, p. 6).

A Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, também denominada como Lei Maria da Penha propõe-se resguardar a parte hipossuficiente das relações domésticas, assim como reduzir esta prática no domínio social. Este ato legislativo teve sua qualificação em homenagem à Maria da Penha Fernandes.

O ato normativo foi inovador, pois sua criação constituiu mecanismos de proteção relevantes para amparar as vítimas da violência doméstica nos relacionamentos familiares. Logo, após batalhas de grupos fragilizados e tendo o apoio de órgãos estatais adequados, esta inovação legal permeia a proteção integral das mulheres que a longas datas se encontram em situação de risco e vulneráveis, mercês a sofrer tal violência. A Lei nº 11.340/06 surgiu para salvar vidas e punir os agressores.

Nesse contexto, apresenta-se a problemática deste trabalho, qual seja: como está sendo aplicado a Lei Maria da Penha hodiernamente no contexto da violência doméstica?

O objetivo principal deste trabalho é verificar como está sendo aplicado a Lei Maria da Penha hodiernamente no contexto da violência doméstica. Como objetivos específicos: Definir e conceituar prisão preventiva; Descrever sobre a Lei Maria da Penha, seu conceito, requisitos e princípios norteadores; e, Apresentar casos concretos com julgados pelos Tribunais de Justiça.

O trabalho utilizou das pesquisas qualitativa, descritiva e bibliográfica. A abordagem qualitativa é um processo de reflexão e análise da realidade, utilizando métodos e técnicas para compreensão detalhada do objeto de estudo em seu contexto histórico e/ou segundo sua estruturação.

2 DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA À APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA E A PRISÃO PREVENTIVA

De acordo com o (IMP) Instituto Maria da Penha, o art. 5º da lei 11.340 de 2006, chamada de Lei Maria da Penha define violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (IMP, 2022, s.p.). E, segundo a Coordenadoria da Mulher do Tribunal de Justiça do Sergipe, violência contra a mulher é qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado (TJSE, 2022, [s.p.]).

2.1 CONCEPÇÃO E ENTENDIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

A Constituição Federal 1988 estabeleceu os fundamentos da prisão, de maneira especial em seu artigo 5º, LXI, prevendo que esta, via de regra, precisa ser decretada através de uma decisão de magistrado competente, ter motivação e reduzida a escrita, assim como pode acontecer no episódio de flagrante delito. O mesmo artigo, nos incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV trata sobre o modo de como se deve formalizar a prisão (NUCCI, 2020, p. 86).

Nota-se dos referidos dispositivos o caráter excepcional da prisão, evidenciando que a regra é a liberdade do sujeito, assim como que a mesma apenas poderá limitar-se a observar os parâmetros legais e constitucionais (SANTOS, 2020).

Neste caminho, Delmanto Jr. (2019, p. 108) assevera que:

Constituindo a liberdade física do indivíduo um dos dogmas do Estado de Direito, é natural que a Constituição fixe certas regras fundamentais a respeito da prisão de qualquer natureza, pois a restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita.

No que se refere à prisão penal ou carcer ad poenam, esta resulta de sentença condenatória, culminando no trânsito em julgado e, impõe-se restringir a liberdade. Já, a prisão cautelar (carcer ad custodiam) se decreta anteriormente ao trânsito em julgado da sentença, visando assegurar a eficácia das investigações ou do processo (LIMA, 2020, p. 63).

Estas são as duas espécies de prisão prevalecentes e admitidas, conforme antes mencionado (prisão pena e prisão cautelar), sendo a prisão preventiva uma subespécie de prisão processual cautelar. Sobre a prisão cautelar, Nucci (2020, p. 635) leciona que:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual. Por outro lado, o Código

Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado e o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Concernente a prisão preventiva, esta é regulada pelo Decreto-Lei nº 3.689/1941, Código de Processo Penal (CPP), em seus artigos 311 a 316. Contudo, sua regulamentação pormenorizada não conceitua prisão preventiva (BRASIL, 1941). A prisão preventiva consiste em “uma medida cautelar, privativa de liberdade, decretada quando presentes seus pressupostos e fundamentos legais durante o inquérito policial ou durante o processo penal” (COELHO, 2012, p. 23).

Para Capez (2011, p. 323), “prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores”. Gomes (1994, p. 2) leciona que:

O eixo, a base, o fundamento de todas as prisões cautelares no Brasil residem naqueles requisitos da prisão preventiva. Quando presentes, pode o juiz fundamentadamente decretar qualquer prisão cautelar; quando ausentes, ainda que se trate de reincidente ou de quem não tem bons antecedentes, ou de crime hediondo ou de tráfico, não pode ser decretada a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Já, Mirabete (1999, p. 409) preceitua que a prisão preventiva, em sentido estrito:

[...] é medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. E considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais em que a custódia provisória seja indispensável. Por esse razão, a lei deixou de prever como obrigatória a prisão em determinadas situações, para ser uma medida facultativa, devendo ser aplicada apenas quando necessária segundo os requisitos estabelecidos nas normas processuais. Não é assim ato discricionário do juiz, limitado a certos, precisos e determinados casos. E praticamente pacífico nos tribunais que não impede a decretação da prisão Preventiva o art. 50, LVII. da CF, que se refere apenas ao princípio da presunção (ou estado) de inocência.

Segundo Lima (2016, p.1261), a prisão preventiva consiste em:

[...] uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, por meio de representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer das fases de investigações ou do processo criminal, de modo que, nesta última, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado. Poderá ser decretada sempre que forem preenchidos os requisitos legais previstos no artigo 313 do CPP, bem como tiverem ocorrido os motivos autorizadores dispostos no artigo 312 do mesmo código, além de se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares da prisão trazidas pelo artigo 319.

Tendo discorrido sobre a prisão preventiva, em seguida apresenta-se algumas ponderações acerca da Lei Maria da Penha, seu conceito, seus requisitos e seus princípios norteadores.

2.2 LEI MARIA DA PENHA: CONCEITO, REQUISITOS E PRINCÍPIOS NORTEADORES

Não é novidade a violência doméstica e familiar contra o gênero feminino. Desde o princípio da sociedade o sexo feminino aguenta agressões decorrentes da distinção nas relações de poder entre mulheres e homens, assim como, na presente discriminação de gênero da sociedade quanto familiar, acabando ser um problema cultural, social e político. Para tanto, em 7 de agosto de 2006, entrou em vigor a Lei Maria da Penha, “para coibir e prevenir à violência doméstica contra a mulher, e estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de agressão no seio familiar” (DANTAS, 2013, p. 1).

Conforme a legislação e doutrina, a violência doméstica versa sobre um abuso psicológico e/ou físico, cometido por um membro da célula familiar frente a outro, objetivando manter controle ou poder. Tal abuso pode ocorrer através de ações ou de omissões. Grande parte das vítimas de tal delito são as mulheres. Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), anualmente cerca de 1,2 milhões de mulheres padecem algum tipo de violência doméstica, sendo esta praticada em todas as camadas sociais (FANFA, 2017, p. 9). Contudo, verifica-se que apenas 52 mil das agressões chegam a ser denunciadas (MACEDO, 2020, p. 12).

Entre o período de 2006 a 2016, o homicídio de mulheres cresceu 6,4% no Brasil. Ao se considerar somente mulheres negras assassinadas, o percentual é maior, 15,4%. No país, no ano de 2016, 4.645 mulheres foram assassinadas. Em Santa Catarina (mesmo ano), ocorreram 107 casos. Na mesma época, 87,5% dos assassinatos se fizeram dentro de casa. Também, 50% destas tinham filhos com o autor, 75% eram companheiras dele e 25% tinham terminado relacionamento (SANTA CATARINA, 2019).

Logo, todo feminicídio ocorrido em Santa Catarina no primeiro trimestre de 2018 se acham no quadro de violência doméstica e familiar contra a mulher. Em 37,5% dos casos, já havia registro de boletim de ocorrência contra o autor (SANTA CATARINA, 2019; DALBOSCO, 2019, p. 24).

Através do Ligue 180, conforme balanço de 2015, foram efetivados 749.024 atendimentos (485.105 em 2014). Aproximadamente 10% destes sobre relatos de violência contra as mulheres. Dessas violências, 50,16% foram física; 30,33% psicológica; 7,25% moral; 2,10% patrimonial; 4,54% sexual; 5,17% cárcere privado; e 0,46% tráfico de pessoas (BRASIL, 2016; DALBOSCO, 2019, p. 24)

O registro de violência física predomina (101.218 casos em 2016), seguido da psicológica ou moral (50.955 casos) e da violência sexual (27.059 casos). Sobre as ocorrências policiais frente atos violentos contra a mulher, segundo o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública (SINESP), em 2016 registrou-se 427.377 ocorrências de ameaça, 222.779 de lesão corporal dolosa e 21.728 de estupro (DALBOSCO, 2019, p. 24)

Para Piovesan e Pimentel (2007, p. 1), a Lei Maria da Penha é uma ferramenta de igualdade material, que confere efetividade aos preceitos constitucionais:

A Lei Maria da Penha, ao enfrentar a violência que, de forma desproporcional, acomete tantas mulheres, é instrumento de concretização da igualdade material entre homens e mulheres, conferindo efetividade à vontade constitucional, inspirada em princípios éticos compensatórios.

A Lei Maria da Penha destaca-se pela ação de mecanismos para erradicar a cultura de violência contra a mulher. Surgiu num contexto político internacional, em prol dos direitos humanos e dos direitos das mulheres (SANTOS, 2008, p. 19). Esta Lei, segundo Bruno (2016, p. 27):

[...] deu aplicabilidade ao princípio da dignidade humana e à igualdade de gênero que, apesar de previstos na Constituição, precisavam ser transportados para um diploma legal específico e detalhado, comunicando à sociedade o novo paradigma de não aceitação da violência doméstica [...]. A lei reafirma o artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição, através de seu artigo 3º, parágrafo 2º, pelo qual é dever da família, do Estado e da sociedade criar condições necessárias para o efetivo direito à vida digna e à convivência familiar da mulher.

A Lei inovou ao utilizar da expressão "mulher em situação de violência" contrapondo-se ao termo "vítima" e. afasta a lógica prisional do sistema penal, donde a prisão provisória atua como medida cautelar por supremacia (BRUNO, 2016). Introduziu-se novas formas de proteção:

Estas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor são, na realidade, novas alternativas à tradicional bipolaridade do sistema cautelar penal brasileiro, que conhecia apenas dois extremos: a prisão cautelar ou a liberdade provisória. A lei cria novas medidas cautelares intermediárias, que permitem uma resposta mais efetiva e menos violenta do Estado, para situações que, a princípio, não seriam hipótese de decretação da prisão preventiva (ÁVILA, 2007, p. 6).

A Lei Maria da Penha tem por base os princípios de proteção à mulher, que regem um rol de situações constatadas por exatas consequências, donde o princípio de algo, tem origem ou proposição principal, podendo ter questionamentos e mesmo colisão entre si, mas ponderam no caso concreto. Segundo Reale (2003, p. 37):

[...] princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Logo, o ordenamento constitucional aponta que estes princípios se observam como modo de regulação a criar normas legislativas, ratificando o existir de certos princípios tidos como essenciais, igualmente aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (FANFA, 2017, p. 53). Neste caminho, Bianchini (2014, p. 28) leciona:

[...] esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Incontestavelmente, a Lei foi criada objetivando a garantia da proteção e assistência à mulher, busca punir e possibilitar reeducar os agressores. A mesma, é muito expressiva desde sua criação. Dentre os elementos que influenciaram sua origem, está a luta por justiça realizada por Maria da Penha Maia Fernandes, uma das milhares de vítimas de violência doméstica do Brasil (COSTA, 2014, p. 29).

A origem da Lei nº 11.340/2006 figurou, realmente, como enorme avanço no campo jurídico brasileiro, pois a violência doméstica e familiar contra a mulher passou a auferir tratativas mais rigorosas frente ao processo e punição de agressores. Também, seu domínio de proteção não manteve-se restrito somente a mulher no espaço doméstico, estendeu-se igualmente à entidade familiar. Efetivamente, o objetivo maior desta Lei se observa logo em seu artigo 1º, qual seja:

Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006).

Assim, ressalta-se que a Lei Maria da Penha reafirmou compromissos assumidos com tratados internacionais, constituindo como objetivos: “prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, assistir e proteger a mulher vítima deste tipo de violência, e criar Juizados Especiais voltados para a esfera da violência doméstica e familiar contra a mulher” (COSTA, 2014, p. 30).

Para Cunha e Pinto (2012, p. 33), a Lei Maria da Penha removeu do ranço da violência banal uma nova espécie, que é, “aquela praticada contra a mulher (vítima própria), no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade (art. 5º)”. Como bem se observa, a Lei nº 11.340/06 cogita a proteção da mulher somente na sua esfera doméstica e familiar, pois, em grande parte dos casos, o agressor é justamente com quem esta tem relação de convivência e afetividade, atualmente ou no passado, ou ainda, algum outro membro da família. Para tanto, Gomes (2012, p. 65) assevera que:

A violência doméstica é um dos crimes mais frequentes nas sociedades e, em todas elas, envolve um aspecto comum: a prática da violência como mecanismo de controle social que visa a manter a mulher subordinada ao homem. A relação de dominação entre homem e mulher emprega, em linhas gerais, os maus-tratos físicos e psicológicos e derivam de um sistema social de valores e representações no qual às mulheres cabe o papel de dominada. Para além das sequelas físicas sofridas pela pessoa agredida, a violência praticada no ambiente doméstico tem como consequências sociais, psicológicas e comportamentais nos membros da família e na sociedade como um todo.

Nesse sentido, traz-se a baila o caput do artigo 5º da Lei nº 11.340/06 e a concepção de violência doméstica e familiar contra a mulher: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006). Partindo desta concepção, pode-se concluir que, “para que este tipo de violência seja caracterizado, não é necessário que os envolvidos mantenham ou tenham mantido um casamento, bastando que haja entre eles um vínculo de relação doméstica, familiar ou afetiva” (COSTA, 2014, p. 31).

Destaca-se que, mesmo a Lei Maria da Penha tendo originado vários benefícios ao ordenamento jurídico pátrio, ainda existe abundantemente o que se realizar efetivamente para transformar o domínio da violência doméstica e familiar contra a mulher, mormente porque impera uma cultura, mesmo que de modo menos agressivo, de submissão da mulher frente o homem. Mesmo porque, demandas desta natureza, envolvendo comportamento arraigado por muitas décadas, levam bom tempo para serem desconstruídas (COSTA, 2014, p. 33-34).

Contudo, tal fato, é somente um dos obstáculos na busca por melhor eficácia da Lei nº 11.340/06, pois, em verdade, dificuldades e entraves como a educação no território nacional, atrapalham o combate mais efetivo contra a violência doméstica e familiar ocasionados à mulher. Destaca-se também que, o próprio ordenamento jurídico estabelecido no Brasil, ao apontar divergências em suas decisões judiciais sobre o texto da Lei Maria da Penha, fornecem munição para um avanço significativamente limitado de sua eficácia (COSTA, 2014, p. 34).

2.3 CASOS RELEVANTES COM JULGADOS PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Nesta seção, apresentam-se alguns casos relevantes com julgados pelos Tribunais de Justiça. Primeiramente, situa-se a demanda as atriz Luana Piovani contra o também ator brasileiro Dado Dolabella.

A referida demanda judicial teve início no dia 22 de outubro de 2008, sob o numero REsp Nº 1.416.580 - RJ. Desta feita, os atores brasileiros Dado Dolabella e Luana Piovani, os quais cultivavam um relacionamento sentimental amoroso, envolveram-se em uma contenda no interior de uma boate da Zona Sul do Rio de Janeiro. Luana foi agredida por Dado Dolabella, bem como igualmente, uma camareira que a servia de companhia. Ambas fizeram registro da ocorrência policial contra seu agressor.

Em Primeira Instância, a decisão foi em favor de Luana Piovani, O agressor teve condenação de dois anos e nove meses de prisão em regime aberto. Dado Dolabella recorreu e um Acórdão em favor deste, com data de 25 de junho de 2013, determinou incompetência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar, devendo os autos

processuais serem submetidos à 27ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, o que proporcionou um novo julgamento para o acusado. O Ministério Público recorreu do Acórdão ao STJ, procurando responsabilizar criminalmente o acusado, segundo o que determina a Lei Maria da Penha. A decisão foi reformada, em favor de Luana Piovani, conforme transcrito decisão do STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE LESÃO CORPORAL PRATICADOS CONTRA NAMORADA DO RÉU E CONTRA SENHORA QUE A ACUDIU. NAMORO. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º, INCISO III, E ART. 14 DA LEI N.º 11.340/06. PRECEDENTES DO STJ. VÍTIMA MULHER DE RENOME DA CLASSE ARTÍSTICA. HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO PARA JUSTIFICAR A NÃO-APLICAÇÃO DA LEI ESPECIAL. FRAGILIDADE QUE É ÍNSITA À CONDIÇÃO DA MULHER HODIERNA. DESNECESSIDADE DE PROVA. COMPETÊNCIA DO I JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA CAPITAL FLUMINENSE. RECURSO PROVIDO. DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, EM RELAÇÃO AO CRIME COMETIDO CONTRA A PRIMEIRA VÍTIMA, EM FACE DA SUPERVENIENTE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. (REsp Nº 1.416.580 - RJ, Relatora: Min. Laurita Vaz, Data de Julgamento: 01/04/2014, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe - 15/04/2014).

A decisão em comento restou claro que nos dias atuais a fragilidade é qualquer coisa inseparável à condição da mulher, mormente se esta vê-se mediante situação de violência doméstica e familiar. Em suma, a vítima Luana Piovani precisava sim, alcançar devida proteção da Lei Maria da Penha, pois que tal legislação não expressa configuração tal que no instante efetivo da violência padecida a mulher precisa demonstrar uma condição de hipossuficiência e vulnerabilidade, pois esta configuração já se presume legalmente, considerando-se a situação de violência existente.

Um outro julgado em análise, diz respeito ao acórdão número 70074554999, tratando-se de um habeas corpus, com solicitação de liminar, em que foi denegada a ordem. A seguir transcreve-se tal ementa:

Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. DESOBEDIÊNCIA À DECISÃO JUDICIAL. MARIA DA PENHA. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. - Prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação das medidas protetivas deferidas em favor da vítima, que foram descumpridas pelo paciente. Segregação cautelar que se justifica, ainda, pela gravidade do fato imputado (estupro de vulnerável) e a reiteração delitiva do agressor. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70074554999, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 30/08/2017).

A defesa do agressor efetivou pedido liminar para requerer a revogação da prisão preventiva do cliente, alegando não existirem indícios suficientes frente descumprir a medida protetiva. O relator indeferiu o pedido liminar, afirmando ser a prisão preventiva justificada para garantir a ordem pública, estando dentro dos requisitos do art. 312 do CPP. A decretação da prisão preventiva está protegida pela ordem constitucional e na Lei nº 11.340/06, pois a vítima descreveu que o agressor descumpriu a medida protetiva, tendo-se de aplicar medida extrema segundo o art. 20 da referida Lei. Não carece acolhimento as alegações do reclamante, pois que encontram-se presentes os pressuposto para manter a prisão do mesmo.

Em outro julgado a se analisar, é concernente ao acórdão nº. 70066860206, tratando-se de recurso apelativo criminal solicitado pelo Ministério Público, contra ofício decisório do Juiz de primeiro grau, que julgou improcedente a denúncia baseado no art. 386, inciso III, do CPP. O atuante do Ministério Público declarou haver tipicidade penal na conduta efetivada pelo apelado frente desobediência a uma decisão judicial, solicitando a condenação do mesmo. A seguir transcreve-se a ementa deste acórdão:

Ementa: CÓDIGO PENAL. ART. 330 E 359. DESOBEDIÊNCIA. LEI Nº 11.340/2006. LEI MARIA DA PENHA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. O DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA NÃO CONFIGURA O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, SEJA DO ART. 330, SEJA DO ART. 359, DO CÓDIGO PENAL. ISSO PORQUE O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PREVÊ A PRISÃO PREVENTIVA COMO FORMA DE GARANTIR O CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS (ART. 313, INCISO III, DO CPP), SEM QUE SEJA RECONHECIDA A PRÁTICA CRIMINOSA. ATIPICIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTES DA CÂMARA, DO GRUPO CRIMINAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70066860206, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 27/07/2017).

Ao analisar o mote de desobediência frente descumprir-se uma medida judicial, o relator aludiu que a sentença do Juiz de primeiro grau tem amparo na orientação jurisprudencial do TJRS e nas jurisprudências do STJ. A Lei Maria da Penha (art. 20) estabelece que ao se descumprir as medidas protetivas, possibilita-se a decretação de prisão preventiva. O relator e seus pares reconhecem a atipicidade de conduta do apelado, negando provimento ao recurso interposto pelo MP.

Noutro julgado, referente ao acórdão de nº. 70072498942, neste recurso de apelação criminal o Relator nega provimento à apelação interposta pelo MP. No decorrer, transcreve-se a ementa deste acórdão:

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. DESOBEDIÊNCIA À DECISÃO JUDICIAL. ART. 359, DO CP. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. LEI MARIA DA PENHA. PREVISÃO LEGAL DE PENALIDADES ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL PRÓPRIAS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. APELO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70072498942, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mauro Evely Vieira de Borba, Julgado em 28/09/2017).

Este recurso apelativo criminal refere-se a determinação pronunciada por juiz de primeiro grau, que rejeita denúncia por atipicidade da conduta do apelado. O MP ciente da decisão arbitrada interpõe recurso de apelação criminal para requerer mudança na decisão. O relator afirma que desobedecer é uma medida que tem capitulação na Lei Maria da Penha (11.340/2006), tendo implicações constituídas por esta e, suficientes no garantimento em proteger a mulher, não se assinalando com o tipo penal apresentado na denúncia. O relator e demais membros negam provimento a apelação criminal, interposta pelo MP, sustentando a decisão do Juiz de primeiro grau que já havia rejeitado a denúncia.

Um outro caso trata-se de habeas corpus impetrado no TJ do Estado do Pará pela defesa, para assegurar a liberdade carcerária do acusado, pois este estava detido, acusado de praticar lesão corporal contra sua companheira, que conviviam e tinham prole. Sua prisão em flagrante converteu-se em preventiva. Veja-se o transcrito:

HABEAS CORPUS - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LESÃO CORPORAL - PRISÃO PREVENTIVA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - NECESSIDADE. PRIMARIEDADE - RESIDÊNCIA NO DISTRITO DA CULPA - OCUPAÇÃO DEFINIDA - CIRCUNSTÂNCIAS, POR SI SÓS, INSUBSISTENTES - DENEGAÇÃO DO WRIT. 1. Em eventos envolvendo violência doméstica e intrafamiliar deve ser dado prestígio à vítima que se encontra em situação de desigualdade com o agressor. 2. E, estando presentes os motivos da prisão preventiva, consubstanciados na garantia da ordem pública, com o fim de resguardar a integridade física da vítima, levando-se em consideração que o paciente já a agrediu em outras oportunidades, imperiosa se torna a manutenção da restrição cautelar de sua liberdade. 3. O art. 167 do CPP permite que a falta do exame de corpo de delito pode ser suprida pela prova testemunhal. 4. Supostas condições pessoais não impedem a decretação da custódia cautelar quando presentes os requisitos para a medida constritiva, em observância ao enunciado da Súmula nº 08 da nossa Corte e Precedentes uníssomos do STJ. 5. Parecer ministerial pela denegação da ordem. 6. Habeas Corpus conhecido e denegado. 7. Votação unânime. (TJ-PA-HC:

00033902120178140000 BELÉM, Relator: RAIMUNDO HOLANDA REIS, DATA DO JULGAMENTO: 08\05\2017, SEÇÃO DE DIREITO PENAL, Data da publicação: 10\05\2017)

Teve comprovado que a vítima apresentava inúmeras lesões após o exame de corpo de delito; logo, a medida constitucional foi denegada pelo relator, pois existiam os pressupostos de admissão de prisão. Os Desembargadores integrantes da Egrégia Seção do TJP, unanimemente conheceram a ordem impetrada e denegaram-na. Logo, evidencia-se a eficácia das medidas no caso concreto resguardando a vítima e punindo o seu agressor.

Mediante as análises das jurisprudências acima transcritas, observa-se que todo caso analisado foi aclamado a Lei Maria da Penha, o CPP, e a Carta Magna ditando que, ao se descumprir medida protetiva urgente, na esfera da Lei Maria da Penha; não há por que configurar crime de desobediência conforme o art. 330 ou art. 359 do CPP, pois esta Lei prevê sanções administrativa, civil e penal frente o não cumprimento de ordem judicial, dentre as sanções tem-se a substituição da medida original por outra de maior eficácia e a prisão preventiva do agressor (FANFA, 2017, p. 50-51).

Diante do cenário atual existente, as medidas judiciais apresentam a devida necessidade de manutenção da vida familiar e doméstica sem violência, ainda que não satisfaçam totalmente suficientes. Os procedimentos para assistir e prevenir elencados na Lei Maria da Penha devem ser priorizadas, pois as mesmas abrangem o fortalecimento e autonomia das mulheres (DALBOSCO, 2019). No atual panorama crítico, o texto na Lei Maria da Penha busca dar voz, empoderar as vítimas. O mesmo traz mecanismos geradores de possível efetivação de "um processo educacional que interfira na construção e no desenvolvimento de papéis sociais novos nos quais a dignidade e o respeito mútuo sejam as diretrizes principais" (TELES; MELO, 2017, p. 104).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa trouxe, definições conceitos, pois definiu e conceituou prisão preventiva. A prisão preventiva consiste em uma medida cautelar, privativa de liberdade, decretada quando presentes seus pressupostos e fundamentos legais durante o inquérito policial ou durante o processo penal.

Descreveu sobre a Lei Maria da Penha, seu conceito, requisitos e princípios norteadores. A Lei Maria da Penha destaca-se pela ação de mecanismos para erradicar a cultura de violência contra a mulher. Surgiu num contexto político internacional, em prol dos direitos humanos e dos direitos das mulheres. A Lei inovou ao utilizar da expressão "mulher em situação de violência" contrapondo-se ao termo "vítima" e, afasta a lógica prisional do sistema penal, donde a prisão provisória atua como medida cautelar por supremacia. Apresentou diversos casos relevantes envolvendo contendas e demandas entre vitima(s) e agressor(es), com julgados pelos Tribunais de Justiça.

O sexo feminino ocupa uma posição isonômica frente ao homem, tanto na esfera pública como na privada, íntima ou profissional, familiar ou social evidenciando, na prática, que esta ainda sofre casos de violência doméstica e familiar. No caso de Luana Piovani, esta não teria de comprovar a violência de agressão provocada por Dado Dolabella, pois ela se encontrava em uma situação de hipossuficiência e vulnerabilidade. Logo, a decisão proferida pelo STJ foi acertiva, pois nem a Lei nº 11.340/06 determina este tipo de condição.

Os fundamentos para aplicar a Lei Maria da Penha se acham presentes no art. 5º e, neste dispositivo, não se identifica alusão alguma ser necessário se comprovar que uma mulher vítima de violência doméstica e familiar, no momento que sofre a agressão, se acha em situação de hipossuficiência e vulnerabilidade. Cabe ressaltar que é preciso aplicar a Lei rigorosamente para a eficácia do objetivo a que é coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O acórdão número 70074554999, oriundo da oitava câmara criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul apresenta situação tal que, o relator indeferiu o pedido liminar. No decorrer do julgamento do habeas corpus, o relator assevera que a prisão preventiva do paciente se justifica como garantia da ordem pública, preenchendo requisitos do art. 312 do CPP. A decisão da prisão preventiva se abarca pela ordem constitucional e na Lei Maria da Penha, pois o paciente descumpre a medida protetiva, tendo-se de aplicar medida extrema, segundo

art. 20 da Lei 11.340/06. Destaque para a reiteração delituosa, donde por duas vezes se descumpra a medida protetiva. O depoimento da vítima possui relevante valor probatório, não merecendo acolher-se alegações do paciente.

No acórdão número 70066860206, oriundo da quarta câmara criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o relator assevera que ao descumprir-se medidas protetivas (dadas pela Lei Maria da Penha), o crime de desobediência capitulado no art. 359 do CP, e por vezes imputado o crime tipificado no art. 330 do mesmo dispositivo; para o apelado, não pode ser sujeito ativo de tal crime, pois lhe falta condição pessoal, peculiar, do exercício da atividade elencada no tipo. Não se pode arrazoar em condenação pois a medida aplicada é temporária. O relator frisa várias jurisprudências, que elucidam, se um agressor descumpra medidas protetivas estabelecidas, factua crime de desobediência, com base nos arts. 330 ou 359, ambos do CPP. Nesses casos é possível decretar a prisão preventiva baseado no art. 20 da Lei Maria da Penha. Em suma, o relator e seus pares reconhecem a atipicidade da conduta do apelado e negam provimento ao recurso interposto pelo MP, enfatizando precedentes da câmara do grupo criminal e do STJ.

Já, no acórdão de número 70072498942, oriundo da quarta câmara criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o MP interpõe recurso de apelação criminal, apontando que descumprir medidas protetivas nem sempre acarreta em prisão do agressor. Em contrapartida, o apelado requereu o desprovimento e manutenção da decisão. O relator (re)afirma que descumprir é uma medida capitulada na Lei 11.340/2006; que as consequências expressas na Lei Maria da Penha, são suficientes para garantir a proteção da mulher. Destaca ainda que, tal questão já foi decidida em outros julgamentos similares, até perante o STJ. Logo, o relator e seus pares negam provimento a apelação criminal, interposta pelo MP e, mantêm decisão do Juiz de primeiro grau que já havia rejeitado a denúncia.

Por último, no caso do habeas corpus impetrado no TJ-PA, trata-se de situação constitucional que resguarda o direito de liberdade de locomoção ou que esta não seja cerceada, impetrada pelo advogado de defesa frente liberar do sistema carcerário o acusado, prisão flagrancial convertida em preventiva. O defensor assevera inexistir fundamentos legais bem como necessidade da liberdade de locomoção do paciente e o magistrado deixou de fundamentar sua decisão. Mas, comprovou-se que a vítima detinha várias lesões após o exame de corpo de delito, havendo os pressupostos de admitir-se a prisão. O relator e seus pares fundamentam a existência da não impugnação da existência do ato delituoso bem como autoria e se atem somente a não fundamentação dos fatos e na comprovação de lesões sofridas contra a vítima. Logo, unanimemente, conhecem a ordem impetrada e denegam-na, verificando-se a eficácia das medidas no caso concreto resguardando a vítima e punindo o seu agressor.

A Lei Maria da Penha considera como violência doméstica toda ação ou omissão causadora de morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, não sendo esta exaustiva, podendo haver outras. A mesma, gerou inúmeras mudanças, apontando que a violência doméstica não constitui crime de menor potencial ofensivo, sendo de competência dos Juizados Especiais Criminais, que visam à efetiva proteção da mulher.

Em suma, relevante destacar que pela Lei Maria da Penha resta claro que o magistrado poderá decretar a prisão preventiva do agressor se existir razões que a justifique. Isso, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. E ainda, entende-se que o descumprimento das medidas protetivas configurar-se-á crime com pena de detenção.

Deve-se dedicar total relevância à Lei Maria da Penha. Esta Lei expurgou do arcaico sistema existente até então, todas as formas de preconceito, admitindo forte igualdade a todo cidadão. Contudo, hoje ainda, não é de conhecimento de todos os efetivos benefícios gerados por esta Lei, acabando por fazer-se utilização inadequada do meio protetivo ou uso exaustivo quando não necessário.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei Maria da Penha. Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. Projeto BuscaLegis 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13477-13478-1-PB.pdf>. Acesso em: jun. 2022.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: lei 11.340/2006. Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

BRASIL, Código de Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em jun. 2022.

BRASIL. Senado federal. Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais. Brasília: Senado Federal, 2016.

BRUNO, Cecília Roxo. Lei Maria da Penha: um estudo sobre os mecanismos de proteção à mulher em situação de violência. 2016. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói. 2016.

CAMPOS, Antônia Alessandra Sousa. A lei Maria da Penha e a sua efetividade. 2008. Monografia apresentada à Universidade Estadual Vale do Acaraú como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Administração Judiciária. Fortaleza. 2008.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Processual Penal. 18 ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

COELHO, Priscila Correa Jardim. Prisão provisória e medidas cautelares à luz da lei 12.403/2011. 2012. Monografia de Direito da IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis). Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA). Assis, 2012.

COSTA, Laysla Alencar de França. Uma análise da lei Maria da Penha a partir das perspectivas da hipossuficiência e vulnerabilidade: um estudo de caso. 2014. 49f. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande/PB. 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DALBOSCO, Susanna Vieira. Mecanismos de proteção previstos na lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso de bacharel em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2019.

DALBOSCO, Susanna Vieira. Mecanismos de proteção previstos na Lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. 2019. 70f. Trabalho Conclusão de Curso da Universidade Federal de Santa Catarina de bacharel em Direito. Florianópolis. 2019.

DANTAS, Liliane Barbosa Ribeiro. Prisão preventiva nos crimes cometidos com violência contra a mulher. 2013. Monografia para conclusão de curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Brasília. 2013.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

FANFA, Valquíria Souza. A Lei Maria da Penha e sua efetividade. 2017. 55f. Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Santa Cruz do Sul. 2017.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. Novo Hamburgo: Feevale, 2009.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luis Flávio. Revista Jurídica, n. 189, Porto Alegre: Síntese, jul. 1994

GOMES, Olívia Maria Cardoso. Violência Doméstica e Migrações. Estudo comparado das legislações portuguesa, brasileira e espanhola sobre violência doméstica em comunidades de imigrantes. Curitiba: Juruá, 2012.

IMP. Instituto Maria da Penha. Violência doméstica. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html> Acesso em ago. 2022.

- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: vol. único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: Volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- MACEDO, Elyandra Leal. Lei Maria da Penha: uma visão regional. JusNavegangi. Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/86223/lei-maria-da-penha> Acesso em: jun. 2022.
- MIRABETE. Julio Fahhrini. Código de Processo Penal Interpretado. 6 ed. São Paulo: Atlas. 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- OLIVEIRA, Beatriz Costa. Femicídio e (in)eficácia das medidas protetivas da lei Maria da Penha. 2019. Monografia de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Anápolis. 2019.
- OLIVEIRA, Maria Marly de. Como fazer pesquisa qualitativa. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.
- PIOVESAN Flávia; PIMENTEL Silvia. Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela. Carta Maior. Disponível em: <http://cartamaior.com.br/?/Opiniao/Lei-Maria-da-Penha-inconstitucional-nao-e-a-lei-mas-a-ausencia-dela/21984>. Acesso em jun. 2022.
- REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/509/visao-geral-do-projeto-de-codigo-civil>. Acesso em: jun. 2022.
- SANTA CATARINA. Secretaria de Segurança Pública. Femicídio: número de mulheres mortas é o menor em cinco anos. 2019. Disponível em: <http://www.ssp.sc.gov.br/index.php/component/content/article/87-noticias/356-femicidio-numero-de-mulheres-mortas-e-o-menor-em-cinco-anos>. Acesso em: jun. 2022.
- SANTOS, Cecília MacDowell. Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. Oficina do Centro de Estudos Sociais, Coimbra, n. 301, março de 2008.
- SANTOS, Marcos Pereira dos. A prisão preventiva e a sua efetividade no processo penal. 2020. 50f. Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Anápolis. 2020.
- SILVA, Géssica Batista da; PONTES NETO, Antônio Barroso. A análise da prisão preventiva na lei Maria da Penha e suas alterações na legislação. Disponível em: https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/TCC-GESSICA-_IM.pdf Acesso em jun. 2022.
- TELES, Maria Amélia Almeida; MELO, Mônica. O que é violência contra a mulher. São Paulo: Brasiliense, 2017. (Primeiros Passos).
- TJSE. Tribunal de Justiça do Sergipe - Coordenadoria da Mulher. Violência contra a a mulher. Disponível em: www.tjse.jus.br/portaldamulher/definicao-de-violencia-contra-a-mulher Acesso em ago. 2022.

11 MULHERES NO CÂRCERE

Andessa Paula de Andrade
Lays Garcia da Silva

RESUMO: A finalidade deste trabalho é apresentar parte de uma realidade que afetam cruelmente os direitos fundamentais da classe carcerária, especialmente, o universo carcerário feminino. Sabemos que um dos objetivos da pena privativa de liberdade é punir o condenado por sua conduta delitiva, e conseqüentemente, ressocializar. Os métodos utilizados durante todo o processo de elaboração deste trabalho e o modo pelo qual foi feito o levantamento bibliográfico a partir do objeto de estudo através de artigos, acervos digitais e livros. Além de estudos de documentos e legislações específicas ao tema pesquisado. Está dividido didaticamente em dois capítulos. Inicialmente, cabe dizer como é o sistema carcerário brasileiro e a sua evolução histórica, o perfil dos encarcerados e o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário. Posteriormente, tratará da questão das mulheres encarceradas, bem como quem são essas mulheres (raça, classe social e crimes que eles praticam), a insuficiência do cárcere para o recebimento destas condenadas, e pôr fim a maternidade no cárcere.

PALAVRAS-CHAVE: mulheres. Encarceramento feminino. Maternidade carcerária. Pobreza carcerária. Sistema carcerário.

ABSTRACT OU RESUMEN: The purpose of this work is to present part of a reality that cruelly affect the fundamental rights of the prison class, especially the female prison universe. We know that one of the purposes of the custodial sentence is to punish the convict for his criminal conduct, and consequently, to resocialize. The methods used throughout the elaboration process of this work and the way in which the bibliographic survey was made from the object of study through articles, digital collections and books. In addition to studies of documents and legislation specific to the researched topic. It is didactically divided into two chapters. Initially, it is worth saying how is the Brazilian prison system and its historical evolution, the profile of the incarcerated and the Unconstitutional State of Things of the Prison System. Subsequently, it will address the issue of incarcerated women, as well as who these women are (race, social class and crimes they practice), the insufficiency of the prison to receive these convicts, and to put an end to maternity in prison.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: women. Female incarceration. Prison maternity. Prison poverty. Prison system.

INTRODUÇÃO:

O artigo apresenta uma análise do encarceramento feminino, para analisar sua situação atual, utilizando artigos, acervos digitais, livros e dados acerca da temática. O principal objetivo deste trabalho de conclusão de curso é, demonstrar as obscuridades dos problemas e das dificuldades que as mulheres que cumprem penas restritivas de liberdade enfrentam nesse contexto. Desse modo foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, a partir do qual procura-se verificar os direitos das detentas estão sendo cumpridos adequadamente. A escolha do tema se justifica pelo aumento do encarceramento feminino, as penitenciárias necessitam de um olhar mais adequado visando a subjetividade feminina, e levando em conta a identificação com gênero mulher relativo ao tema. A fim de que os objetivos fossem alcançados, esta pesquisa foi organizada em seções e subseções interligadas, começando por uma breve apresentação do contexto histórico da criação das primeiras casas de detenção feminina, “Presídio de Mulheres” que eram assistidas pelas freiras da igreja católica, pois na aquela época não haviam agentes capacitadas para trabalharem com aquelas mulheres infratoras.

Posteriormente traçando o perfil destas presas onde ser “pobre e preta nas cadeia já é cultural” trazendo em evidencia o quadro sócio econômico e racial destas mulheres, onde fica nítida a dívida da sociedade com essas

parcela de mulheres que sofrem o peso da pobreza, com numerosas quantidades de filhos, grau de escolaridade baixo, e com empregos de baixa qualidade social e gemente de modo informal, Foi detectado o uso, abuso e dependência de drogas e álcool. Alguns dos fatores que cooperam, os crimes mais cometidos pelas mulheres também tem uma grande ligação social. E por fim a grande relevância em comum nos problemas familiares, como abusos e maus-tratos.

Demonstrando parte do panorama geral das mulheres que se encontram no cárcere referentes aos seus direitos, saúde, trabalhos e arquitetura das cadeias femininas visando a dignidade da mulher introduzida no ambiente que foi feita por homens e para homens, onde evidentemente expõe que o cárcere não está preparado para receber essas mulheres que precisam cumprir as suas penas

E pôr fim expor as condições da maternidade no cárcere, no seu âmbito físico e psíquico, onde mulheres muitas das vezes já entram grávidas para dentro das penitenciárias que não tem estrutura para receber essa gestantes e nem esses bebês que ao de vir, ressaltando os direitos das detentas gestantes e de seus nascituros, com saúde alimentação e ambiente adequado para anteparto e pós-parto, com estrutura para aleitamento e berçários.

O problema não é por si só criminal, mas sim de responsabilidade socioeconômicas do Estado. Para diminuir a criminalidade, é necessário a aplicação de políticas públicas específicas ao seu gênero, mas antes é essencial a compreensão de sua história, perspectiva e realidade.

1.SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO BRASILEIRO EM SUA REVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para chegar até o atual cenário do sistema carcerário feminino no Brasil, a pena privativa de liberdade passou por uma evolução histórica que mostra o que era a sociedade e como se dava a pena de prisão. Embora, o encarceramento de mulheres em locais separados dos homens é uma prática habitual nos dias de hoje, até então não havia nem uma instituição adequada para mulheres cumprirem suas penas. Em 1930 o governo então instituiu, Regimento das Correções com o intuito de propor vasta reformas a favor da regulamentação geral das prisões brasileiras. 1935, foi estabelecido o Código Penitenciário da República, que passou a legislar sobre o ordenamento de todas as circunstâncias que envolviam a vida do indivíduo condenado pela Justiça. Entre tanto somente a pós o ano de 1940, foram criadas diretriz legal que exigisse ou regulamentasse prática de separação dos sexos. Sendo Assim, as presas somente eram separadas dos homens de acordo com os desejos das autoridades responsáveis no ato da prisão e conforme as circunstâncias físicas. (CUNHA, 1986)

“Durante todo o período que antecede a criação da Penitenciária de Mulheres do Distrito Federal, em 1942, e a de São Paulo em 1941, as mulheres sempre foram recolhidas conjuntamente com os homens, nas delegacias de polícia ou prisões, ficando, conforme as possibilidades destes estabelecimentos, em ‘alas’, ‘compartimentos’ ou ‘pavilhões’, ou em celas separadas, ou mesmo nas mesmas celas dos homens. Para todo esse período nunca foi-lhes ministrado nenhum ‘tratamento’ penitenciário especial.” (LIMA, 1983. p.48)

O Código Penal e o Código de Processo Penal, ambos de 1940, e pela Lei das Contravenções Penais, de 1941. Foram as primeiras Leis que visavam tutelar os poucos direitos das mulheres que estavam em estado de pena privativa de liberdade naquela época. Cumprindo esta lei, duas prisões para mulheres foram criadas. Uma em São Paulo, em 11 de agosto de 1941, regularizada pelo Decreto-Lei n.º 12.116 que dispõe sobre a criação do “Presídio de Mulheres”. Inaugurado em 21 de abril de 1942, permaneceu até 1973 sob a administração das freiras da Congregação do Bom Pastor D’Angers. E outra no Rio de Janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 3.971 de 24 de dezembro de 1941, onde foi criada a Penitenciária Feminina da Capital Federal, também administrada por freiras da mesma congregação até o ano de 1955.

A desordem, faziam parte das discussões referentes a demanda de se criar estabelecimentos especiais que alojassem as mulheres infratoras. O estabelecimento a ser criado, além de separação de gênero, deveria separar as presas por tipo de crime, condição legal e por idade.

No Parágrafo único do Artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 12.116 que dispõe sobre a criação do “Presídio de Mulheres”, define-se que: “somente serão recolhidas mulheres definitivamente condenadas.” (SAP PAULO, 1941) Posto isso, é importante destacar a diferença entre as mulheres detidas para mera averiguação, ou que passavam pouco tempo detidas em delegacias e as que passavam por processo, eram julgadas, condenadas as penas de privação de liberdade. (CANCELLI, 2005)

As mulheres que respondiam a processo e eram realmente condenadas eram muito poucas. Lemos Brito, ressaltava o reduzido número das presas naquela época.

“Na organização de nossos estabelecimentos penitenciários de mulheres, todavia, não se pode lançar uma larga visada no que entenda com o trabalho, dado o diminuto número delas. Na última visita feita a seu presídio na Capital Federal havia trinta e cinco mulheres, mas entre estas diversas processadas”. (BRITO, 1943. p.20)

O “Presídio de Mulheres” foi projetada pelo engenheiro Ramos de Azevedo, no ano de 1920. Construída nos jardins da Penitenciária do Estado com o intuito de servir como residência para o primeiro diretor da Penitenciária Estadual, transformando-se mais tarde no “Presídio de Mulheres”

As freiras da Congregação do Bom Pastor d’Angers eram responsáveis pelos cuidados das mulheres condenadas. A administração legal continuava de responsabilidade das Penitenciária do Estado, não de agentes penitenciários nem de agentes policiais que tratassem com as presas. Pois no início em que foi criada o “Presídio de Mulheres” não aviam pessoas capacitadas para tal cuidados, sendo então, criando mecanismos de controle, repressão e punição para a aplicação de um determinado projeto político ele delegou poderes a uma instituição religiosa. No caso, uma instituição católica, a Congregação do Bom Pastor d’Angers.

Tal estrutura tem relevância na possibilidade de nos munir de informações certas a respeito da natureza e das funções dessa instituição, ajudando-nos a compreender como se deu a iniciação da instituição penal para mulheres.

2. MULHERES E O CÁRCERE

Os problemas das penitenciárias femininas brasileiras e a intervenção que o Estado propõe a essas infratoras é um assunto inevitável e gradativo que vem se arrastando muito tempo. Estudiosos apresentam críticas, denúncias e exequíveis saídas as diversidades encaradas nesse âmbito. O Estado, no que lhe diz respeito, aparenta considerar esses assuntos imperceptíveis. Os obstáculos que lhe são circunscrito ao assunto são incontáveis. Nenhum deles se faz valer de mais ou menos cuidado. São de integral natureza improrrogável e que influenciam de modo direto na existência das mulheres, logo a pós a passagem pelo cárcere, em tempo algum terão suas vidas de volta. O cárcere mata, abala, machuca e tortura. Não unicamente no angulo físico, mas, sobretudo no aspecto vital. Nesta ocasião, investigar os prismas subjetivos da mulher encarcerada se faz indispensável para abranger os anseios e aflições dessas mulheres, e não abdicar em motivo algum, de enxerga-las como seres humanos que são, compostas de sentimentos e emoções. O intangível aqui, está de modo relacionado aos sentimentos intrínsecos ao ser-mulher. Entender que, os sentimentos tornam-se mais acentuados na perspectiva da prisão é imprescindível.

No histórico de vida da maior parte das mulheres encarceradas no Brasil, tendo a violência como distintivo em grande parcela das presas, o encarceramento é entendido como uma forma de resguardo e como uma maneira de interrupção temporária de situações de abuso, sendo que diversas mulheres viviam em circunstâncias de vastas carências econômicas ressaltando a grade pobreza econômicas e sociais no momento que antecede à prisão, contudo, na prisão, pode ser vivenciada como um recinto seguro contraposto ao âmbito dubio em que algumas mulheres viviam (BARCINSKI, 2014). Essa tal violência mostra-se como causa da exclusão social a que sempre estiveram compelidas, uma vez que a grande parcela da população feminina presa no país não encontrasse enquadrada no mercado de trabalho as mulheres que são consideradas “criminosas”, em grande parte pertencem a parcelas financeiramente inferiores da população, não tem escolaridade maior que o ensino fundamental como

foi demonstrado no índice do gráfico quatro (4), possui muitos filhos e assume a chefia da família de maneira solo, não são atingidas por políticas públicas específicas destinadas a este segmento dentre outros atributos, que propriamente estão relacionadas à prática de crimes por parte delas. Atualmente, a mulher já se encontra em situação de vulnerabilidade pelo fato de ser-mulher, além do que ela se encontra enquadrada em um sistema marginalizado, sistema esse que pretende excluir uma parcela destas mulheres da sociedade, sem sequer analisar e dar enfoque às suas necessidades especiais.

Diversas mulheres que se encontram no meio do âmbito prisional brasileiro tiveram uma causa inerente para dar entrada no sistema penitenciário, desse modo, cometendo algum tipo de crime, relacionados à necessidades de obtenção de renda, não possuindo de condições suficientes para munir seu próprio sustento e de sua família, tornando-as excluídas da conjunturas sociais. O processo de exclusão social a que estão impostas a estas mulheres, não são pelas grades da prisão e sim resultante de uma série de denegações que as perseguem por toda história de vida.

“A prisão é o lugar da exclusão, mas, quando em liberdade, esses indivíduos já estavam excluídos. Eram, também, estimulados pela sociedade de consumo a ir à busca dos objetos e bens desejáveis. A sociedade do instantâneo, que despreza e descarta os valores e limites, seduz um grupo que deseja desesperadamente fazer parte dos indivíduos “globais”, aqueles que têm autonomia” (GAUER 2012, p. 138)

Na grande maioria das vezes as presas em comum, ingressaram na vida do crime por amor ou constrangimento de seu quadro social de extrema pobreza como já foi dito. Tendo diversas mulheres que foram arrastadas a cometerem crimes por influência de seus companheiros ou familiares. Congruentemente, há mulheres que cometem crimes por vontade própria, que também roubam, matam, agridem, traficam e /ou golpeiam sem alguma necessidade ou explicação.

O abandono social é uma das grandes cicatrizes da mulher que encontrasse no sistema prisional. Os tabus, preconceitos e moralismos da sociedade estavam fortemente cravados, de forma que o dever feminino foi programado ao redor da moral e dos bons costumes. Por consequência, a mulher que, porventura, incorresse algum tipo de crime estaria exposta a própria sorte. A ensejo atual não se mostra distinto, muitas das presas não recebem visitas de seus familiares, concluem suas penas esquecidas por sua família, cônjuges, amigos, e até pelos filhos e vivem afogadas no seu próprio mar de solidão. A falta de recursos financeiro dos familiares interferem no afastamento. O número de penitenciárias que recebem mulheres é sucinto comparadas ao masculinos e na grande parte das vezes, as penitenciárias ficam distantes das cidades, tornando quase inviável as visitas. Há ainda que destacar um fato lamentável onde, a maioria das mulheres presas era a provedora do sustento da família e sem essa providência a família fica à mercê da miséria. Entretanto, o problema no desprezo familiar não atinge os homens de maneira tão acentuada e cruel, eis aqui mais uma conduta machista da sociedade.

Dráuzio Varella indica que, enquanto estiver preso, o homem contará com a visita de uma mulher, seja mãe, esposa, namorada, prima ou a vizinha, esteja ele num presídio próximo a sua moradia ou a centenas de quilômetro. Nessa perspectiva, a mulher é, novamente, esquecida. (VARELLA,2017). As poucas mulheres que tem o privilégio de receber visitas, e quando isso acontece são recepcionadas, na maioria das vezes, pelas mães, irmãs ou avós, ou seja, os visitantes são em sua maioria do sexo feminino. Deste modo, fica comprovado o número irrelevante de visitas íntimas, atestando inclusive a falta de vínculo com o companheiro.

Nesse período onde se encontram apenas, é imperioso destacar que, o ambiente ao qual estão inseridas essas mulheres reflete nas influências negativas ou positivas relacionadas ao desenvolvimento humano, para tanto se o objetivo é a ressocialização através da pena de privação da liberdade é necessário a observância de condições mínimas essenciais à dignidade da pessoa humana.

2.1 MATERNIDADE NO CÁRCERE



Figura 1 - foto da maternidade no cárcere
 Fonte: imagem tirada do livro *Mães do Cárcere* (MARTINO; DRUMOND, 2017)

É explícito que as prisões não possuem estrutura nem uma para receber uma mulher em estado gestacional, tão pouco um recém-nascido. Tendo o ato da maternidade prejudicado, ampliando ainda mais a vulnerabilidade física e mental da mãe e da criança.

O sistema de justiça criminal deve examinar a vulnerabilidade das mulheres introduzidas no sistema penitenciário brasileiro, onde são inúmeras as singularidades femininas, tendo em vista a adversidade que se refere as estruturas comuns do próprio sistema carcerário e os desrespeitos contra os direitos das mulheres encarceradas, a detenção feminina carrega uma individualidade de extrema importância, a maternidade. Traçar o perfil da população carcerária feminina, sobretudo ao refletir a realidade que grande parte situa-se em faixa etária favorável a reprodução gestacional, auxilia a compreensão da justificativa pela qual a ocorrência da maternidade aparece regularmente introduzida nas cadeias femininas, aproximadamente de 70% a 80% das presas são mães, apesar de grande parcela destas detentas já fossem mães precedentemente de serem presas, muitas dessas mulheres já adentram ao sistema gestantes, e outras, engravidam no decorrer do cumprimento da pena na conjuntura das visitas íntimas, tendo que a maior parte desse universo prisional, são representadas por mulheres que foram desamparadas ou abandonadas por seus cônjuges, e se encontra em situação de vulnerabilidade familiar

O sistema de justiça criminal brasileiro devem examinar as inúmeras singularidades femininas ao longo do julgamento e execução da pena destas detentas gestantes, com o objetivo de tutelar a dignidade e proteger todos os direitos tanto da mãe como e os novos direitos que surgem com a vida que estas carregam em seu ventre. Habitualmente, essas mulheres têm o direito a todo o amparo do pré-natal, parto e pós-parto, conseguindo perdurar com o seu filho pelo período de aleitamento.

A gravidez dentro de uma unidade prisional constantemente será de risco, considerando que a cadeia é um ambiente inoportuno, sem estruturas alguma para manter-se dê de o período de gestação até a amamentação.

Diante diversas instalações penitenciárias, são insólito os que possui de amparo para as grávidas e que obtém uma sustentação física disponível para o pós-parto.

“O exercício da maternidade que ultrapassa pelo cuidar ou educar para estas mulheres. Estar inserida em um ambiente que para elas é sinônimo de insegurança, torna a concepção de maternidade como algo que não se refere a família, mas algo desconstruído e impróprio, quando este momento deveria ser repleto de afeto e proteção familiar.” (LOPES, 2012. p. 403).

É assegurada pela Lei de Execução Penal-LEP e pelo Estatuto da Criança e Adolescente-ECA à assistência médica a gestante e ao nascituro, o Plano de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) antevê entre os procedimentos exclusivos a saúde da mulher a realização do pré-natal, proteção do acesso das gestantes ao atendimento de intercorrências, partos e assistência ao puerpério, entre tanto o que se nota é a falta do acompanhamento suficiente, muitas presas não recebem acompanhamento referente ao pré-natal e terminam descobrindo serem portadoras de HIV e portadoras de outras doenças transmissíveis apenas na hora que estão dando a luz. A estrutura precária, a ausência de profissionais qualificados e a falta de equipamento médico são as essenciais causas para o descaso vivido pela maior parte das mulheres. Na maioria dos presídios não possuem locais apropriados destinados aos cuidados relativos à saúde e as enfermarias se concentram em celas improvisadas onde não são levadas em consideração as condições sanitárias apropriadas.

As atenções biológicas são essenciais para uma gestação saudável, contudo, as questões psicológicas não podem ter um olhar ameno. Sem a apropriada estruturação para atender suas demandas como mulher e mãe, o espaço prisional pode se tornar um perigo constante à saúde psíquica das detentas, transbordando uma total fragilização emocional. A assistência psicológica também está assegurada pela LEP às presas gestantes e mães, no período pré e pós-natal. Por outro lado, a falta de médicos especializados e a mingua de medicamentos novamente assombra a saúde das mães no sistema carcerário

A precária estrutura prisional, a exposição a doenças, o abandono familiar e a tensão resultante da expectativa da partida da criança, que brevemente após o período de amamentação serão entregues aos familiares ou a abrigos destinados pelo judiciário a recepcionar essas crianças, são alguns dos fatores que, constantemente, resultam em quadros de adoecimento mental.

Dentre os direitos humanos assegurados expressamente pela Constituição Federal, estão o direito das mulheres encarceradas de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação e o direito social à proteção da maternidade e da infância. É o que dispõem os artigos 5º, inciso L, e o caput do artigo 6º, ambos da Carta Magna:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988)

Às mulheres que se encontram no sistema carcerário tem o direito de permanecer com o seu bebe e amamenta-lo por, no mínimo, seis meses após seu nascimento, ressaltando a obrigatoriedade das penitenciárias em disponibilizar berçários onde as condenadas possam cuidar de seus filhos e espaços próprios e adequados ao recebimento de gestantes e parturientes disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo assim, a legislação vigente garante a permanência dessas crianças no cárcere, para que desfrutem da companhia de suas mães, durante, pelo menos, os primeiros meses de vida.

“Art. 83. §2º. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”. (BRASIL, 2009)

A deficiência da atenção à saúde nos mais diversos aspectos – físico, mental e social representa uma das principais violações às quais as mulheres estão submetidas, principalmente as que vivenciam a maternidade. Existem falhas de toda ordem, mas que convergem em um mesmo sentido: o descaso total às presidiárias e crianças por parte das autoridades. O que reforça a necessidade de uma mudança das políticas dos presídios, de forma a facilitar a convivência intramuros com seus filhos

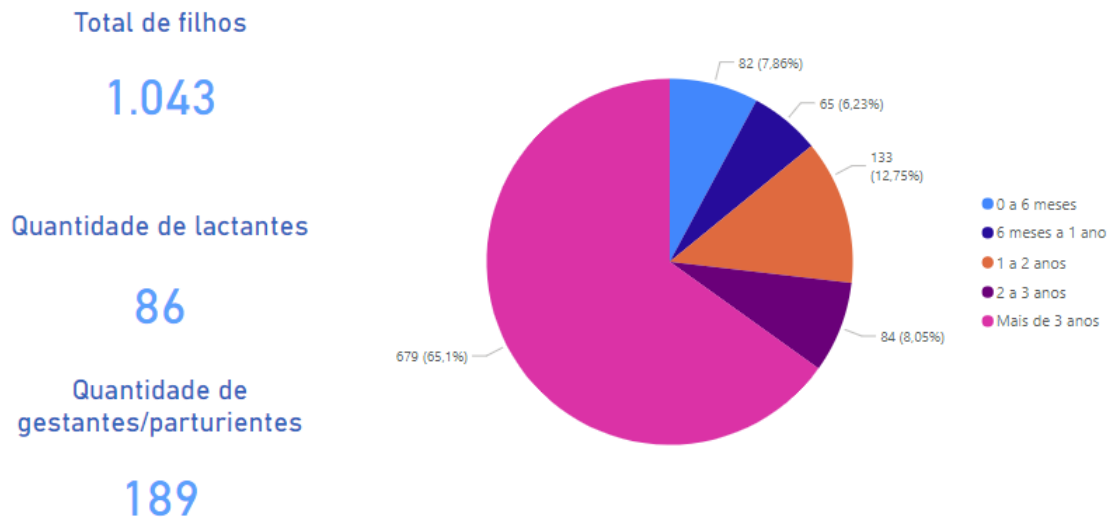


Figura 2- número de crianças, lactantes e gestantes nas penitenciárias
Fonte: Departamento Penitenciário Nacional – (SISDEPEN, 2022).

3.PERFIL DAS MULHERES ENCARCERADAS

Atualmente, não se fala em distinção entre os sexos daqueles que cometem crimes. Não existem características inerentes ao gênero que levam o indivíduo a delinquir. A perspectiva tornou-se outra visão deixou de ser direcionada ao gênero do indivíduo e passou para o ser humano, individual, e inserido dentro de um meio social. Doravante, os olhares se concentram na construção e divisão da sociedade, e onde o sujeito está inserido. A influência de fatores culturais também é gritante e são decisivos para a estruturação de comportamentos sociais.

A população carcerária brasileira vem crescendo a cada ano, pois segundo o documento Dados Consolidados, apresentado pelo DEPEN em 2021, mostra que a população carcerária teve um incremento na evolução de 8,15% de 2020 para 2021. Em dezembro de 2021, o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen disponibilizou o Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos por todas as Unidades Federativas. Nele, podemos constatar que existem 670.714 presos no Brasil, sendo que 30.625 presas aproximadamente (6,4%) são mulheres e 640.089 (93,6%) são homens. O Brasil garante um terceiro lugar no ranking internacional, perdendo apenas para China e Estados Unidos. Em questão do número de mulheres que estão com alguma pena privativa de liberdade o Brasil está no ranking de quarto lugar do mundo. (INFOPEN, 2021).

“Pensava-se que somente a detenção proporcionaria transformação aos indivíduos enclausurados. A ideia era que estes refizessem suas existências dentro da prisão para depois serem levados de volta à sociedade. Entretanto, percebeu-se o fracasso desse objetivo. Os índices de criminalidade e reincidência dos crimes não diminuíram e os presos em sua maioria não se transformavam. A prisão mostrou-se em sua realidade e em seus efeitos visíveis denunciadas como “grande fracasso da justiça penal” (FOUCAULT, 1987).

O Brasil possui 1.424 unidades prisionais com capacidade total para 440,5 mil presos. Sendo feminina apenas 21 unidades

No que diz respeito as mulheres presas, poucos são os registros de dados a respeito da população carcerária feminina.

O perfil dessas mulheres que se encontram encarceradas apontam características como ser solteiros um dos indicativos que pode ser em parte explicado pela alta concentração de jovens no sistema prisional. (SISDEPEN, 2022).

A maternidade dentro das penitenciárias femininas é algo comum entre as presas, de acordo com pesquisas apontam que de 85% das mulheres encarceradas já sejam mães quando detidas. Seus filhos são distribuídos entre parentas e instituições. Só 19,5% dos pais assumem a guarda das crianças. Os avós maternos cuidam dos filhos em 39,9% dos casos, e 2,2% deles vão para orfanatos, 1,6% acabam presos e 0,9%, internos de reformatórios juvenis. (QUEIROZ, 2015). Em face do exposto, percebe-se que mais da metade das mulheres cumprindo pena privativa de liberdade no Brasil são mães.

Os pretos/pardos que por sua vez é um número muito maior do que de pessoas brancas, em geral no cárcere liderando o número de presos que se identificam com essa características mostrando um quadro ainda muito crítico referente ao racismo, onde negros ainda tem menores oportunidades que as pessoas consideradas brancas. Para um panorâmica mais adequada a figura 1 traz as etnia com o demonstrativo geral da população encarcerada, porem dados apontam que no ângulo feminino 67% das mulheres encarceradas no Brasil são negras.

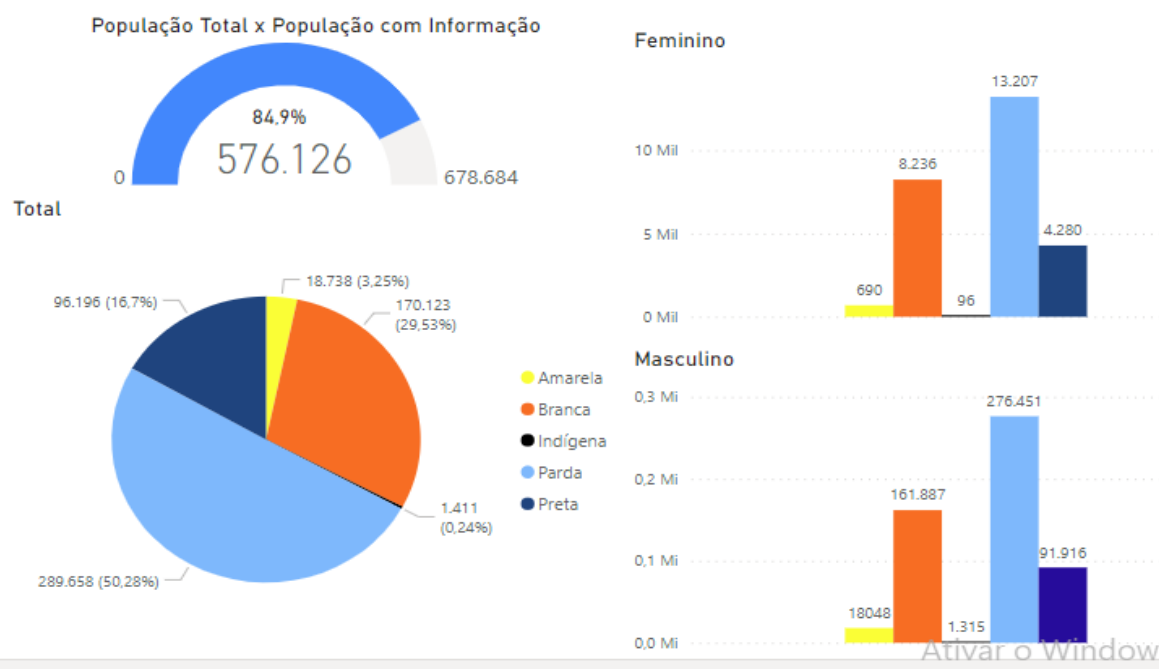


Figura 3 - Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total.
Fonte: Departamento Penitenciário Nacional - (SISDEPEN, 2022)

O perfil das mulheres encarceradas de acordo com a faixa etária, percebe-se que o perfil etário da mulher encarcerada segue o padrão nacional dos presos em geral, são jovens em quase todos os estados, com a grande maioria das mulheres privadas de liberdade abaixo dos 34 anos, em pleno período economicamente ativo da vida (SISDEPEN, 2022).

Levando em conta o quadro social das mulheres que cumprem pena privativa de liberdade tendo exercido atividades informais e de baixo status social e/ou econômico, onde a grande parte estudou até Ensino Fundamental, mostrando que a grande maioria dessas presas não tiveram a oportunidade de ter um estudo adequado para se obter um futuro mais amistoso.

Feito o levantamento dos presos em geral demonstrando que a baixa escolaridade é um fator de ambos os sexos em pena privativa de liberdade onde os dados apontam que, dentro do sistema carcerário existem 44.875 presos(a) com o ensino fundamental incompleto, 21.275 presos(a) tem o ensino médio completo e por fim apenas 1.326 presos(a) possuem ensino superior (SISDEPEN, 2022).

Um porção dessa presas tiveram algum tipo de contato com o ambiente prisional antes do encarceramento através de visitas de companheiros ou algum membro da família. Foi detectado o uso, abuso e dependência de drogas e álcool. Alguns dos fatores que cooperam, são que na vida precedente dessas mulheres apresentam histórico de violência sexuais, físicas ou psicológicas, tendo a ocorrência de fuga de casa, e familiares com problemas de uso de substâncias entorpecentes e/ou álcool.

Os Crimes mais cometidos pela grande maioria das mulheres presas foram os delitos associados ao tráfico de drogas, como no demonstrativo do gráfico 1. A possibilidade de uma mulher presa ter ido para a cadeia por crime relacionado às drogas é relativamente maior do que entre os homens encarcerados, lendo em conta os indicativos fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN, 2022).

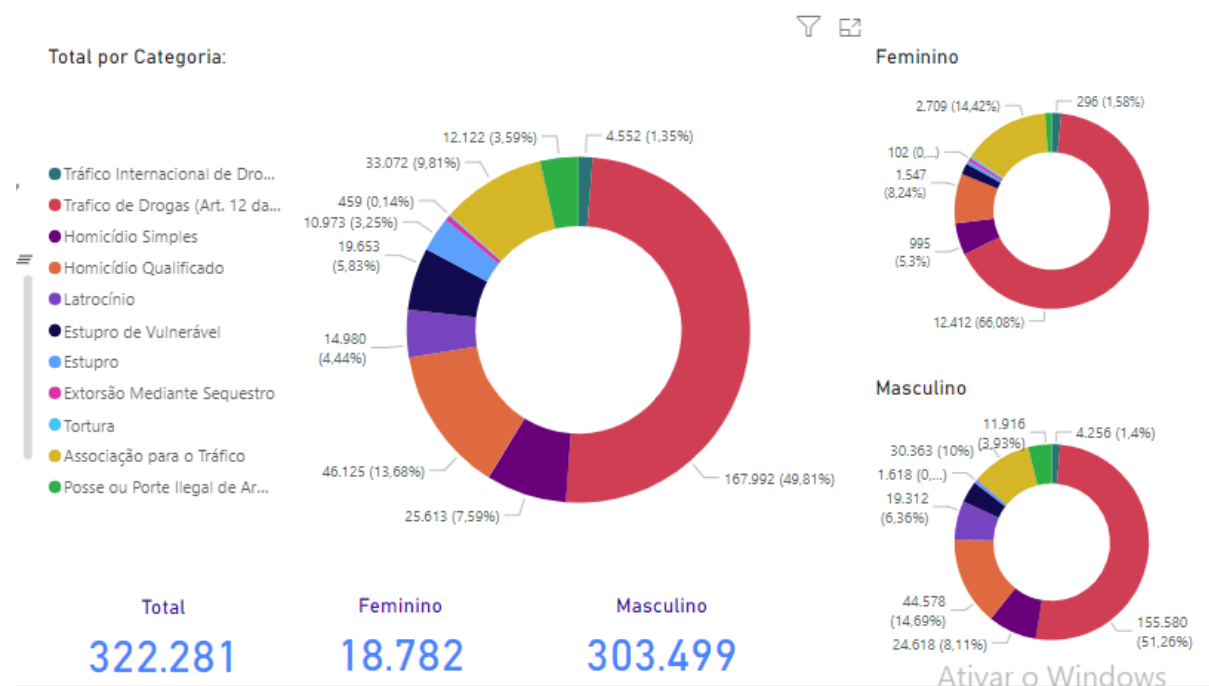


Figura 4 - Crimes cometidos por mulheres tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional – (SISDEPEN, 2022).

Sobre tudo, os dados nos mostram que o sistema penitenciário é máquina de moer jovens, pobres, e pretos.

“Em princípio, todos têm direitos iguais, mas, na realidade, certos grupos sociais não conseguem usufruir esses direitos e encontra-se excluídos do acesso aos serviços prestados aos cidadãos pelo governo” (GACITUA, 2005. p. 23).

4.DA INFRAESTRUTURA DO CARCERE

O médico Dráuzio Varella relata em sua obra *Prisioneiras*, sua vivência na Penitenciária Feminina da Capital Paulista, onde trabalhou por onze anos. No seu livro narra alguns problemas diários e faz comparações entre as necessidades femininas e masculinas

“Os problemas de saúde eram muito diferentes daqueles que eu havia enfrentado nas prisões masculinas. Em vez das feridas mal cicatrizadas, sarna, furúnculos, tuberculose, micoses e as infecções respiratórias dos homens, elas se queixavam de cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acne, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes, suspeita de gravidez.” (VARELLA, 2017, p.14)

Ocorre que, a realidade a qual essas mulheres estão submetidas conotam todo tipo de violação, desde problemas relacionados a arquitetura em casos de ambientes insalubres, falta de saúde básica apropriada sem estudo e má alimentação. Um dos fatores que proporcionam esse tratamento impiedoso está relacionado ao machismo inerente ao sistema.

Trazendo em vista a higiene feminina, onde os itens básicos para higiene pessoal fornecidos pelas instituições não suprem as necessidades das mulheres.

“[...] Em geral, cada mulher recebe por mês dois papéis higiênicos (o que pode ser suficiente para um homem, mas jamais para uma mulher, que o usa para duas necessidades distintas) e um pacote com oito absorventes. Ou seja, uma mulher com período menstrual de quatro dias tem que se virar com dois absorventes ao dia; uma mulher com um período de cinco, com menos que isso” (QUEIROZ, 2017. p. 182)

Em sua obra *Presos que menstruam*, a jornalista Nana Queiroz relata sobre a realidade das presas em meios os dias de menstruação que com a falta de absorventes utilizam de miolo de pão para conter o fluxo de sangue.

“Em casos extremos, quando falta absorvente durante a menstruação, detentas improvisam usando miolo de pão como absorvente interno. O miolo do pão velho é guardado para essas situações. As mulheres o amassam para que fique no formato de um O.B. e colocam-no dentro da vagina para absorver o fluxo menstrual” (QUEIROZ, 2017. p.202).

4.1 O CÁRCERE ESTÁ PREPARADO PARA RECEPCIONAR AS MULHERES?

Ao tratar da prisão feminina, a Lei de Execução Penal estabelece que o cumprimento da pena deva ocorrer em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal, o qual deverá conter exclusivamente agentes do mesmo sexo na segurança de suas dependências internas. A destinação dos estabelecimentos segundo o gênero, desse modo, é um dever estatal, e caracteriza postura necessária para que seja estabelecida políticas públicas intrínsecas, direcionadas a essa população.

O Brasil é um país desigual, as condições precárias das penitenciárias brasileiras, tanto referente ao sexo feminino onde cárcere contém populações menores que as capacidades engenheiras, quanto ao masculino que a superlotação está em evidencia, em que, prende-se mais indivíduos que o dobro da capacidade, são questões diariamente questionadas. Não é segredo que o sistema carcerário brasileiro está longe de alcançar as descrições da lei, a realidade é incompatível com o direito posto e as regras básicas de respeito à dignidade da pessoa humana não são aplicadas.

Vale ressaltar, que as maiores partes das poucas penitenciárias femininas existentes estão localizada em prédios “reformados”. Melhor dizendo, eram penitenciárias masculinas, cadeias públicas, ou, ainda, prédios públicos em condições de desativação. Verifica-se, então A estrutura da penitenciária para mulheres presas não comporta necessidades femininas, A universalização desse sistema criado por homens e arquitetada para homens, prejudica as minorias, em destaque o grupo feminino logo, tendo em vista o fator do direito ter se fundado nas

concepções de gênero masculino e isso reflete na justiça criminal, conseqüentemente, reflete também na estrutura da prisão, mais ainda, que a maioria da população presa comporta o gênero masculino.



Figura 5 - a realidade das prisões femininas
 Foto: Luiz Silveira/Agência (CNIJ)

Ao analisar a situação da mulher frente ao cárcere, é essencial levar em consideração a sua hipervulnerabilidade. Portanto, as mulheres encarceradas requerem necessidades diferenciadas daquelas manifestadas pelo gênero masculino. Inúmeras são as críticas no que tange ao tratamento dentro do sistema carcerário. Ao considerar a mulher presa como vulnerável, destaco que essa vulnerabilidade está diretamente ligada às condições e exigências específicas concernentes à mulher.

CONCLUSÃO:

Percebe-se, então, que o fenômeno do encarceramento feminino está crescente no Brasil, e os cárceres não se encontram preparados para esta situação, pois submetem as mulheres em locais com péssimas infraestruturas e em condições indignas de viverem. Inicialmente questiona-se se o nosso sistema prisional não se encontra falido pela forma em que aprisiona e violenta os presos contribuindo pela prática da violação dos direitos humanos e não cumprindo suas objetivos e propósito: redução da criminalidade e violência na sociedade. Porém, quando analisamos com maior atenção a realidade, verifica-se que o sistema prisional não está falido, mas sim cumpre os seus reais objetivos institucionais, como a confinamento e compostura dos sujeitos.

Quando referimos à mulher encarcerada, o sistema penal e prisional, totalmente fundado em bases patriarcais e para o público masculino, atua de forma violenta, covarde e seletiva. O Estado opera como agente criminoso e criminalizador, pois ao estruturarem prisões inadequadas para abrigar a população feminina, não pensando em suas particularidades e as submetendo a tratamentos que não consideram suas necessidades, promove sua invisibilidade e acentua a desigualdade de gênero Além disso, a mulher ao ser encarcerada sofre uma sobrecarga de punição, além das sanções acima elencadas, sendo duplamente estigmatizadas pelo fato de se tornarem criminosas e por ter ferido a ordem moral vigente sobre o seu papel na sociedade. Sendo assim, uma das formas de amenizar as atrocidades vivenciadas diariamente pelas internas do sistema prisional seria o Estado,

fomentador de políticas públicas, criar tais prerrogativas voltadas para o universo feminino para que assim, algumas de suas especificidades sejam respeitadas. Deve-se pensar em políticas públicas voltadas para a realidade prisional das mulheres.

Por fim, faz-se necessário pensar em novos caminhos contrários ao aprisionamento, baseados em um suporte social, como uma forma de frear o aumento do encarceramento sofrido no Brasil e as várias formas de violências sofridas pelos presos, pois, conforme visto, o cárcere não atua para a diminuição da delinquência e violência, mas sim como propagador de violações de direitos.

REFERÊNCIAS:

ALEXANDER, Michelle. A nova segregação: racismo e encarceramento em massa. Tradução de Pedro Davoglio; revisão técnica e notas de Silvio Luiz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

ANGOTTI, Bruna. Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. Os efeitos inviabilizadores do cárcere: as contradições do sistema prisional. Dezembro de 2014. Disponível em: https://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-20492014000200006 Acesso em: 24 de agosto de 2022

BORGES, Juliana. Encarceramento em massa. São Paulo: Pólen, (Coleção Feminismos Plurais), 2019.

BRASIL. Lei 13.257, Estatuto da Primeira Infância. Brasília, Planalto, 2016 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm Acesso em: 28 de agosto de 2022

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Atualização: jun. 2017. MOURA, Marcos Vinícius (Org.). Brasília (DF): Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b.

BRASIL. Relatório Consolidado Nacional/2019. Sistema Brasília (DF): Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), 2019^a

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

Acesso em: 28 de agosto de 2022

BRASIL. Lei 7.210, LEP- Lei de Execução Penal. Brasília, Planalto, 1984

BRASIL. LEI Nº 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, Planalto, 1990

BRAGA, Ana Gabriela. Dar à luz na sombra, Brasília, 2019

CANCELLI, Elizabeth. O mundo da violência. A polícia da Era Vargas. 2. ed. Brasília, Unb, 1992. _____ . "Repressão e controle prisional no Brasil: Prisões Comparadas." História: Questões e Debates. Curitiba, Editora UFPR, n. 42, p. 141-156, 2005. _____ . Cultura do crime e da lei. 1889-1930. Brasília, Humanidades, 2001.

CUNHA, Maria Clementina Pereira. O espelho do mundo: Juquery, a história de um asilo. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986

ESPINOZA, Olga - A mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo: Ibccrim, 2004.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Nascimento da prisão. 3^a ed. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, vozes, 1984.

GACITUA, Estanislao Marió. Exclusão social e mobilidade no Brasil. IPEA: Banco Mundial, Brasília, 2005.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Criminologia e Sistemas Penais Contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p.

LEMGRUBER, Julita. Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, G. M. B. Mulheres presidiárias: Sobreviventes de um mundo de sofrimento, desassistência e privações. Dissertação (Mestrado de Enfermagem em Saúde Pública) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, 2005.

- LOPES, A. O. S; OLIVEIRA C. C. S. de. Saúde da mulher em situação de prisão: direitos sexuais e reprodutivos. Revista Saúde.com, v. 10, 2014.
- MARTINO; DRUMOND, Mães do Cárcere. Editora: Nitro, 2017
- QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam. 7ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2017
- QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Record, 2020.
- SANTOS, Marcos Davi dos et al. Formação em pré-natal, puerpério e amamentação: praticas ampliadas. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2014. (Coleção primeiríssima infância; v. 3).
- SÃO PAULO. Decreto-Lei nº 12.116, Dispõe sobre a criação do "Presídio de Mulheres", Departamento Documentação e Informação, 1941
- WACQUANT. Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

12 O ISOLAMENTO SOCIAL E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Camila Viríssimo Rodrigues da Silva Moreira
Nathália Lopes Terentim

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar as estatísticas de violência doméstica contra a mulher em face do isolamento social, bem como discorrer sobre os mecanismos jurídicos protetivos criados pelo Estado brasileiro e por outros órgãos públicos existentes em nosso país. Utilizou-se como método o estudo bibliográfico, pesquisa ex-post facto e pesquisa de campo na Comarca de Alto Paraná, Estado do Paraná por meio de abordagem qualitativa e natureza básica. Assim, buscou-se por meio deste artigo apresentar as análises e comparação de dados acerca do tema entre os anos pré e pós pandêmicos, bem como apresentar os mecanismos jurídicos protetivos criados no período aqui abordado.

PALAVRAS-CHAVE: Violência. Gênero. Pandemia.

ABSTRACT: This present work aims to analyze the statistics of domestic violence against women in face of social isolation as well as to discuss the protective legal mechanisms created by the Brazilian State and by other existing public bodies in our country. The method used was the bibliographic study, ex-post facto research and field research in the District of Alto Paraná, State of Paraná, through a qualitative approach and basic nature. Thus, this article sought to present the analysis and comparison of data on the subject between the pre- and post-pandemic years, as well as to present the protective legal mechanisms created in the period addressed here.

KEYWORDS: Violence. Genre. Pandemic.

1. INTRODUÇÃO:

A violência doméstica contra as mulheres é um problema mundial que aborda todas as classes sociais, não se restringindo a apenas um país ou continente. É sabido que desde muito cedo as mulheres são depreciadas e desacreditadas por seu gênero, sendo incentivadas e educadas a serem prestativas, “recatadas” e a cuidarem do lar e dos filhos mesmo com uma jornada intensa de trabalho fora de casa.

É importante relembrarmos que o Código Civil de 1916 (CC/1916) não concedia às mulheres os mesmos direitos e deveres que concedia aos homens, motivo pelo qual as mulheres da época não podiam agir com autonomia nem sobre seu próprio corpo. O art. 233 do CC/1916 trazia: “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.” (BRASIL, Código Civil, 1916, grifo nosso).

Nesse contexto a luta feminista se mostrou deveras importante. Em um período no qual as mulheres não tinham voz e eram consideradas relativamente incapazes segundo o Código Civil em vigência, as militantes da época trouxeram diversas conquistas, por exemplo o direito ao voto, concedido em 1932 pelo então presidente Getúlio Vargas.

Apesar das diversas mudanças ocorridas de 1916 para cá, em especial a Constituição Federal de 1988 que promoveu em seu art. 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, ainda há muito que se falar sobre a desigualdade de gênero. Isso porque, segundo o Mapa da Violência elaborado em 2015 pela Faculdade Latino-Americana de Ciência Sociais (FLACSO), o Brasil é o 5º país no mundo em que se matam mais mulheres.

Dessa feita, buscou-se por meio do presente trabalho compreender o fenômeno da violência doméstica no Brasil, sobretudo no período da pandemia de COVID-19, momento no qual imperou a quarentena e os movimentos fique em casa. Ademais, por meio de relatórios emitidos pelo Governo Federal, bem como os da Comarca de Alto Paraná, procurou-se esmiuçar as estatísticas referentes à violência doméstica nos períodos comprometidos entre pré e pós pandemia, buscando-se compreender o fenômeno e os envolvidos.

A subnotificação dos casos também é importante para a pesquisa aqui feita, já que buscou-se examinar o *modus operandi* dos agentes ativos, discorrendo sobre todas as formas de violência descritas na Lei 11.340/2006, momento no qual também poderemos interpretar as motivações das vítimas quando escolhem não noticiar o crime.

O tema abordado também objetiva pormenorizar os mecanismos jurídicos protetivos conferidos pelo Estado para as vítimas de violência doméstica, em especial no momento pandêmico, bem como outros projetos estabelecidos pelos demais órgãos existentes no Brasil.

Assim, o presente artigo científico se mostra importante na conscientização da população em geral, na medida em que analisa as estatísticas fornecidas por meio de pesquisa de campo na Comarca de Alto Paraná, bem como se utiliza de método de pesquisa bibliográfico para embasar o tema.

2. VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER E AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.340/2006

Anos de lutas trouxeram o status que as mulheres atualmente possuem. Hoje é possível dizer que as mulheres realmente são donas do próprio corpo, exercitam o poder de tomar decisões baseadas apenas em suas próprias vontades e convicções, além de possuírem a liberdade de frequentar os mesmos locais onde apenas os homens historicamente sempre tiveram o direito.

Para Moraes (2012, p. 260-261), toda essa discussão traz à tona outras questões como o estereótipo da mulher múltipla “que trabalha fora, cuida da casa, dos filhos e do marido e, ainda assim, deve encontrar tempo para cuidar de si, fazer cursos de aperfeiçoamento, manter cabelos e unhas impecáveis, praticar exercícios físicos, balancear a dieta [...]”. As prerrogativas adquiridas pelas mulheres nas últimas décadas trouxeram ainda denúncias que outrora eram veladas: a violência de gênero contra a mulher.

Historicamente sabe-se que o homem é, sem dúvida, mais forte do que a mulher. Baseado nesta particularidade pode-se destacar que a violência contra a figura feminina não é um fenômeno da atualidade, uma vez que as mulheres são vítimas deste fato desde os tempos mais remotos. Atualmente, mesmo com a criação de políticas voltadas para a igualdade de gênero, prevenção e punição do ato de violência, diariamente mulheres ainda, são vítimas de agressão, seja ela física, psíquica ou moral, e incrivelmente este número tem aumentado de forma alarmante (VIEIRA, 2021, p. 10).

Segundo Gláucia Fontes de Oliveira (2010), a violência “pode ser explicada como uma questão cultural que se situa no incentivo da sociedade para que os homens exerçam sua força de dominação e potência contra as mulheres”. O art. 1º da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW – The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) preceitua:

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

Não obstante, em meados de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher preceituou, também em seu art. 1º, a violência doméstica contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”.

Assim, é certo que o conceito de violência doméstica contra a mulher “se define como qualquer tipo de agressão física, psicológica, sexual ou simbólica contra alguém em situação de vulnerabilidade devido a sua identidade de gênero” (RAMOS, 2020).

Nesse aspecto, a Lei 11.340/2006 tem especial importância, uma vez que é um grande avanço no que diz respeito à proteção da mulher face a violência doméstica.

A fatídica noite em que a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes levou um tiro enquanto dormia, levando-a a se tornar paraplégica, rendeu ao Brasil uma condenação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A comissão responsabilizou o país “por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando várias medidas no caso específico de Maria da Penha e a revisão das políticas públicas vigentes no âmbito da violência contra a mulher” (CORTÉS et al, 2009, p. 13). Promulgada em 2006, a Lei 11.340/2006, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, trouxe algumas mudanças em relação à violência de gênero.

A Lei busca promover uma real mudança nos valores sociais, que naturalizam a violência que ocorre nas relações domésticas e familiares, em que os padrões de supremacia masculina e subordinação feminina, durante séculos, foram aceitos por toda a sociedade. Neste cenário é que a Lei apresenta, de maneira detalhada, os conceitos e as diferentes formas de violência contra a mulher, pretendendo ser um instrumento de mudança política, jurídica e cultural (CORTÉS et al, 2009, p. 20).

A Lei tipifica o crime de violência contra a mulher em razão de seu gênero, prevê quais os tipos de violência que podem ser cometidos e introduz mecanismos protetivos, como as medidas protetivas de urgência.

Além da definição da violência, a Lei Maria da Penha também definiu as atribuições da polícia e do Judiciário. Ainda que não trate explicitamente da constituição de Redes de Serviços, sua necessidade está implícita na aplicação da abordagem integral para o enfrentamento à violência, posto que nenhum serviço tenha condições de dar tal atendimento sozinho (PASINATO, 2010, p. 223-224).

Neste sentido, o art. 5º da Lei 11.340/2006 define o conceito de violência de violência doméstica contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006).

Para Pasinato (2010) a Lei Maria da Penha se divide em três eixos de atuação, sendo: medidas criminais, mecanismos protetivos da integridade física e dos direitos das mulheres e medidas de prevenção e educação. O primeiro eixo trata de punir a violência e inclui os procedimentos de retomada do inquérito policial, prisão em flagrante ou preventiva quando houver condenação criminal e veta a aplicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) quando se trata de assuntos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O segundo eixo formulado por Pasinato inclui as medidas protetivas de urgência e qualquer medida com caráter assistencial para a mulher. Por fim, no terceiro eixo estão compreendidas as estratégias para prevenir a “reprodução social da violência e da discriminação baseadas no gênero”.

A correta implementação da lei exige a formulação políticas públicas de gênero direcionadas à integração entre a polícia, o judiciário e os diferentes serviços nas áreas de segurança, saúde, assistência jurídica, médica, psicológica, entre outras, que prestam atendimento a mulheres em situação de violência (PASINATO, 2010, p. 221)

No entanto, para Meneghel et al. (2013) a Lei 11.340/2006 tem algumas limitações. Isso porque, apesar da existência da Lei, os operadores do direito como membros da cultura em que vivem, não são imunes ao machismo e sexismo (MENEHEL et al, 2013).

Significa dizer que, não obstante a vigência da Lei, o discurso dos juízes, considerados como um grupo conservador, corporativo e pouco aberto ao diálogo com a sociedade, não foram significativamente alterados.

É nesse sentido que a presente pesquisa se baseia, buscando compreender o fenômeno criminológico, esmiuçando as modalidades de violência trazidas pela Lei cada qual com sua particularidade e por fim analisar o impacto do cenário da pandemia de COVID-19 nesse contexto.

2.1. MODALIDADES DE VIOLÊNCIA: ART. 7º DA LEI 11.340/2006

As modalidades de violência doméstica estão previstas no artigo 7º da Lei 11.340/2006, sendo elas: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

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.

Segundo Cortês e Matos (2009) o artigo 7º tem caráter didático ao passo de que tira da invisibilidade as diversas formas de violência de gênero. Para Dias (2019, p. 63) as condutas do artigo 7º são descritas “de modo didático e bastante minucioso”. Assim, a Lei não deixa espaço para dúvidas, pois é bem clara ao definir os tipos enquadrados na violência de gênero.

Assim, violência física é entendida pelo contato que ofende a integridade corporal, podendo deixar ou não marcas aparentes. Segundo Dias (2019) “não somente a lesão dolosa, também a lesão culposa estabelece uma forma de violência física, visto que a legislação não faz nenhuma distinção sobre a intenção do agressor”. Para Masson (2022, p. 123) violência física é a conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher.

A palavra da vítima nesses casos dispõe de especial relevância, uma vez que o ônus probatório incumbe ao hipotético agressor, em outras palavras o acusado deverá comprovar a inexistência da agressão. O referido tema inclusive já foi objeto de discussão e possui entendimento consolidado pela jurisprudência, conforme se vê:

PENAL. LESÕES CORPORAIS E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AUTORIA. PENA-BASE. FRAÇÃO DE AUMENTO. Crimes de violação de domicílio e de lesão corporal, praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, comprovados pelo depoimento das vítimas, pelo laudo de exame de corpo de delito, por fotografia e pela confissão, ainda que parcial, do réu. Em crimes praticados no âmbito doméstico, a palavra da vítima assume especial relevância, máxime quando coerente e harmônica com os demais elementos de convicção. O Código Penal não define um critério matemático para a fixação da pena-base, prevalecendo na jurisprudência, na primeira fase da dosimetria, por estabelecer parâmetros razoáveis e proporcionais, o que aplica, para cada circunstância judicial negativa, a fração de 1/8 sobre a diferença entre as penas máxima e mínima cominadas em abstrato ao crime. Esse critério, como determina o artigo 59, inciso II, do Código Penal, fixa a quantidade da pena dentro dos limites previstos, que são as penas mínima e máxima

cominadas em abstrato, aquilatadas as oito circunstâncias judiciais. Por isso é o mais adequado. Apelo desprovido (TJDFT, grifo nosso).

Em uma análise superficial do assunto, realizada à luz das disposições constitucionais, tais entendimentos podem parecer contrários ao inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, no entanto, por se tratarem de crimes cometidos na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que a palavra da vítima dispõe de presunção de veracidade.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES CORPORAIS LEVES. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. MATERIALIDADE. FATOS EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO V. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO EG. TRIBUNAL A QUO. NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7/STJ. I - O Novo Código de Processo Civil e o Regimento Interno desta Corte (art. 932, inciso III, do CPC/2015 e arts. 34, inciso VII, e 255, § 4.º, inciso I, ambos do RISTJ) permitem ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível, prejudicado, ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, não importando essa decisão em cerceamento de defesa ou violação ao princípio da colegialidade. II - A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, quando suficientes para a solução da questão, não implica o vedado reexame do material de conhecimento. Os elementos probatórios delineados no v. acórdão increpado são suficientes à análise do pedido, exigindo, tão somente, a reavaliação da situação descrita, o que, ao contrário, admite-se na via extraordinária. Agravo regimental não provido. [...] segundo jurisprudência desta Corte, 'a palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar a condenação pelo crime de ameaça, mormente porque se trata de violência doméstica ou familiar' [...]. (AgRg no AREsp 1236017/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018).

O assunto também foi tema do Enunciado 45 do FONAVID, oportunidade em que restringiu a margem para outras interpretações pelos magistrados brasileiros.

ENUNCIADO 45: As medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 podem ser deferidas de forma autônoma, apenas com base na palavra da vítima, quando ausentes outros elementos probantes nos autos. (Aprovado no IX FONAVID – Natal (RN)).

Seguindo adiante, outra forma de violência trazida pelo artigo 7º é a violência psicológica contra a mulher, a qual segundo Masson (2022, p. 123) “é qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima[...]”. Para Dias (2019) a violência psicológica se relaciona também com as demais formas de violência doméstica.

Isso porque essa modalidade de violência geralmente não acontece de forma isolada, sendo acompanhada também de outros tipos, como a violência física, por exemplo. A violência psicológica é tida como a forma de violência mais frequente e menos denunciada e isso se explica, pois ela não deixa marcas aparentes e muitas vezes é confundida com a personalidade do agente ativo.

Geralmente, o abuso emocional acontece de forma gradual e sem que a vítima perceba. Com o passar do tempo, esses padrões abusivos aumentam, fazendo com que a vítima se torna cada vez mais dependente da relação e muitas vezes se isole de amigos e familiares (DIAS, 2019, p. 93).

O inciso III do art. 7º da Lei 11.340/2006 traz uma modalidade de violência pouco falada quando do âmbito doméstico já que historicamente o exercício da sexualidade era considerado um dos deveres do casamento. A violência sexual foi reconhecida e incluída pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica no rol dos tipos de violência doméstica.

Essa se caracteriza pelas condutas que obriguem a vítima a manter, presenciar ou participar de ato sexual não desejado, seja de forma coercitiva ou forçada. Ainda, caracteriza-se nas situações em que o agressor impede que a vítima faça uso de contraceptivos, ou, insiste em não os utilizar.

Prosseguindo a análise do art. 7º, temos outra espécie, qual seja, a violência patrimonial, prevista no inciso IV, da Lei 11.340/06. Segundo Dias (2019) “ocorre com a finalidade de causar dor ou dissabor à mulher, pouco importando o valor dos bens subtraídos”, significa dizer que, para o agressor o importante não é o valor material do bem subtraído e sim causar danos para a vítima.

Na maioria das situações, o crime de dano está associado a outras formas de violência, ameaça, ou mesmo violência psicológica, como ocorrer nas situações em que o agressor provoca a destruição de objetos de alto valor sentimental ou ainda a morte de animal de estimação, visando atingir a vítima em seu estado psíquico (DIAS, 2019, p. 100).

Para o doutrinador Cléber Masson, a violência patrimonial se configura 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 (MASSON, 2022, p. 124).

Caminhando para o desfecho da análise do art. 7º da Lei 11.340/2006, tem-se a violência moral, redigida no inciso V do referido artigo, a qual trata da inferiorização, desqualificação e ridicularização com que o agente ativo trata a vítima. A violência moral pode ser exemplificada nos casos de revenge porn, ou quando o agressor acusa a vítima de condutas que ela não praticou, coagindo-a e deixando-a desmoralizada.

3. BUSCA POR AJUDA POR PARTE DAS VÍTIMAS

Os algozes das mulheres vítimas de violência doméstica quase nunca cometem o crime com espectadores, o que gera dificuldades para terceiros realizarem a notitia criminis. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que tais crimes são cometidos na clandestinidade, isso porque na grande maioria dos casos as vítimas são de alguma maneira dependente de seus agressores, motivo pelo qual possuem fundado receio do que pode acontecer a elas e com sua família caso venham a noticiar as agressões sofridas.

Dessa forma fica claro que as estatísticas acerca da violência doméstica contra a mulher no Brasil, apesar de trazerem números altos conforme explicaremos adiante, ainda não são verdadeiras. Há muito que se conscientizar a população, desmistificando o ditado popular que diz “em briga de marido e mulher não se mete a colher”.

É por isso que deve-se reforçar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha como disparador que dispõe preliminarmente sobre a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, e que é fundamentada constitucionalmente nos termos encontrados no §8º do artigo 226 da Constituição Federal[...] (SANTOS et al, 2021, p. 1071).

A violência contra a mulher é um problema que envolve diversos fatores, a classe social, raça e questões culturais são determinantes nas estatísticas, sendo possível traçar um mapa do perfil dos envolvidos. É claro, também, que como dito acima, em não sendo todos os casos devidamente denunciados, é quase impossível dizer que a violência doméstica contra a mulher acontece apenas em determinada classe social. Na realidade, é tido como consenso que esse é um imbróglgio que afeta todas as classes sociais.

De acordo com Guimarães (apud MARQUES; ERTHAL & GIRIANELLI, 2020, p. 146) “a violência contra mulher é determinada por aspectos sociais e culturais que definem e legitimam lugares, direitos, deveres e papéis diferenciados para mulheres e homens, embasando a desigualdade” (2021).

Outrossim, no que tange à busca por apoio das autoridades, apesar de muito difundida a Lei Maria da Penha, ainda se nota que algumas mulheres tem dificuldade em realizar o pedido de ajuda. No contexto pandêmico essa situação se asseverou, conforme explica Bianchini:

A fuga da situação de violência torna-se ainda mais difícil, por conta da restrição de serviços e de movimentação na quarentena, pela possível diminuição de renda, e pela própria convivência diária e ininterrupta com o agressor (BIANQUINI, 2020).

Por conta dessa maior convivência com o agressor, muitas vítimas se utilizaram de outros canais para denunciar os abusos. Um desses casos foi a mulher que fingiu ligar para a pizzaria, mas ligou para a polícia para denunciar as agressões (LOREDO, 2021).

Segundo a reportagem de Sthefanny Loredo, a vítima já estava sofrendo agressões há alguns dias, porém no momento em que resolveu pedir ajuda estava sendo ameaçada com uma faca: “como estava na casa com o marido, a mulher, de 38 anos, ligou para o 190, mas fingiu pedir uma pizza, para que ele não percebesse” (LOREDO, 2021).

Esse caso não é isolado, assim, em junho de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Associação dos Magistrados Brasileiros lançaram o Programa Sinal Vermelho, uma campanha voltada a ajudar as mulheres vítimas de violência doméstica durante o isolamento social.

Publicada em 28 de maio de 2021, a Lei Estadual nº 20.585/2021 instituiu no Paraná o Programa de Cooperação e Código Sinal Vermelho, em 29 de julho do mesmo ano a Lei Federal 14.188/2021 estabeleceu oficialmente a Campanha Sinal Vermelho em todo território nacional.

Essas medidas são importantes pois há casos em que a vítima tem dificuldade de circular em liberdade sem a vigilância do agressor, e isso se intensificou na quarentena (TJPR, 2021).

4. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O ISOLAMENTO SOCIAL: ESTATÍSTICAS

Em dezembro de 2019 um cenário inimaginável até então começou a se formar. A pandemia decorrente do SARS-CoV-2, popularmente conhecida como novo coronavírus ou COVID-19 chegou em seu estado mais crítico em meados de 2020, antes disso, porém, o governo federal implantou o isolamento social, como medida para tentar frear o vírus.

Assim, o Governo Federal tomou algumas medidas com a decretação do estado de pandemia e da quarentena. O home office foi implantado nas jornadas de trabalho em que o modelo era possível; bares, festas e demais espaços de lazer foram suspensos provisoriamente ou funcionavam em horários específicos. Além disso, o medo do vírus e o elevado número de mortes também foi causa da maior permanência da população em suas casas. Dessa forma, inegável que a partir desse momento a convivência familiar se tornou maior.

Segundo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o número de ligações recebidas pelo 180, numeral responsável por atender denúncias de violência contra a mulher, aumentou aproximadamente 9% após o decreto da quarentena (SENADO, 2020).

Ainda em 2020, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, houve aumento de 22,2% dos casos em relação aos meses de março e abril quando comparados com os mesmos meses do ano de 2019 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

A Comarca de Alto Paraná, localizada no estado do Paraná, contabilizou 18 ações penais relativas à violência doméstica no ano de 2020, ao passo de que contabilizou 24 ações penais do mesmo tipo no ano anterior. Ainda, em se falando apenas dos requerimentos de medida protetiva de urgência, a Comarca contabilizou 61 requerimentos em 2020 e 78 em 2019 (certidão em que constam os dados anexadas ao final deste artigo).

O ano de 2021 por outro lado trouxe declinação nos números. Segundo a edição referente ao ano de 2021 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, as taxas de violência doméstica no estado de São Paulo abaixaram, o que por consequência acabou abaixando a média nacional (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 6-7).

Segundo a fonte houve um decréscimo de 2,4% nos números, contabilizando 1319 vítimas de feminicídio em 2021 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 2).

No entanto, conforme reportagem redigida por Paula Bittar para o site da Câmara dos Deputados “a quantidade de mulheres vítimas de violência [...] durante a pandemia, pode ter sido reduzida levemente em comparação com os anos de 2017 e 2019, mas o perfil da violência mudou” (BRASIL, 2021).

A Comarca de Alto Paraná, por seu turno, manteve a quantidade de ações penais totalizando 18 casos em 2021, ao passo de que os requerimentos de medidas protetivas de urgência totalizaram um número de 83 casos, um aumento significativo de 27% (certidão em que constam os dados anexadas ao final deste artigo).

Em que pese o aumento registrado na Comarca de Alto Paraná, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública constatou que, durante o ano de 2021, os números relativos à violência doméstica ficaram muito próximos das estatísticas levantadas nos anos anteriores à pandemia (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 5).

Diante de tais informações, podemos observar que o fenômeno da violência doméstica, o qual é enraizado em nossa cultura, teve pouca modificação durante o período de pandemia, no entanto as estatísticas não deixam de ser altas.

Segundo constatado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em sua edição de meados de abril de 2020, já naquela época podia-se perceber que houve relativa diminuição nas denúncias feitas por mulheres vítimas de violência doméstica “apesar da aparente redução, os números não parecem refletir a realidade, mas sim a dificuldade de realizar a denúncia durante o isolamento.” (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 3).

Para Santos, Vieira e Silva (2021, p. 8) “quando versamos sobre a realidade das vítimas, afirmando inclusive, que é importante observar quando a violência doméstica cresce no/e devido ao aumento do convívio e, conseqüentemente, das tensões em casa.”

Embora a quarentena seja a medida mais segura, necessária e eficaz para minimizar os efeitos diretos da Covid-19, o regime de isolamento tem imposto uma série de conseqüências não apenas para os sistemas de saúde, mas também para a vida de milhares de mulheres que já viviam em situação de violência doméstica. Sem lugar seguro, elas estão sendo obrigadas a permanecer mais tempo no próprio lar junto a seu agressor, muitas vezes em habitações precárias, com os filhos e vendo sua renda diminuída (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 3).

Segundo Gomes (2020, p. 8) a pandemia da COVID-19 escancarou que as políticas de combate à violência contra mulher são frágeis e não houve preparo por meio de ações do Governo Federal para o enfrentamento desse tipo de violência no Brasil, mesmo com o aumento dos casos no mundo durante o isolamento social.

5. MECANISMOS JURÍDICOS PROTETIVOS CRIADOS APÓS A DECRETAÇÃO DO ESTADO DE PANDEMIA

Com o decreto da quarentena e o medo da incerteza que a moléstia trouxe para a população, junto da privação de ficar solo e da dificuldade de andar livremente que algumas mulheres puderam experimentar nesse momento, urgiu a necessidade estatal da criação de novos mecanismos jurídicos que protegem a mulher, bem como a melhoria nos mecanismos já existentes.

Diante deste cenário, inúmeras inovações tecnológicas vêm sendo criadas no país, com o objetivo de auxiliar as mulheres vítimas de violência doméstica no Brasil. Sabe-se que apesar de toda a legislação vigente que objetivam reduzir a ocorrência de violência doméstica contra a mulher, o número de episódios ainda é bastante alarmante. Assim, diversos meios de denuncia foram aos poucos sendo adotados em nosso ordenamento jurídico pátrio (GUIMARÃES, 2021, p. 28).

Segundo Bianchini (2020) tais medidas foram feitas em alguns estados como Distrito Federal, Rio de Janeiro e São Paulo que deixaram suas delegacias abertas 24 horas, mesmo com o toque de recolher em vigência. Ainda segundo a autora, “no caso das delegacias do Rio de Janeiro e de São Paulo, denúncias de violência doméstica que não exigem colhimento de provas imediato (como exame de corpo de delito) podem ser feitas virtualmente”.

Para Alencar et al (2020) “os governos locais, da mesma forma que fizeram com as medidas sanitárias, agiram antecipadamente ao governo federal e iniciaram ações para prevenir e mitigar o aumento da violência doméstica”

O combate à violência doméstica neste cenário exige do Estado políticas públicas eficazes. No entanto, o que se observou nas pesquisas, foi a fragilidade das políticas públicas para as mulheres em âmbito regional ou nacional que dificultam o enfrentamento da violência em tempos de pandemia da Covid-19 (GOMES, 2020, p. 9).

Em 26 de março de 2020, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos enviou um ofício recomendando que fosse continuada a prestação dos serviços à mulher, bem como fossem implantados comitês de enfrentamento à violência contra as mulheres durante a pandemia de COVID-19 (ALENCAR et al, 2020).

No que se refere especificamente às ações voltadas para o enfrentamento da violência à mulher durante a pandemia da COVID-19, em 2 de abril de 2020, foi anunciado o lançamento de novos canais de atendimento para denúncias de violência doméstica e de outras violações de direitos humanos (BOFF e BARBOSA, 2021).

Para Marques et al (2020) “é preciso aproveitar as experiências já existentes e reforçar o que já vem sendo realizado por instituições governamentais e não governamentais em nosso país, adaptando estas iniciativas à situação específica que estamos vivendo[...]”.

Foi nesse sentido que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) junto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criaram o programa Sinal Vermelho.

A campanha Sinal Vermelho é um instrumento de denúncia contra a violência doméstica. Com um “X” na palma da mão, a mulher pode pedir ajuda para qualquer estabelecimento comercial, onde o atendente irá chamar a polícia. No Brasil, essa ideia abriu uma nova era de enfrentamento à cultura de agressões ao público feminino (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

Segundo o site da campanha, a ideia surgiu da indignação da presidente da AMB e da diretora da AMB MULHERES, Renata Gil e Domitila Manssur, respectivamente. As criadoras do programa estavam procurando medidas efetivas contra a banalização da violência doméstica contra a mulher: “a iniciativa criada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem integrado os Poderes e a sociedade na luta para tirar o país do estigma de ser o quinto mais perigoso do mundo para a mulher viver.” (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, grifo nosso).

Tamanho o sucesso da campanha que, segundo o site oficial, o Programa de Cooperação e Código Sinal Vermelho virou Lei Estadual em pelo menos 20 estados do país e Lei Municipal em outros 20 municípios. Atualmente é Projeto de Lei nos estados do Ceará, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Rio Grande do Sul e Tocantins (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

6. CONCLUSÃO:

Após análise dos elementos descritos no presente artigo, podemos concluir que a inferiorização da mulher é um mal enraizado em nossa cultura patriarcal e machista. É fato que nos últimos 100 anos as prerrogativas conquistadas pelas mulheres foram muitas, mas a violência doméstica ainda se encontra muito forte em nossa sociedade.

Prova disso é que nos estudos aqui realizados, pode-se inferir que não há classe social em que o fenômeno não seja um grande problema. A subnotificação dos casos é também outro ponto a ser melhor debatido pelos órgãos competentes.

O cerne da questão é, no entanto, quais políticas públicas o Estado desenvolveu para amparar as vítimas? Os programas já estabelecidos vêm tendo a eficácia que se desejou?

Outrossim, a pandemia de SARS-CoV-19 afetou diretamente na já dita subnotificação. Conforme estudamos, pudemos perceber que a falta de livre circulação das pessoas e dos horários reduzidos que muitos estabelecimentos trabalharam naquele momento foi ponto preponderante para a queda das notificações em alguns estados do país.

Em que pese essa constatação, também foi possível analisar que o Estado Brasileiro e demais entidades públicas pareceram se preocupar mais com a criação de mecanismos protetivos para as mulheres em situação de risco no que tange ao momento de quarentena. Um grande exemplo é a criação do programa Sinal Vermelho Contra

a Violência Doméstica, formulado pelo Conselho Nacional de Justiça juntamente com a Associação dos Magistrados Brasileiros.

Nesse sentido, insta salientar a importância que o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos teve quando enviou ofícios aos estados recomendando que fossem continuadas as prestações dos serviços à mulher, bem como fossem implantados comitês de enfrentamento à violência contra as mulheres durante a pandemia de COVID-19. Além disso, a criação de Leis Estaduais e Municipais implantando o já citado Programa Sinal Vermelho, o qual parece simples em um primeiro olhar, mas entendemos aqui ter sido muito eficaz quando as vítimas ficam impossibilitadas de saírem sozinhas.

As delegacias civis tiveram especial empatia nesse momento quando alteraram a burocracia a qual envolve a notitia criminis, deixando os Boletins de Ocorrência que não exigissem colhimento de provas imediato podendo ser feitos de forma virtual.

Malgrado todos os mecanismos implantados pré e pós pandemia de COVID-19, pode se perceber que o que mais impacta na subnotificação dos casos de violência doméstica contra a mulher é a falta de conscientização na população em geral. O medo de retaliação é também outro fator preponderante no que tange à falta de notificação dos casos, isso porque as vítimas em sua grande maioria são compostas por mulheres que mantêm algum tipo de dependência afetiva ou econômica ao agressor, que muitas vezes ainda é genitor dos filhos que o casal tem em comum.

Diversos são os fatores que envolvem o fenômeno da violência de gênero e não cabe aqui apontar o dedo para as vítimas. Pelo contrário, buscou-se entender e discorrer sobre os mecanismos criados para a proteção destas mulheres. Porém, ao final da pesquisa foi possível inferir que a violência doméstica contra as mulheres é muito maior que apenas uma falta de conscientização da população, trata-se de preconceito baseado em gênero que passa de geração em geração, perpetuando-se através dos séculos.

7. REFERÊNCIAS:

- OLIVEIRA, Glaucia Fontes de. Violência de gênero e a lei Maria da Penha. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 out. 2010. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/violencia-de-genero-e-a-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 13 maio 2022.
- RAMOS, Rahellen Miguelista. O que é violência de gênero e como se manifesta?, Contee, [S. l.]: 21 set. 2020. Disponível em: <https://contee.org.br/o-que-e-violencia-de-genero-e-como-se-manifesta/>. Acesso em: 13 maio 2022.
- CORTÊS, Iáris Ramalho et al. Lei Maria da Penha: do papel para a vida: Comentários à Lei 11.340/2006 e sua inclusão no ciclo orçamentário. [S. l.: s. n.], 2009.
- BOFF, Rogers Alexander; BARBOSA, Valéria Koch. O acirramento da violência doméstica contra a mulher no Brasil durante a pandemia da COVID-19. Trajetórias Humanas Transcontinentais, [s. l.], 26 maio 2021. DOI <https://doi.org/10.25965/trahs.3453>. Disponível em: <https://www.unilim.fr/trahs/3453>. Acesso em: 8 jun. 2022.
- SANTOS, Javan Sami Araújo dos; VIEIRA, Clayse Luciane de Lima; SILVA, Lúcio Luiz Izidro da. Que violência é essa, mulher, em tua casa, em tempos de Pandemia?: A aplicação da lei nº. 11.340/06 Maria da Penha em Maceió-AL. Diversitas Journal, [S. l.], p. 1-14, 31 jan. 2021. Disponível em: https://diversitasjournal.com.br/diversitas_journal/article/view/1577. Acesso em: 21 jun. 2022.
- MASSON, Cleber. Direito penal: Parte Geral (arts. 1º a 120) - volume 1. 12. ed. ed., rev., atual. e ampl. - 2. reimp.. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense; Método, 2018.
- MASSON, Cléber. Direito Penal: Parte especial (arts. 121 a 212). 15. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Método, 2022. 80
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulher, 2006.

- VIEIRA, Ellen Guimarães. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário FG - UniFG, [S. l.], 2021.
- MARQUES, Beatriz de Oliveira Monteiro; ERTHAL, Regina Maria de Carvalho; GIRIANELLI, Vania Reis. Lei Maria da Penha: uma análise crítica à luz da criminologia feminista. *Saúde em Debate*, v. 43, p. 140-153, 2020.
- DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha na Justiça. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- BARROS, Renata. Violência contra a mulher. *Parlamento Jovem*. PUC – Minas. 2018.
- BIANQUINI, Heloísa. “Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito”. *Portal Eletrônico CONJUR. Revista Consultor Jurídico*. 2020.
- MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2020. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em 18 de ago.2022
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2021. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-contramulheres-em-2021/. Acesso em 21 de ago.2022
- PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha. Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 10, ed. 2, p. 216-232, 2010.
- ALENCAR, Joana et al. POLÍTICAS PÚBLICAS E VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: AÇÕES PRESENTES, AUSENTES E RECOMENDADAS. *Repositório do Conhecimento do IPEA*, [s. l.], ed. 78, jun. 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10100/1/NT_78_Disoc_Politicass%20Publicas%20e%20Violencia%20Baseada%20no%20Genero%20durante%20a%20pandemia%20da%20Covid_19.pdf. Acesso em: 25 ago. 2022.
- MORAES, Érika. Ser mulher na atualidade: a representação discursiva da identidade feminina em quadros humorísticos de maitena. *Maringá: Eduem*, p. 259-285, 2012.
- GOMES, Keyres Silva. Violência contra a mulher e Covid-19: *Revista Espaço Acadêmico*, v. 20, n. 224, p. 119-129, 21 set. 2020.
- MARQUES, Emanuele Souza et al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. *Cadernos de Saúde Pública* [online]. 2020, v. 36, n. 4. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00074420>. Acesso em: 11 set. 2022.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sinal Vermelho. In: Sinal Vermelho contra Violência Doméstica. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://sinalvermelho.amb.com.br/>. Acesso em: 11 set. 2022.
- BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.
- MENEGHEL, Stela Nazareth et al. Epercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. *Ciência & Saúde Coletiva*, [s. l.], v. 18, ed. 3, p. 691-700, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/gZtYwLDYSqtgp7wGTTXHW4z/?lang=pt#>. Acesso em: 12 set. 2022.

13 TERMO CIRCUNSTANCIADO LAVRADO PELA POLÍCIA MILITAR: UM ESTUDO SOBRE AS INFRAÇÕES FRENTE A MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA OCORRIDAS NO ESTADO DO PARANÁ, DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Ronaldo José Dos Santos
Letícia C. Baptista Rosa Jordão

RESUMO: O presente trabalho aborda as implicações dos Termos Circunstanciados lavrados pela Polícia Militar frente a infração sanitária descrita no art. 268 do Código Penal, durante a pandemia de COVID-19, no Estado do Paraná. Para conter a disseminação do novo vírus, o estado paranaense instituiu decretos que continham medidas sanitárias para controle do surto, como o uso obrigatório de máscara respiratória facial, fechamento de estabelecimentos não essenciais, restrição do horário de funcionamento em estabelecimentos essenciais, toque de recolher noturno entre outras. Diante da desobediência desses decretos, a Polícia Militar lavrava o Termo Circunstanciado aos infratores, enquadrando-os no art. 268 do Código Penal (infração de medida sanitária preventiva), sendo remetidos aos Juizados Especiais Criminais, Órgão Judiciário responsável por julgar as infrações de menor potencial ofensivo. Desta forma, o estudo de caráter exploratório-descritivo, teve como objetivo analisar o quantitativo das infrações ocorridas em todo o estado, bem como o número de infratores, inclusive as consequências jurídicas desses processos. Ademais, a análise foi realizada de forma comparativa entre as dez Mesorregiões do estado, sendo apontado as diferenças de resultados entre as regiões.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia de COVID-19. Termo Circunstanciado. Polícia Militar. Estado do Paraná. Decretos.

ABSTRACT: The present work addresses the implications of the Detailed Terms drawn up by the Military Police against the health infraction described in art. 268 of the Penal Code, during the COVID-19 pandemic, in the State of Paraná. To contain the spread of the new virus, the state of Paraná instituted decrees that contained sanitary measures to control the outbreak, such as the mandatory use of face respiratory mask, closing of non-essential establishments, restriction of opening hours in essential establishments, night curfew. among others. Faced with the disobedience of these decrees, the Military Police issued the Detailed Term to the violators, framing them in art. 268 of the Penal Code (infraction of preventive sanitary measure), being sent to the Special Criminal Courts, Judicial Organ responsible for judging infractions of lesser offensive potential. Thus, the exploratory-descriptive study aimed to analyze the number of infractions that occurred throughout the state, as well as the number of violators, including the legal consequences of these processes. Furthermore, the analysis was carried out in a comparative way between the ten Mesoregions of the state, pointing out the differences in results between the regions.

KEYWORDS: COVID-19 pandemic. Detailed Term. Military Police. State of Parana. Decrees.

1 INTRODUÇÃO

O início do mês de janeiro do ano de 2020 foi marcado pela notícia de uma emergência de saúde mundial: a descoberta de um novo patógeno de vírus, causador da doença designada como COVID-19. Esse novo vírus, que em pouco tempo se alastrou pelo planeta, causou milhares de enfermos e mortes no mundo, movimentando as nações a tomarem medidas de segurança sanitária para conter a proliferação da enfermidade, inclusive o Brasil.

Seguindo as medidas de outras nações que acompanhavam as orientações da OMS (Organização Mundial da Saúde), o país adotou rapidamente medidas severas de contenção da doença, orientando os estados a promoverem ações de lockdowns, a fim de evitar o aumento da infecção. Dentre as unidades federativas, o Paraná, verificando o avanço da doença em seu território instituiu decretos para minimizar o contágio, adotando medidas de saúde preventivas.

Diante de tais medidas, os órgãos de segurança e saúde do estado promoveram operações conjuntas para orientar e, caso fosse necessário, notificar os infratores das medidas sanitárias. A Polícia Militar, diante da desobediência aos decretos estaduais, passou a lavrar o Termo Circunstanciado que se trata de um boletim de ocorrência mais elaborado, que além da descrição da infração cometida, dos fatos e a identificação dos envolvidos, acompanhará o testemunho de cada envolvido. Esses procedimentos, que eram realizados em decorrência do crime de infração a medida sanitária preventiva – art. 268 do Código Penal, eram submetidos ao Juizado Especial Criminal, que é o responsável pelo julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, que cominam pena igual ou inferior a 2 anos.

O objetivo da pesquisa consiste em analisar as implicações dos termos circunstanciados, lavrados pela Polícia Militar, frente as infrações de medida sanitária preventiva ocorridas durante a pandemia de COVID-19, no Estado do Paraná. Para tanto, será estudado, de forma isolada, a incidência dessas ocorrências nas dez Mesorregiões do Estado, bem como as consequências jurídicas aos infratores dessas medidas.

A justificativa do presente estudo se baseia na alta taxa de mortalidade causada pela COVID-19 no Paraná e pela alta incidência do crime de infração de medida sanitária preventiva no estado, o que motivou o governo paranaense a decretar medidas que estabeleceram, por muitas vezes, restrição de liberdade aos residentes do estado, e o emprego da Polícia Militar para coibir eventuais desobediências ao decreto vigente.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PANDEMIA DE COVID-19 E AS CONSEQUÊNCIAS DA DESOBEDIÊNCIA AOS DECRETOS ESTADUAIS

Neste capítulo é abordado o tema da pandemia de COVID-19, doença que se alastrou por todo o mundo, causadora de milhões de mortes no período dos anos de 2020 a 2021, bem como sua incidência no Brasil, inclusive no Estado do Paraná. Posteriormente, traz-se o conceito do crime de infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal), seguido pela explicação do procedimento de Termo Circunstanciado lavrados frente a essas infrações ocorridas no estado paranaense, bem como suas implicações jurídicas, que utilizam a análise bibliográfica e análise documental.

2.1 PANDEMIA DE COVID-19

No ano de 2019 várias pessoas da cidade de Wuhan, na China, foram diagnosticadas com sintomas de pneumonia com causa desconhecida. Em investigações laboratoriais, as autoridades chinesas identificaram a origem de um novo tipo de coronavírus, uma doença infectocontagiosa causada por um patógeno pertencente ao grupo dos vírus que causam complicações respiratórias, no qual ficou conhecida como COVID-19 (OPAS, 2022).

Essa nova enfermidade apresentava, entre seus principais sintomas, febre, tosse, dificuldades respiratórias e fadiga. A transmissão que era ocorrida, principalmente, por gotículas suspensas no ar, contato direto com o infectado e contato com materiais infectados, rapidamente se disseminou por todo o mundo causando vários casos de contaminação e morte, principalmente em pessoas idosas e portadores de doenças crônicas, colocando os países em estado de alerta (DOS SANTOS, 2021).

O número crescente de mortes causadas pela pandemia de COVID-19 em todo o mundo mobilizou os pesquisadores a acelerarem o desenvolvimento de uma vacina, uma vez que as medidas sanitárias de contenção

da doença não estavam surtindo o efeito desejado. Diante de tantos estudos, no mesmo ano foi autorizada o uso da primeira vacina de combate à doença, que começou a ser distribuída no mês de dezembro no Reino Unido, sendo aplicada primeiramente em idosos, que eram o grupo de maior risco, reduzindo o número de internamentos e mortes pela COVID-19 (JORNAL DA UNICAMP, 2020).

O vírus da COVID-19 também causou grande impacto na sociedade brasileira, mobilizando o governo a adotar medidas de contenção da disseminação do vírus. O primeiro caso do novo coronavírus diagnosticado no país foi descoberto em fevereiro de 2020, desde então a disseminação ocorreu sem escalas (UNA-SUS, 2020).

Diante da alta proliferação do vírus e do número de internamentos, o país adotou medidas de distanciamento social, com o fim de tentar frear ou diminuir a incidência da doença na população, medidas essas que já haviam sendo implementadas em outras nações. Os estados e municípios tiveram a competência para decidir sobre a implementação das medidas de distanciamento social, tanto que em muitas unidades federativas, entre as prevenções mais severas, foram adotados lockdowns, inclusive no Estado do Paraná (DE SOUZA, 2020).

O Brasil contabilizou somente nos quatro primeiros meses de 2021, ano de maior incidência de óbitos, um total de 194.949 mortes por COVID-19, quantidade essa equivalente ao quantitativo de todo o primeiro ano da pandemia (CNN BRASIL, 2021). Hoje, a pandemia se encontra controlada no país, visto que a vacinação, iniciada em 17 de janeiro de 2021 fez reduzir a gravidade dos sintomas da doença, diminuindo os internamentos e óbitos. Atualmente, o Brasil apresenta um quantitativo de 677.143 óbitos acumulados pela COVID-19 (PAINEL CORONAVÍRUS, 2022), uma triste realidade que acometeu milhares de famílias brasileiras.

Desde o momento em que o Supremo Tribunal Federal atribuiu a competência para os Estados e Municípios implementarem medidas de enfrentamento a COVID-19 (PINHEIRO, 2020), o Estado do Paraná instituiu rapidamente decretos que formalizavam as providências a serem tomadas para contenção da doença em seu território.

Dentre as medidas de segurança elencadas nos decretos, como o fechamento de estabelecimentos não essenciais, restrição do horário de funcionamento dos essenciais, limitação de horário e quantidade de pessoas nos estabelecimentos, inclusive com toque de recolher noturno e uso de máscara de proteção respiratória, muitas pessoas ainda desrespeitavam as precauções impostas, o que motivou o estado a realizar ações conjuntas entre os órgãos de saúde e segurança para orientar e coibir as infrações.

Atualmente, o Paraná contabiliza 44.370 óbitos por COVID-19, colocando o estado em primeiro no ranking de mortes na Região Sul e em quarto lugar no país, ficando atrás somente dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais (PAINEL CORONAVÍRUS, 2022).

2.2 INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA

A infração de medida sanitária está disposta no Capítulo III do Código Penal, que trata dos crimes contra a saúde pública, sendo a conduta tipificada no art. 268: “Infringir determinação do Poder Público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, cuja pena estipulada consiste em “detenção, de um mês a um ano, e multa” (BRASIL, 1940).

O objetivo da norma é assegurar a não proliferação de doenças contagiosas na sociedade, pois sua disseminação pode causar enfermidades e mortes em massa, como pôde ser visto nos anos de 2020 e 2021 com a presença do novo coronavírus.

O dispositivo legal aduz que deve haver uma desobediência à determinação do poder público (federal, estadual ou municipal), que podem ser editadas por leis, decretos ou portarias. No cenário pandêmico encontrado no Brasil nos anos de 2020 e 2021, onde houve a maior taxa de disseminação e mortalidade, foram instituídos vários decretos com o objetivo de conter a proliferação dessa enfermidade no país, inclusive no Estado do Paraná. Essas medidas, pautadas na Lei Federal n.º 13.979/2020, que versa sobre as disposições que poderiam ser adotadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública frente a COVID-19, possibilitou o complemento ao dispositivo penal, acarretando consequências jurídicas ao agente que infringisse os decretos sanitários do estado.

No que tange a segunda parte do texto legal, a introdução é o ingresso ou entrada, e a propagação a proliferação ou multiplicação de doença contagiosa, sendo essa uma enfermidade transmitida por contato imediato

ou mediato, de um indivíduo a outro (Guilherme de Souza Nucci, 2022). Importante demonstrar o conceito detalhista de doença contagiosa editada por Ney Moura Teles (2004, p. 239), citado por Rogério Greco (2022, p. 438)

Doença contagiosa é o agravo à saúde, determinado por um agente infeccioso específico ou por seus produtos tóxicos e que pode ser transmitida a outro indivíduo ou suscetível de transmissão por diversos mecanismos. É também chamada de doença infectocontagiosa ou doença transmissível.

A norma só se refere a doenças que acometem os humanos, não os animais ou vegetais, mas pode a determinação do poder público recair sobre o cuidado dos animais e vegetais, quando estes possam integrar-se na série causal de propagação da doença.

Nesse contexto, percebe-se que a infração em estudo se trata de uma norma penal em branco, uma vez que necessita do complemento de outro diploma legal para aplicação do conteúdo penal da norma, sendo nesse contexto pandêmico, os decretos estatuidos para a contenção da disseminação da doença de COVID-19, que acometeu todo o país, inclusive o Estado do Paraná, que usou dos órgãos de saúde e segurança para orientar e coibir as desobediências as medidas impostas nos decretos paranaenses.

Contudo, diante da pena cominada inicialmente à infração ser inferior a 2 anos, o crime estudado se enquadra como infração de menor potencial ofensivo, podendo ser submetido a lavratura do Termo Circunstanciado e apreciado pelos Juizados Especiais Criminais.

2.3 DA INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO AO TERMO CIRCUNSTANCIADO

A infração de menor potencial ofensivo é todo crime/delito ou contravenção penal a que a lei comine pena igual ou inferior a 2 anos, com ou sem multa, de acordo com a Lei nº 9.099 (BRASIL, 1995), o que faz com que o crime de infração de medida sanitária preventiva possa ser julgado pelos Juizados Especiais Criminais, que receberão os procedimentos de Termo Circunstanciado e emitirão sua decisão a respeito da pena ao agente.

O Termo Circunstanciado encontra previsão no art. 69 da Lei nº 9.099/1995, sendo um boletim de ocorrência mais detalhado, que além da descrição da infração cometida, dos fatos e a identificação dos envolvidos, acompanhará o testemunho de cada envolvido e o termo de compromisso de comparecimento em audiência preliminar, todos assinados. Na definição de Marisa Ferreira dos Santos e Ricardo Cunha Chimenti (2019, p. 243)

O Termo Circunstanciado é o instrumento no qual devem ser expostas, de forma sucinta, a qualificação das partes envolvidas na ocorrência e suas versões, a data e local do fato, a descrição dos objetos e de outros dados relevantes para a apuração do caso e a formação da opinião delicti pelo Ministério Público.

A lavratura do Termo Circunstanciado será realizada pela autoridade policial que tomar conhecimento da infração de menor potencial ofensivo, sendo que ao autor dos fatos não será realizada a prisão em flagrante tampouco a fiança, desde que seja encaminhado diretamente ao juizado competente ou que se comprometa a comparecer a este juízo, dado que a lavratura do documento substitui a auto de prisão em flagrante, objetivando o não encarceramento do infrator, e sim, possibilitar a ele a oportunidade de se arrepender da conduta praticada, reparando a vítima ou sendo a ele atribuído uma pena menos gravosa, atuando o estado de forma preventiva para evitar o cometimento de infrações mais graves, Lei nº 9.099 (BRASIL, 1995).

Por outro lado, não sendo possível a condução do autor ao juízo competente ou vindo ele se negar a comparecer ao juizado especial, o ato será convertido em prisão em flagrante e, conseqüentemente, a fiança. Não comparecendo o infrator em audiência preliminar, o Ministério Público poderá realizar a denúncia, destituindo o benefício de ser resguardado pela Lei n.º 9.099/95 dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Observa-se que o Termo Circunstanciado possui o condão de substituir a peça de prisão em flagrante, porém, isso não dizer que ele seja um procedimento com todas as formalidades necessárias que abarca o inquérito policial. Entretanto, a depender da infração, o Ministério Público terá que ter acesso a provas que configurem a infração cometida, ficando a cargo da autoridade policial que confeccionar o Termo a requisição de exames ou o apanhado de provas para a análise do juizado, Lei nº 9.099 (BRASIL, 1995).

A Lei 9.099/95 foi criada com a finalidade de proporcionar a conciliação ou transação penal, de maneira que evite, sempre que possível, o encarceramento do agente infrator, bem como proporcionando a vítima a rápida reparação de danos sofridos. Para chegar ao seu objetivo basilar, a referida lei segue os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, ora descritos em seu próprio diploma legal, (BRASIL, 1995).

Nem sempre será possível a aplicação das propostas elencadas na referida lei, pois a concessão dos benefícios depende da aquiescência do infrator, ou da análise de seus antecedentes criminais, Lei nº 9.099, (BRASIL, 1995). A cerca dessas consequências, será elencado e explanado as consequências jurídicas acerca dos julgamentos dos Termos Circunstanciados, resultados esses que servirão de parâmetro para a comparação da conclusão entre as Mesorregiões do Estado do Paraná, em virtude da infração do art. 268 do Código Penal.

2.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS TERMOS CIRCUNSTANCIADOS

Ao tomar conhecimento da infração de medida sanitária preventiva a autoridade policial lavrava o Termo Circunstanciado e os remetiam aos Juizados Especiais Criminais, que aos apreciarem, emitiram os seguintes pareceres jurídicos:

Transação penal: acordo homologado entre o Ministério Público e o acusado para evitar a instauração de processo penal. É acordado a aplicação da pena de restrição de direitos ou multas, sendo o processo arquivado após o cumprimento da pena especificada. A proposta é oferecida, habitualmente, antes do oferecimento da denúncia.

Recebimento de denúncia: Durante audiência preliminar, é esclarecido ao infrator a possibilidade de conciliação, da composição dos danos civis e da proposta de transação penal. No que diz respeito as ações penais públicas incondicionadas, que é o caso do crime em estudo, a negativa de acordo de transação ou o não cumprimento da transação penal homologada, acarreta a retomada do procedimento penal e o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, que é um documento apresentado ao Juiz pedindo a condenação do agente pela infração cometida e a aplicação da pena correspondente.

Arquivamento: Ao receber o procedimento, o Ministério Público poderá requerer o arquivamento do processo, como por exemplo a falta de provas do cometimento da infração, apresentando seu pedido ao juiz que analisará as razões do titular da ação penal.

Suspensão condicional do processo: Após a denúncia ou conjuntamente, o infrator ainda poderá ser beneficiado pela suspensão condicional do processo, desde que a infração cometida comine pena inferior ou igual a 1 ano e que o infrator não tenha sido condenado por outro crime ou que não esteja sendo processado. Durante a suspensão de 2 a 4 anos, nesse intervalo de período de prova, o agente não poderá ser processado por outra infração, e se descumprir alguma condição imposta pelo juízo, a suspensão poderá ser revogada. Cumpridas as condições, será declarada a extinção da punibilidade.

Modificação de competência para outras varas do Estado: As competências dos Juizados Especiais Criminais se limitam ao julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Contudo, entendendo o Juizado Especial que a infração necessita ser apreciada na justiça comum, por haver indícios de cometimento de um crime mais grave, haverá a modificação da competência para outra Vara. É a regra constante no art. 60 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, "O Juizado Especial Criminal, provido por juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência" (BRASIL, 1995).

Absolvição: É a decisão judicial que reconhece a inocência do réu, uma vez que não foram encontrados indícios que reconhecessem a acusação. O art. 386 do Código Processual Penal elenca as causas de absolvição, sendo algumas delas: a inexistência do fato, a inexistência de provas, a inexistência de infração entre outras.

Condenação: É a decisão judicial que condena o réu a cumprir a pena cominada na infração delituosa. Nesse contexto, ocorreu devido o agente não ter aceito a proposta de transação penal, respondendo criminalmente.

Sem decisão: É o processo que ainda não foi apreciado pelo Juizado Especial Criminal.

De acordo com as consequências elencadas aos procedimentos realizados frente ao crime do art. 268 do Código Penal, poderá ser verificado o quantitativo no estado, inclusive por Mesorregiões do número de infringências sanitárias e suas respectivas conclusões.

3 METODOLOGIA

O estudo, de caráter exploratório-descritivo, explora e descreve as implicações dos termos circunstanciados, lavrados pela Polícia Militar, frente as infrações de medida sanitária preventiva, ocorridas durante a pandemia de Covid-19, no Estado do Paraná. Os dados foram extraídos do sistema "BI" - Business Intelligence - da Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná - CELEPAR, que coleta e armazena os dados das ocorrências sucedidas em todo o Estado, localizado na página da intranet da Polícia Militar do Estado do Paraná.

A pesquisa foi realizada no período de 01 a 31 de julho de 2022, onde foram selecionadas e quantificadas as infrações classificadas como "infração de medida sanitária preventiva" e "infringir introdução ou propagação de doença contagiosa" - ambas relacionadas ao art. 268 do Código Penal e usadas pela Polícia Militar para enquadrar as desobediências aos decretos estaduais (n.º 4230/2020, 6294/2020, 6555/2020, 6590/2020, 6599/2021, 6745/2021, 6828/2021, 6832/2021, 6983/2021, 7320/2021, 8178/2021 e 8705/2021), em todas as cidades do estado paranaense.

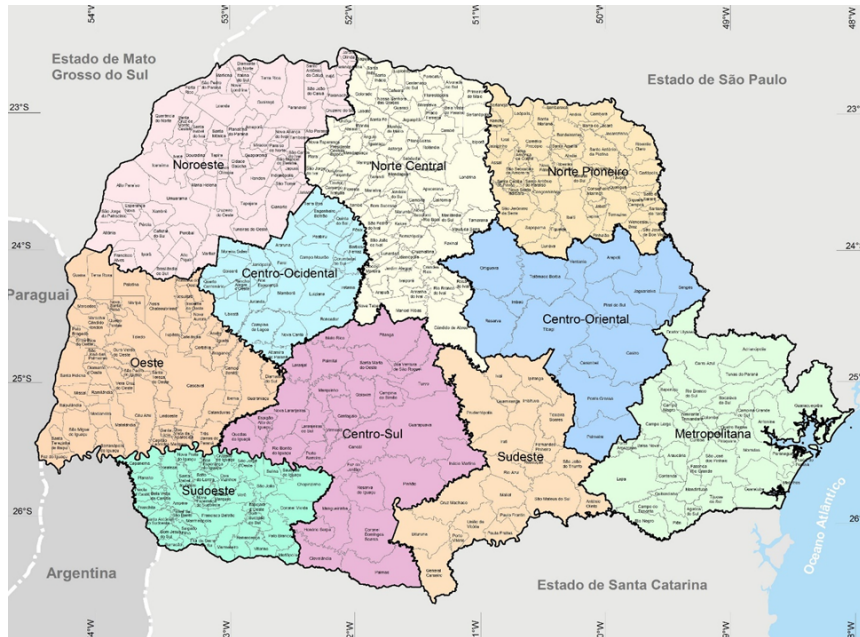
Em cada infração (processo) foi possível verificar o número de pessoas que foram notificadas pelo crime, bem como o status das consequências jurídicas (sentença) dos Termos Circunstanciados que foram lavrados face ao delito, tais como: "arquivamento", "transação penal", "recebimento de denúncia", "absolvição", "condenação", "suspensão condicional do processo", "modificação de competência para outras varas do estado" e "sem decisão".

Ademais, o sistema também apresentou a sentença "extinção de punibilidade", instituto jurídico localizado no art. 107 do Código Penal, que preleciona as hipóteses em que o estado já não tem o poder de sancionar o infrator. Todavia, em análise a processos com essa decisão verificou-se que a sua aplicação era decorrente de dois casos, a saber: o primeiro é que a extinção de punibilidade representava a homologação de transação penal, dessa forma esses casos foram contabilizados a consequência jurídica de homologação de transação penal.

No segundo caso as extinções de punibilidade eram consequências secundárias de outras sentenças, ou seja, das decisões proferidas de arquivamento, transação penal, recebimento de denúncia, absolvição, condenação e suspensão condicional do processo, perdendo o estado o direito de impor novamente outra sanção. Dessa maneira, esses casos não foram contabilizados ao quantitativo de consequências jurídicas, uma vez que não foram as decisões primárias dos processos. Do mesmo modo foi o entendimento da sentença de "trânsito em julgado", ocasião em que o processo já havia sido julgado, não podendo mais ser objeto de recurso.

Para fins de comparação, a incidência das infrações ocorridas no Estado do Paraná fora elencadas por Mesorregiões. Conforme disponibilizado no website do IPARDES (Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social), o ente federativo possui 10 (dez) Mesorregiões, quais sejam: Noroeste, Norte Central, Norte Pioneiro, Oeste, Centro-Ocidental, Centro-Oriental, Sudeste, Centro-Sul, Sudeste e Metropolitana (figura 1).

Figura 1 - Mesorregiões geográficas (MESO) que compõem o Estado do Paraná



Fonte: IPARDES (2022)

A fim de conceituar a Pandemia de Covid-19, demonstrando a incidência da doença no Estado do Paraná, bem como as medidas de enfrentamento a doença no Estado, foi realizada pesquisa bibliográfica em publicações das instituições e organizações de saúde do nosso País e do Estado paranaense, bem como pesquisa documental nos Decretos Estaduais vigentes à época.

A compreensão do art. 268 do Código penal (crime contra a saúde pública), inclusive do Termo Circunstanciado, teve como fonte de pesquisa a plataforma web do governo federal, bem como as bibliografias de doutrinas jurídicas que versam sobre o tema em questão.

Após o levantamento da quantidade de termos circunstanciados lavrados pela Polícia Militar, o número de infratores e as consequências jurídicas desse procedimento, foi aplicado o método comparativo a fim de identificar as diferenças e semelhanças entre as Mesorregiões, demonstradas através de tabelas e gráficos. Adicionalmente, a análise indicará as interpretações dos julgados dos processos e suas consequências, bem como a justificativa do emprego da Polícia Militar para coibir as desobediências ao decreto vigente.

4 DESCRIÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS

Esse capítulo é destinado ao conhecimento das Mesorregiões paranaenses, o quantitativo das infrações sucedidas em cada uma delas, bem como suas consequências jurídicas e o número de notificados por este crime.

4.1. MESORREGIÕES DO ESTADO DO PARANÁ

Em um primeiro momento apresenta-se um breve relato sobre o Estado do Paraná, unidade federativa foco da análise, em seguida o conceito de mesorregiões e microrregiões, bem como algumas qualidades dessas subdivisões do estado e suas principais cidades.

O Estado do Paraná está situado na região sul do Brasil, sendo constituído por 399 municípios, abrangendo uma área territorial de 199.298,981 km², totalizando uma população estimada em 11.597.484 habitantes (IBGE, 2022). O Estado faz divisa com os estados de Santa Catarina, São Paulo e Mato Grosso do Sul, e fronteira com a Argentina e Paraguai (DALCHIAVON, 2017).

Seus municípios são distribuídos em dez Mesorregiões que são subdivisões territoriais com características físicas, econômicas e sociais similares, que congrega vários municípios que, por sua vez, são subdivididos em 39

microrregiões, sendo um agrupamento de cidades vizinhas com o objetivo de organização e planejamento em comum (IBGE, 2022).

A Mesorregião Noroeste é constituída por 61 municípios, subdivididos nas microrregiões de Paranavaí, Umuarama e Cianorte, cidades estas como centros mais populosos do Noroeste, enquanto a Mesorregião Centro Ocidental é composta por 25 municípios, localizados em duas microrregiões, de Goioerê e Campo Mourão, possuindo a menor população entre as mesorregiões do Paraná (DALCHIAVON, 2017).

A Mesorregião Norte Central possui 79 municípios, sendo a região com mais cidades. Os municípios estão localizados em oito microrregiões, tendo como destaque as cidades polos regionais de Maringá, Londrina e Apucarana, ao passo que sua vizinha, a Mesorregião Norte Pioneira, contabiliza 46 municípios, distribuídos em cinco microrregiões, se destacando nessa região as cidades de Cornélio Procópio, Santo Antônio da Platina e Jacarezinho (DALCHIAVON, 2017).

A Mesorregião Sudoeste possui 37 municípios, se destacando as cidades de Pato Branco e Francisco Beltrão e, juntamente com a Mesorregião Oeste que possui 50 municípios, os quais se destacam os polos regionais de Toledo, Cascavel e Foz do Iguaçu, fazem divisa com a Argentina (DALCHIAVON, 2017).

Ainda conforme a mesma autora, a Mesorregião Centro Oriental é dividida em três microrregiões, constituídas por 14 municípios, sendo a cidade de Ponta Grossa o polo regional com mais destaque, possuindo a mesma quantidade de microrregiões da Mesorregião Centro Sul, que abrange 29 municípios, tendo como principais cidades e polos regionais os municípios de Guarapuava, Palmas e Pitanga.

Além das Mesorregiões do Sudoeste e Centro-Sul, as Mesorregiões Sudeste e Metropolitana de Curitiba fazem divisa com o estado de Santa Catarina, sendo esta composta por 37 municípios, distribuídos em cinco microrregiões, destacando-se as cidades de Curitiba, capital do estado paranaense, e a cidade portuária de Paranaguá, aquela é constituída por 21 municípios, subdivididos em três microrregiões, se destacando os polos regionais de Irati e União da Vitória (DALCHIAVON, 2017).

4.2. ANÁLISE DE DADOS FRENTE A INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA

Nessa sessão apresenta-se a incidência do crime de infração de medida sanitária preventiva, na qual corresponde ao número de Termos Circunstanciados lavrados frente a esse crime ocorrido no Paraná, durante o ano de 2020 e 2021, separadas pelas dez mesorregiões e suas respectivas microrregiões (Tabela 1).

Tabela 1 – Incidência de infração sanitária por Mesorregiões em 2020 e 2021

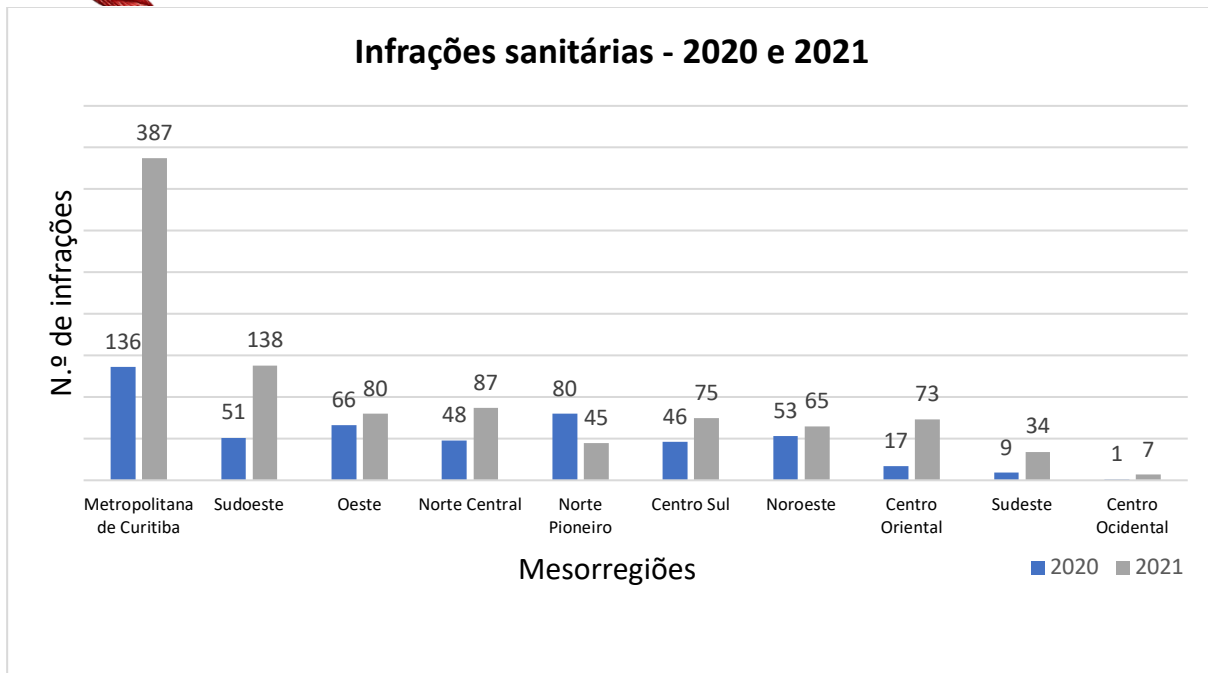
MESORREGIÕES	MICRORREGIÕES	N.º DE INFRAÇÕES			
		2020	TOTAL	2021	TOTAL
Metropolitana de Curitiba	Cerro Azul	1		2	
	Lapa	8		12	
	Curitiba	109		338	387
	Paranaguá	17	136	33	
	Rio Negro	1		2	
Sudoeste	Capanema	23		20	
	Francisco Beltrão	8	51	96	138
	Pato Branco	20		22	
Oeste	Toledo	33		21	
	Cascavel	14	66	36	80
	Foz do Iguaçu	19		23	

Norte Central	Astorga	3		6	87
	Porecatu	3		2	
	Floraí	0		0	
	Maringá	1		0	
	Apucarana	3		9	
	Londrina	34	48	46	
	Faxinal	0		5	
	Ivaiporã	4		19	
Norte Pioneiro	Assaí	5		7	45
	Cornélio Procópio	61		25	
	Jacarezinho	2	80	2	
	Ibaiti	11		8	
	Wenceslau Braz	1		3	
Centro-Sul	Pitanga	0		9	75
	Guarapuava	30		48	
	Palmas	16	46	18	
Noroeste	Paranavaí	38		52	65
	Umuarama	9		8	
	Cianorte	6	53	5	
Centro Oriental	Telêmaco Borba	12		27	73
	Jaguariaíva	2		2	
	Ponta Grossa	3	17	44	
Sudeste	Prudentópolis	5		12	34
	Irati	1		12	
	União da Vitória	0		0	
	São Mateus do Sul	3	9	10	
Centro ocidental	Goioerê	1		2	7
	Campo Mourão	0	1	5	
Total		507		991	
Total Geral		1.498			

Fonte: Dados de pesquisa (2022)

Para facilitar a visualização dos dados, as infrações do ano de 2020 e 2021 (Tabela 1) foram representadas em forma de gráfico, conforme Gráfico 1.

Gráfico 1 – Comparativo das infrações sanitárias por Mesorregiões em 2020 e 2021



Fonte: Dados de pesquisa (2022)

De acordo com os dados apresentados na Gráfico 1, nota-se que dentre as Mesorregiões paranaenses, a região Metropolitana de Curitiba obteve o maior quantitativo da infração de medida sanitária preventiva na somatória dos dois anos, ou seja, o maior número de Termos Circunstanciados lavrados frente ao crime do art. 268 do Código Penal, totalizando 136 no ano de 2020 e 387 em 2021 (Tabela 1), equivalendo a 27% de todas as infrações no estado no ano de 2020 e 39% em 2021. Esses números confirmam que houve maior incidência da infração na Mesorregião Metropolitana, principalmente na microrregião de Curitiba que obteve um montante de 109 e 338 casos nos anos de 2020 e 2021, respectivamente.

Por outro lado, a Mesorregião Sudoeste alcançou o segundo lugar entre as dez Mesorregiões na acumulação de infrações nos anos de 2020 e 2021 (Gráfico 1), uma vez que essa região possui uma população estimada em 630.873, o que a deixa na sexta colocação entre as Mesorregiões paranaenses em relação ao número de habitantes (IPARDES, 2022), ficando à frente das populosas Mesorregiões Oeste e Norte Central, que seguem, respectivamente, em terceiro e quarto lugar no quantitativo de infrações ocorridas nos dois anos. Ainda, nessa mesma Mesorregião, a microrregião de Francisco Beltrão teve um aumento de infrações de 1200%, passando de 8 casos em 2020 para 96 em 2021 (Tabela 1), destacando-se negativamente como região com mais aumento de casos entre os anos.

Destaca-se positivamente as Mesorregiões Centro Oriental, Sudeste e Centro Ocidental que ocuparam os últimos lugares no acumulado de infrações, se destacando esta última região, que quantificou, nos dois anos de pandemia, um total de apenas oito infrações, segundo Gráfico 1.

Ressalta-se a microrregião de Maringá pelo baixo número de infração sanitária, apresentando no ano de 2020 apenas uma infração e em 2021 nenhuma, o que pode ser relacionado ao título conquistado de quarta posição num ranking nacional entre os melhores lugares para se viver (PREFEITURA DE MARINGÁ, 2022). Evidencia-se assim, a eficácia dos órgãos de saúde e segurança em orientar e fiscalizar as medidas impostas, bem como o respeito da população maringaense frente aos decretos sanitários de contenção ao novo vírus.

Contudo, percebe-se no Gráfico 1, que em 2021 ocorreu o maior número de infectados e óbitos pelo novo vírus, sendo o ano de maior incidência da infração, uma vez que 90% das Mesorregiões apresentaram aumento do cometimento do crime sanitário, salvo a Mesorregião do Norte Pioneiro, que de 80 casos em 2020, diminuiu para 45 o total de infrações no ano de 2021. As regiões Metropolitana de Curitiba e Sudoeste quase que triplicaram seus casos de um ano para o outro, e a Mesorregião Centro Oriental, que se destacou como uma das três regiões com

menos infrações, quadruplicou seus casos em relação ao ano de 2020, demonstrando a intensificação do estado na fiscalização das medidas impostas nos decretos estaduais concernentes as orientações de enfrentamento a Pandemia de COVID-19.

4.3 ANÁLISE DE DADOS DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS TERMOS CIRCUNSTANCIADOS

Por ter pena cominada não maior que 2 anos, o crime do art. 268 do Código Penal é considerado como uma infração de menor potencial ofensivo, o que torna possível a adoção do Termo Circunstanciado ao infrator desse crime. Destarte, a partir do levantamento já apresentado, a seguir, é demonstrado as consequências da lavratura do procedimento de Termo Circunstanciado de cada mesorregião e suas respectivas microrregiões no ano de 2020 e 2021, que após apreciados pelo Juizado Especial Criminal, trouxeram implicações jurídicas aos infratores (Tabela 2).

Tabela 2 – Consequências jurídicas dos Termos Circunstanciados por Mesorregiões em 2020 e 2021

MESORREGIÃO	MICRORREGIÃO	CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS								
		I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	
2020	Metropolitana de Curitiba	Cerro Azul	-	-	-	-	-	-	-	1
		Lapa	1	2	1	-	-	-	-	4
		Curitiba	24	39	5	-	-	-	1	40
		Paranaguá	3	8	1	-	-	-	-	5
		Rio Negro	1	-	-	-	-	-	-	-
	Sudoeste	Capanema	1	11	-	1	1	-	-	9
		Francisco Beltrão	-	1	-	-	-	-	-	7
		Pato Branco	1	13	-	1	2	2	1	-
	Oeste	Toledo	4	20	1	-	-	-	-	8
		Cascavel	2	4	1	-	-	-	1	6
		Foz do Iguaçu	6	3	-	-	-	-	-	10
	Norte central	Astorga	-	2	1	-	-	-	-	-
		Porecatu	-	-	-	-	-	-	-	3
		Floraí	-	-	-	-	-	-	-	-
		Maringá	-	-	-	-	-	-	-	1
		Apucarana	2	-	-	-	-	1	-	-
		Londrina	6	18	3	2	-	1	1	3
		Faxinal	-	-	-	-	-	-	-	-
	Ivaiporã	-	3	-	-	-	-	-	1	
	Norte Pioneiro	Assaí	-	-	-	-	2	-	-	3
Cornélio Procópio		1	38	3	4	1	5	2	7	
Jacarezinho		-	-	-	-	-	-	-	2	
Ibaiti		-	2	-	-	-	-	-	9	
Wenceslau Braz		-	1	-	-	-	-	-	-	
Centro-Sul	Pitanga	-	-	-	-	-	-	-	-	
	Guarapuava	7	18	1	-	-	1	-	3	
	Palmas	2	7	-	-	-	-	-	7	
Noroeste	Paranavaí	1	20	2	-	-	-	-	15	
	Umuarama	5	2	-	-	-	-	-	2	
	Cianorte	-	2	-	-	-	-	-	4	
Centro Oriental	Telêmaco Borba	2	3	1	-	1	2	-	3	
	Jaguariaíva	-	-	-	-	1	-	-	1	
	Ponta Grossa	-	1	-	-	-	1	-	1	
Sudeste	Prudentópolis	-	5	-	-	-	-	-	-	
	Irati	-	-	1	-	-	-	-	-	
	União da Vitória	-	-	-	-	-	-	-	-	
	São Mateus do Sul	-	1	-	-	-	-	-	2	
Centro ocidental	Goioerê	-	-	-	-	-	-	-	1	
	Campo Mourão	-	-	-	-	-	-	-	-	

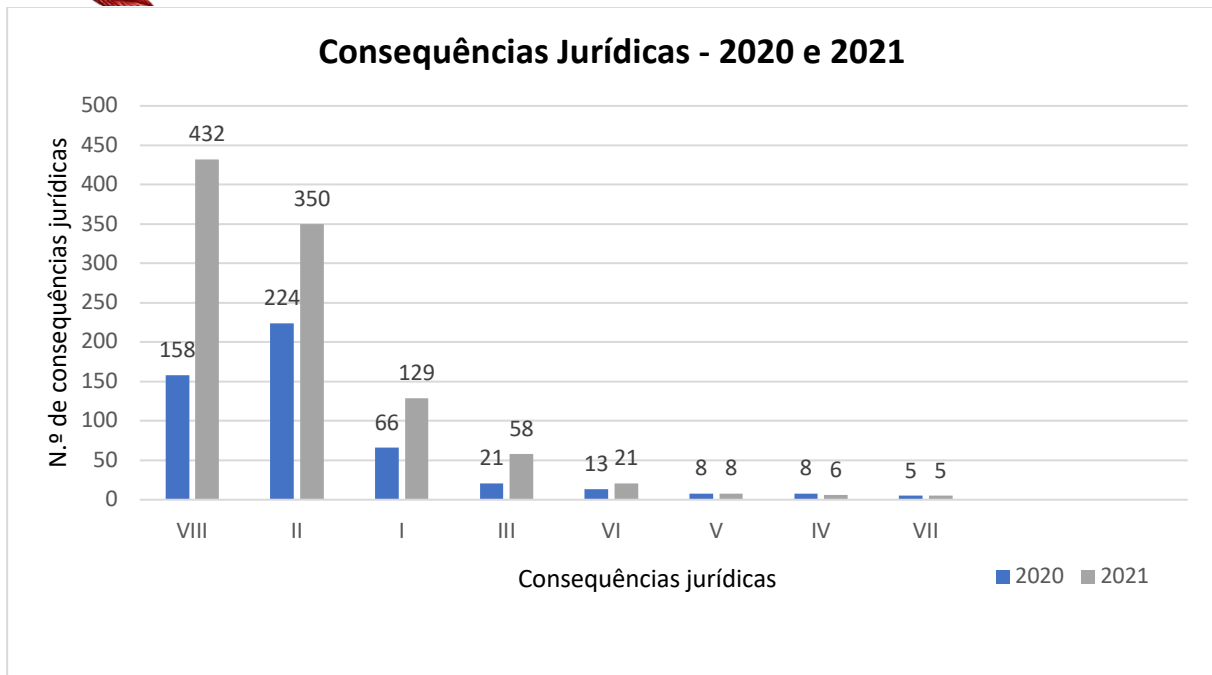
Total		69	224	21	8	8	13	6	158	
2021	Metropolitan a de Curitiba	Cerro Azul	-	-	1	-	-	1	-	-
		Lapa	1	5	1	-	-	-	-	5
		Curitiba	39	102	21	1	1	-	2	172
		Paranaguá	7	16	2	-	-	-	-	8
		Rio Negro	-	2	-	-	-	-	-	-
	Sudoeste	Capanema	2	7	-	-	-	1	-	10
		Francisco Beltrão	7	40	7	-	-	7	-	35
		Pato Branco	4	7	-	-	2	-	1	8
	Oeste	Toledo	2	11	-	1	-	-	-	7
		Cascavel	5	14	3	-	2	-	-	12
		Foz do Iguaçu	5	7	2	-	-	-	-	9
	Norte central	Astorga	2	1	-	-	-	-	-	3
		Porecatu	-	1	-	-	-	-	-	1
		Floraí	-	-	-	-	-	-	-	-
		Maringá	-	-	-	-	-	-	-	-
		Apucarana	1	4	-	-	-	2	1	1
		Londrina	12	30	1	1	-	-	1	1
		Faxinal	3	1	-	-	-	1	-	-
	Ivaiporã	-	6	4	-	-	-	-	9	
	Norte Pioneiro	Assaí	1	2	-	-	-	-	-	4
		Cornélio Procópio	-	9	4	1	2	-	-	9
		Jacarezinho	-	2	-	-	-	-	-	-
		Ibaiti	-	1	-	-	-	-	-	7
		Wenceslau Braz	-	-	1	-	-	-	-	2
	Centro-Sul	Pitanga	-	5	-	-	-	-	-	4
		Guarapuava	14	20	2	-	-	2	-	10
		Palmas	3	7	-	-	-	1	-	7
	Noroeste	Paranavaí	3	12	4	1	1	1	-	30
Umuarama		2	5	-	-	-	-	-	1	
Cianorte		1	2	-	-	-	-	-	2	
Centro Oriental	Telêmaco Borba	6	5	1	1	-	-	-	14	
	Jaguariaíva	-	-	-	-	-	-	-	2	
	Ponta Grossa	7	11	4	-	-	3	-	19	
Sudeste	Prudentópolis	1	7	-	-	-	1	-	3	
	Irati	-	2	-	-	-	-	-	10	
	União da Vitória	-	-	-	-	-	-	-	-	
	São Mateus do Sul	-	1	-	-	-	1	-	8	
Centro ocidental	Goioerê	-	1	-	-	-	-	-	1	
	Campo Mourão	-	4	-	-	-	-	-	1	
Total		28	50	8			1		15	

Fonte: Dados de pesquisa (2022)

Nota: I: Arquivamento do processo; II: Transação penal; III: Recebimento de denúncia; IV: Absolvição; V: Condenação; VI: Suspensão condicional do processo; VII: Modificação de competência para outras varas; VIII: Sem decisão.

Dando continuidade à análise dos dados, observa-se na Tabela 2, o quantitativo de cada consequência jurídica nos anos de 2020 e 2021, organizadas de forma decrescente em relação ao acumulado das consequências nesses dois anos.

Gráfico 2 - Comparativo das consequências jurídicas em 2020 e 2021



Fonte: dados de pesquisa (2022)

Nota: I: Arquivamento do processo; II: Transação penal; III: Recebimento de denúncia; IV: Absolvição; V: Condenação; VI: Suspensão condicional do processo; VII: Modificação de competência para outras varas; VIII: Sem decisão.

Quando se analisa o quantitativo das consequências jurídicas dos anos de 2020 e 2021, verifica-se que o Gráfico 2, que a consequência jurídica "VIII" (sem decisão) obteve o maior número de casos, ficando evidenciado que tanto no ano de 2020 quanto no de 2021, vários processos ainda não foram apreciados pelo juízo competente, uma vez que a incidência da doença trouxe consequências ao funcionamento dos estabelecimentos em geral, bem como ao Órgão Judiciário que com a vigência dos decretos estaduais e municipais, teve que fechar suas portas até que a proliferação do novo vírus diminuísse, o que acarretou no atraso de julgamento dos processos.

Pode ser visto que a consequência jurídica "III" (transação penal) acumulou um quantitativo de 574 casos, segundo lugar na escala decrescente (Gráfico 2), porém essa consequência alcançou a maior incidência no ano de 2020, com aumento em 2021, ficando evidenciado que a lei dos Juizados Especiais Criminais cumpriu seu objetivo finalístico, proporcionando ao infrator a opção de cumprir sua sanção de maneira mais branda, evitando seu encarceramento e, conseqüente, reeducando o infrator para que não cometa crimes mais graves.

Em seguida, destaca-se a consequência "I" (arquivamento do processo), que teve um montante de 66 e 129, respectivamente anos de 2020 e 2021, tendo entendido o Ministério Público que não houve indícios suficientes para proceder com o processo, o que acarretou no abandono da ação penal e no livramento de sanções para os infratores.

Mesmo com pouco índice, a consequência "V" (condenação) obteve um quantitativo de 16, oito em cada ano, a colocando entre as três últimas consequências na escala decrescente, demonstrando que algumas pessoas não aceitaram a transação penal ou não puderam ser beneficiadas pela lei. A título de exemplo, na cidade de Paraíso do Norte, localizada na Mesorregião Noroeste, pertencente a microrregião de Paranavaí houve uma condenação de uma pessoa reincidente, a qual teve pena cominada em detenção de um mês, em regime semiaberto.

Em contrapartida, algumas pessoas foram absolvidas da acusação, consequência "IV", ocupando o penúltimo lugar (Gráfico 2), totalizando nos dois anos 14 decisões. Porém, tanto os números de condenações quanto de absolvições podem ser maiores, pois o juizado recebeu várias denúncias - consequência "III" - que ainda não tiveram resultado, a saber: 21 em 2020 e 58 em 2021.

Por último, a consequência “VII” (Modificação de competência para outras varas) obteve o menor número da somatória dos dois anos de pandemia, tendo um índice maior na Mesorregião Metropolitana de Curitiba e Norte Central, sendo 3 em casa região (Tabela 2).

O ano de 2021 ficou marcado pela maior incidência de casos e óbitos no país, inclusive o Estado do Paraná, e consequentemente, esse cenário refletiu a desobediência das normas pelos paranaenses e no acúmulo de processos no judiciário, que passou a realizar o atendimento via internet, adaptando-se aos novos métodos de convivência e atendimento, uma vez que não se esperava que a pandemia de COVID-19 se prolongasse por tanto tempo.

4.4 ANÁLISE DO QUANTITATIVO DE PESSOAS NOTIFICADAS FRENTE AO CRIME DE INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA

Tão importante como os dados quantitativos do índice de infrações do crime do art. 268 do CP e das consequências jurídicas resultantes de tal infração, é apresentar o saldo de pessoas que foram notificadas pela infração de medida sanitária preventiva. A Tabela 3 traz de forma decrescente o número de notificados por Mesorregião e suas respectivas microrregiões no ano de 2020 e 2021.

Tabela 3 – Pessoas notificados pelo crime por Mesorregiões em 2020 e 2021

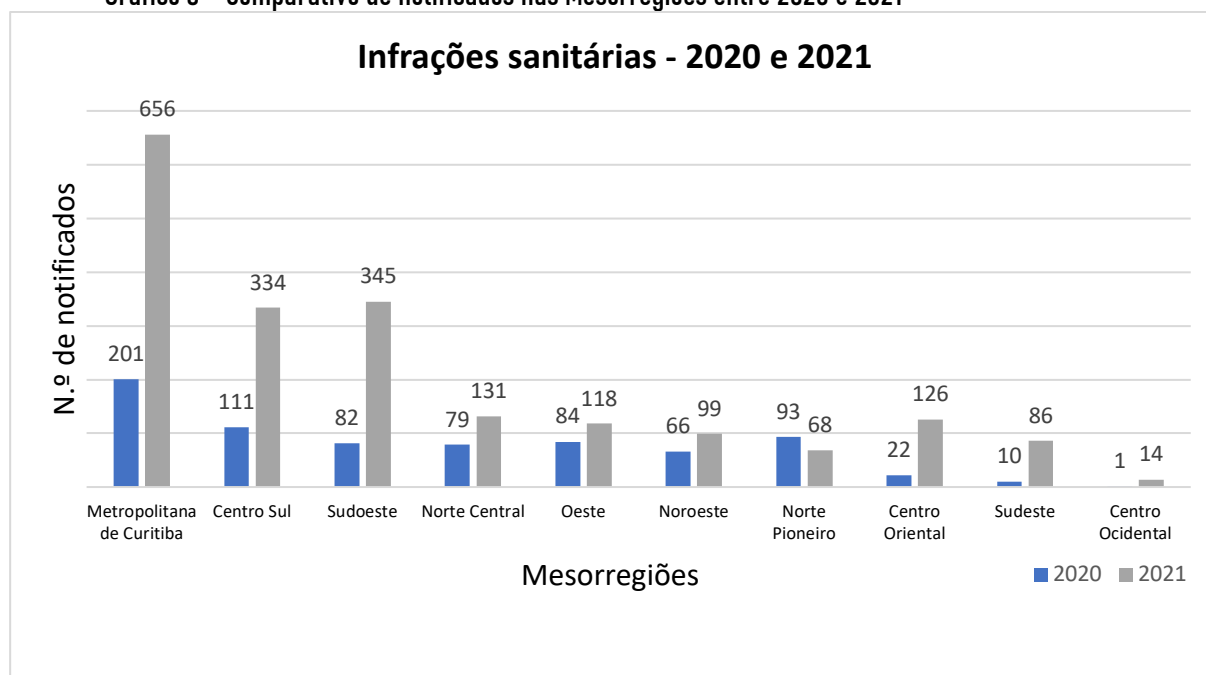
MESORREGIÕES	MICRORREGIÕES	N.º DE NOTIFICADOS			
		2020	TOTAL	2021	TOTAL
Metropolitana de Curitiba	Cerro Azul	1		2	
	Lapa	10		38	
	Curitiba	166	201	536	656
	Paranaguá	23		76	
	Rio Negro	1		4	
Centro-Sul	Pitanga	-		11	
	Guarapuava	41	111	227	334
	Palmas	70		96	
Sudoeste	Capanema	28		27	
	Francisco Beltrão	17	82	246	345
	Pato Branco	37		72	
Norte Central	Astorga	3		10	
	Porecatu	4		3	
	Floraí	-		-	
	Maringá	1	79	-	
	Apucarana	3		11	
	Londrina	63		65	131
	Faxinal	-		5	
	Ivaiporã	5		37	
Oeste	Toledo	44		29	
	Cascavel	18	84	57	118
	Foz do Iguaçu	22		32	
Noroeste	Paranavaí	48		69	
	Umuarama	10	66	17	99
	Cianorte	8		13	
Norte Pioneiro	Assaí	6		11	
	Cornélio Procópio	72		39	
	Jacarezinho	2	93	5	68
	Ibaiti	12		9	
Centro Oriental	Wenceslau Braz	1		4	
	Telêmaco Borba	15		33	
	Jaguariaíva	4	22	2	126
	Ponta Grossa	3		91	

Sudeste	Prudentópolis	5	10	34	86
	Irati	1		36	
	União da Vitória	-		-	
	São Mateus do Sul	4		16	
Centro ocidental	Goioerê	1	1	8	14
	Campo Mourão	-		6	
Total		749		1.977	
Total Geral		2.726			

Fonte: dados de pesquisa (2022)

Visando elucidar a diferença de notificados entre os anos de 2020 e 2021, o Gráfico 3 traz o comparativo das informações obtidas nesses dois anos.

Gráfico 3 - Comparativo de notificados nas Mesorregiões entre 2020 e 2021



Fonte: Dados de pesquisa (2022)

Quando se analisa o quantitativo de pessoas notificadas no Gráfico 3, era esperado que o número de infratores iria ser maior do ano de 2021, uma vez que a incidência do crime de medida sanitária foi maior nesse período. Ainda assim, nota-se que Mesorregiões que obtiveram maiores números de infrações não seguiram o mesmo padrão de notificados, ou seja, em algumas regiões o número de desobediências foi maior que em outras, porém o quantitativo de notificados foi menor.

Desse modo, a Mesorregião Centro Sul que se encontra na sexta posição, obteve um quantitativo de infrações de 121, entretanto, o Gráfico 3 aponta que a mesma região aparece na segunda posição em número de notificados, somando 445 punições, o que demonstra que houve situações em que mais de uma pessoa no participou do mesmo ato.

Com relação ao maior número de notificados, segue liderando a Metropolitana de Curitiba, que em 2020 puniu 201 pessoas, triplicando esse resultado em 2021, com 656 notificados. Esse número só reforça que várias pessoas desobedeceram aos decretos de forma conjunta, pois os órgãos de saúde e segurança efetuaram operações conjuntas em estabelecimentos comerciais que comportavam várias pessoas, bem como em festas e shows, sendo estes notificados quando do não acatamento das ordens do estado.

Nesse mesmo sentido, destaca-se negativamente as Mesorregiões Sudoeste e a já citada região Centro Sul, que em 2021 tiveram um aumento significativo de infratores em relação ao ano de 2020, especialmente a microrregião de Guarapuava (de 41 para 227), e a Mesorregião Centro Sul com elevação de 17 para 256, destacando-se a microrregião de Francisco Beltrão.

Diante desses resultados, nota-se que as desobediências frente aos decretos estaduais que versavam sobre medidas de contenção à COVID-19 só aumentaram entre os anos de 2020 e 2021, evidenciando a assertividade do emprego da Polícia Militar no controle da incidência de casos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral desse estudo foi analisar as implicações do Termo Circunstanciado lavrados pela Polícia Militar frente as infrações de medida sanitária preventiva, crime tipificado no art. 268 do Código Penal, que ocorreram em grande escala durante os anos de 2020 e 2021, com a chegada da Pandemia de COVID-19 no Estado do Paraná. O estudo, de caráter exploratório-descritivo, descreveu e analisou a incidência da infração em todo o estado, identificando a quantidade de infrações em cada uma das dez Mesorregiões paranaenses, bem como o número de notificados e suas consequências jurídicas.

Os resultados apontaram que houve grande incidência das infrações do art. 268 do Código Penal no estado paranaense, com maior concentração na Mesorregião Metropolitana de Curitiba, que apresentou destaque em todos os aspectos apresentados, da quantidade de infrações até o número de infratores, nos dois anos de pandemia. Dessa forma, ficou evidenciado que a região mais populosa do estado obteve o maior índice de desobediências aos decretos instituídos, o que necessitou do maior emprego das forças policiais para coibir tais infrações.

Em contrapartida, regiões menos populosas do estado alcançaram posições não condizentes com sua população, que foi o caso da Mesorregião Sudoeste que ocupando o sexto lugar das regiões por número de habitantes, alcançou o segundo lugar na escala de regiões com mais infrações sanitárias, ficando atrás apenas da já citada Metropolitana de Curitiba.

Quando analisado o índice de infrações do ano de 2020 para 2021, percebe-se que apenas a Mesorregião Norte Pioneiro não elevou seus casos, saindo de 80 para 45 infrações. Nesse sentido, destaca-se também positivamente a microrregião de Maringá, inclusive a cidade de Maringá, que com seus pouco mais de 400 mil habitantes (PREFEITURA DE MARINGÁ, 2022) acumulou no ano de 2020 apenas uma infração, e nenhuma em 2021. As Mesorregiões Centro Oriental, Sudeste e Centro Ocidental ocuparam os últimos lugares frente ao total de infrações cometidas nos dois anos.

Em relação as consequências jurídicas, pelo fato de o Órgão Judiciário ter ficado de portas fechadas durante algum período do ano de 2020, por força dos decretos estaduais e municipais, grande parte dos processos não puderam ser apreciados pelo juízo, o que demonstra o grande índice para a consequência jurídica “VIII” (sem decisão), tanto para o ano de 2020 como para 2021, que obteve os maiores números no acumulado dos dois anos de pandemia.

Por outro lado, vários processos que foram julgados tiveram como consequência a homologação de transação penal (III), totalizando 38% de todos as sentenças, o que demonstra a perfeita aplicação da lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pois cumpriu sua finalidade de evitar o encarceramento do infrator, aplicando uma sanção mais branda e reeducando-o para que não realize infrações mais graves.

A análise do quantitativo de notificados possibilitou verificar que o número de Termos Circunstanciados não seguiu o mesmo de infratores, ou seja, houve situações em que foram advertidas mais de uma pessoa na mesma ocorrência, o que demonstra a posição negativa da Mesorregião Centro Sul em relação a número de processos e infratores, uma vez que a região apresentou 121 infrações, ocupando a sexta posição entre as Mesorregiões, mas em relação ao número de notificados ficou na segunda posição geral, acumulando um número de 445 infratores.

A realização desse estudo teve como limitação os períodos dos anos de 2020 e 2021, anos de maior incidência da pandemia de COVID-19. Para a análise das consequências jurídicas, o período de pesquisa foi o mês de julho de 2022, possibilitando verificar a atualização mais recente das sentenças dos processos. Nesse sentido,

em relação as consequências jurídicas dos Termos Circunstanciados, pesquisas futuras apresentarão resultados distintos das que se encontram neste trabalho, visto que o sistema da CELEPAR atualiza seus dados diariamente e a pandemia ainda não acabou.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto- Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Lei n.º 13. 979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispões sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

CORONAVÍRUS: Brasil confirma primeiro caso da doença. UNA-SUS, 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>. Acesso em: 18 abr. 2022.

DALCHIAVON, Eloisa Carla et al. Desenvolvimento econômico dos municípios paranaenses: análise a partir do índice FIRJAN de Desenvolvimento Municipal (IFDM) para o período de 2005 a 2013. 2017. Unioeste, 2017. Disponível em: <https://tede.unioeste.br/handle/tede/3039>. Acesso em: 28 jul. 2022.

DE SOUZA, Marina Duarte. Coronavírus: 11 estados brasileiros registram lockdown em pelo menos uma cidade. BRASIL DE FATO, 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/05/20/coronavirus-11-estados-brasileiros-registram-lockdown-em-pelo-menos-uma-cidade>. Acesso em: 28 jul. 2022.

DEMOGRAFIA do Paraná. PREFEITURA DE MARINGÁ, 2022. Disponível em: <http://www.maringa.pr.gov.br/turismo/?cod=nossa-cidade/3>. Acesso em: 20 ago. 2022.

DIAS, L. Carlos. Momento histórico: tem início a vacinação contra a Covid-19 pelo mundo. Jornal da UNICAMP, 2020. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/luiz-carlos-dias/momento-historico-tem-inicio-vacinacao-contracovid-19-pelo-mundo>. Acesso em 15. abr. 2022.

DOS SANTOS, Marisa Ferreira; CHIMENTI, Ricardo C. Sinopses Jurídicas v 35 - juizados especiais cíveis e criminais - federais e estaduais. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553609949. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609949/>. Acesso em: 15 set. 2022.

DOS SANTOS, Milton Humberto Schanes. Coronavírus: idosos e doenças crônicas. UFRGS, 2021. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/das/coronavirus-idosos-e-doenças-cronicas/>. Acesso em: 28 jul. 2022.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Arts. 213 a 361 do Código Penal. v.3. 19 ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022. Grupo GEN, 2022. 9786559771431. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771431/>. Acesso em: 14 jul. 2022.

HISTÓRICO da pandemia de COVID-19. OPAS, 2022. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em 15. abr. 2022.

IBGE. Cidades e Estados, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/pr.html>. Acesso em: 29 jul. 2022.

IBGE. Divisão regional do Brasil em mesorregiões e microrregiões geográficas (volume I), 1990. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv2269_1.pdf. Acesso em 29 jul. 2022.

Mapa mesorregiões geográficas - Paraná. Disponível em: https://www.ipardes.pr.gov.br/sites/ipardes/arquivos_restritos/files/documento/2019-09/Regi%C3%B5es%20Geogr%C3%A1ficas%20%28Lei%20Estadual%2015.pdf. Acesso em 10 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Arts. 213 a 361 do Código Penal. v.3. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Grupo GEN, 2022. 9786559643752. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643752/>. Acesso em: 14 jul. 2022.

NÚMERO de mortes por COVID-19 no BRASIL em 2021 já supera todo o ano de 2020. CNN Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/numero-de-mortes-por-covid-19-no-brasil-em-2021-ja-supera-todo-ano-de-2020/>. Acesso em 18 abr. 2022.

PAINEL Coronavírus. CORONAVÍRUS BRASIL, 2022. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 4.230, de 16 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus – COVID-19. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=390948>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 6.294, de 3 de dezembro de 2020. Dispõe sobre nova medidas de distanciamento social para o enfrentamento da pandemia da COVID-19. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=405374>. Acesso em 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 6.555, de 17 de dezembro de 2020. Prorroga por 10 dias a vigência das medidas de distanciamento social para o enfrentamento da pandemia da COVID-19, estabelecidas no Decreto n.º 6.294, de 03 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=406149>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 6.590, de 28 de dezembro de 2020. Prorroga por mais dez dias a vigência das medidas de distanciamento social para o enfrentamento da pandemia da COVID-19 dispostas no Decreto n.º 6.294, de 3 de dezembro de 2020, prorrogada pelo Decreto n.º 6.555, de 17 de dezembro de 2020, e adota outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=407013>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 6.599, de 7 de janeiro de 2021. Prorroga até 31 de janeiro de 2021 a vigência das medidas de distanciamento social para o enfrentamento da pandemia da COVID-19 dispostas no Decreto n.º 6.294, de 3 de dezembro de 2020 e prorrogada pelos Decreto n.º 6.555, de 17 de dezembro de 2020 e 6.590, de 28 de dezembro de 2020 e adota outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=407709>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 6.745, de 29 de janeiro de 2021. Prorroga por mais dez dias a vigência das medidas de distanciamento social para o enfrentamento da pandemia da COVID-19 dispostas no Decreto n.º 6.294, de 3 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=408740>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 6.828, de 10 de fevereiro de 2021. Prorroga até o dia 28 de fevereiro de 2021 a vigência das medidas de distanciamento social para o enfrentamento da pandemia da COVID-19 dispostas no Decreto n.º 6.294, de 3 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=409345>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 6.832, de 11 de fevereiro de 2021. Altera o art. 1º do Decreto n.º 6.294, de 3 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=409431>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 6.983, de 26 de fevereiro de 2021. Determina medidas restritivas de caráter obrigatório, visando o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=410089>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 7.020, de 5 de março de 2021. Prorroga até as 5 horas do dia 10 de março de 2021 a vigência do Decreto n.º 6.983, de 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=410434>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 7.320, de 13 de abril de 2021. Promove alterações do Decreto n.º 7.020, de 5 de março de 2021. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=412775>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 8.178, de 30 de julho de 2021. Estabelece novas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=418013>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PARANÁ. Decreto n.º 8.705, de 14 de setembro de 2021. Estabelece novas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=420288>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PINHEIRO, Regina. STF reconhece competência de estados e municípios em regras de isolamento. RÁDIO SENADO, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/04/16/stf-reconhece-competencia-concorrente-de-estados-df-municipios-e-uniao-no-combate-a-covid-19>. Acesso em 2 ago. 2022.

POLÍCIA MILITAR DO PARANÁ 2022. Business Intelligence (BI). Disponível na intranet da PMPR, acesso julho de 2022.

SALDANHA, Murilo. Maringá é destaque em ranking entre as melhores cidades do Brasil. PREFEITURA DE MARINGÁ, 2022. Disponível em: <http://www.maringa.pr.gov.br/site/noticias/2022/07/07/maringa-e-destaque-em-ranking-entre-as-melhores-cidades-do-brasil/40066>. Acesso em: 20 ago. 2022.

14 TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO: QUESTÃO DE GÊNERO

Camila Viríssimo R. De Silva Moreira
Cristiano Mesquita Magalhães

RESUMO: A pesquisa visa analisar as alterações da Lei nº 13.104/2015, que alternando o código penal e qualificando o Femicídio como crime hediondo no Brasil. A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica, sustentada em uma literatura impressa e eletrônica. As mulheres são vítimas de violência e qualquer comportamento ou ato baseado no gênero que cause danos ou dor física, emocional ou psicológica às mulheres, independentemente de raça ou religião, classe ou idade. a pessoa que é a vítima. Embora existam muitas formas de violência que as mulheres sofrem todos os dias, a privação de suas vidas é a forma mais grave de violência. O feminicídio é o ato de matar mulheres pelo fato de serem do sexo feminino, e é realizado predominantemente por relações íntimas. Concluindo-se que, na tentativa de minimizar a violência contra as mulheres, a Lei do Femicídio (art. 12 §2º incisos 6 do CP) entrou em vigência em março de 2015, como uma qualificadora penal e que reconhece o homicídio de mulheres como crime hediondo, este resultando de violência doméstica e familiar ou em razão de menosprezo ou discriminação da condição de mulher.

Palavras-chave: Femicídio. Hediondo. Violência.

ABSTRACT: The research aims to analyze the changes in Law No. 13.104/2015, which alternating the penal code and qualifying Femicide as a heinous crime in Brazil. The methodology used is bibliographic research, supported by printed and electronic literature. Violence against women is any action or conduct, based on gender, that causes physical, sexual or psychological harm or suffering to women, without distinction of race, class, religion, age or proximity to the aggressor. Despite the different types of violence that women are victims of daily, the deprivation of life is the most extreme manifestation of this violence. Femicide is the murder of a woman because she is a woman and is practiced mostly by intimate partners. Concluding that, in an attempt to minimize violence against women, the Femicide Law (art. 12 §2 item 6 CP) came into force in March 2015, as a criminal qualifier and which recognizes the murder of women as a crime heinous, this resulting from domestic and family violence or due to contempt or discrimination against the condition of woman.

Keywords: Femicide. Heinous. Violence.

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, tem-se aumentado a preocupação com o fenômeno da morte de mulheres vítimas da violência de gênero, aperfeiçoando a sua especialização por via da legislação, que consiste na criminalização da violência contra as mesmas, não só pelas normas ou leis, mas, também, através da consolidação de aparelhos mobilizadores que protejam as vítimas e punam seus agressores.

As mortes de mulheres por questões relacionadas ao gênero, denominadas feminicídio, ocorrem em diversos ambientes sociais e decorrem de uma cultura dominante e da falta de igualdade de poder entre os gêneros masculino e feminino, o que, por sua vez, causa a menor posição de mulheres, o que resulta em violência extrema que causa a morte de muitas mulheres.

A lei 13.104/2015 trouxe alterações no código penal e qualificou Femicídio como crime hediondo no Brasil, tal crime é praticado contra mulheres em razão da condição de ser do sexo feminino. Somente se configura feminicídio, quando é comprovada as causas, podendo ser: agressões físicas ou psicológicas, abuso ou assédio sexual, tortura, mutilação genital, espancamentos entre qualquer outra forma de violência que gerem a morte de uma "mulher", ou seja por exclusiva questão de gênero.

No Brasil foram sendo incluídos instrumentos de punição aos homens violentos com suas parceiras, sendo o tema tratado tanto no § 8º do Art. 226 da Constituição Federal de 1988, na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e na Lei 13.104/15 que alterou o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1, da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos, tema principal desta pesquisa.

A pesquisa e a discussão desse assunto são de suma importância, visto que o Brasil é um país onde muitas mulheres são vítimas de violência diariamente, sendo necessária uma mínima compreensão dessa realidade tão fragilizada vivida pelas vítimas e seus familiares.

Busca-se desta forma analisar a constitucionalidade da Lei 13.104/15 e com maior profundidade a questão da violência contra a mulher e como deve ser tratada pela lei e pela justiça a questão do feminicídio como crime hediondo. O objetivo geral é descrever as alterações feitas no Código Penal a respeito da Lei 13.104/15 sobre o feminicídio.

Os objetivos específicos são: Expor sobre a violência contra a mulher; descrever a respeito da tipificação penal do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, (Crime qualificado e hediondo; competência para julgamento; elementos do feminicídio, sujeito passivo do feminicídio); e a necessidade de criminalização do feminicídio: o direito de punir.

A pesquisa é desenvolvida para a construção da referencial teórico relacionado ao tema, a pesquisa exploratória bibliográfica que utiliza fontes secundárias, sendo, livros, revistas, monografias e outros documentos bibliográficos, jurisprudências, além de materiais recolhidos junto a artigos da internet.

À análise legislativa, tem como base o método lógico-dedutivo, que se resume no estudo da disciplina baseado nos conceitos normativos jurídicos ambientais, estabelecendo suas correlações com o tema proposto.

2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA

A violência contra a mulher causa um enorme impacto na sociedade e repercussão sobre diversos tipos de violência contra a mulher em destaque e o nome dado a isso conforme Meneghel e Portella (2017, p. 54) o feminicídio é o termo descreve o assassinato de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade.

Conforme o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Neste caso, a violência contra a mulher é crime e deve ser denunciada, a fim de exigir a punição do agressor. É válido supor que quando a mulher aceita a agressão, ela mesma relega seus direitos enquanto cidadã.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1993, definiu oficialmente a violência contra as mulheres, como: “Qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em dano físico, sexual, psicológico ou sofrimento para a mulher, inclusive ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, quer ocorra em público ou na vida privada”. (DAY et al, 2003, p. 15).

Segundo o artigo 7º da Lei nº 11.340/2006 a Lei Maria da Penha, descrito em Conselho Nacional de Justiça, a violência contra a mulher ocorre das seguintes formas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

- 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, 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, p. 8).

A violência abrange toda a sociedade e não diferencia raça, cor, valores morais, classes ou classes. Afeta todos os tipos de pessoas. Nas palavras de Oliveira (2015, p. 198) e mesmo todas as classes da sociedade, a mais impactada pela quantidade de denúncias são as classes mais baixas devido ao fato de que a classe alta tem medo ou vergonha de se expor em diversos meios de comunicação.

Considerando-se o gênero, a violência contra mulheres constitui-se em um grande problema de saúde pública, levando à violação de direitos humanos. Dentre as formas mais generalizadas de violência contra a mulher, destacam-se a violência física praticada por parceiro íntimo e a violência sexual. Para compreender a temática da violência doméstica contra a mulher como uma das formas de violência de gênero, consideram-se, nesse conceito, as relações de poder e a distinção entre papéis culturalmente atribuídos a cada um dos sexos e suas peculiaridades biológicas. Os fatos têm demonstrado que dificilmente esse poder beneficia as mulheres, majoritariamente alvo da violência de gênero. Estudos apontam que parceiros e ex-parceiros são os principais autores da violência doméstica contra a mulher (OLIVEIRA, 2015, p. 197).

Como afirma Day et al. (2003, p. 74) as consequências negativas da agressão atingem a saúde física e emocional das mulheres, o bem-estar de seus filhos e até a conjuntura econômica e social das nações, seja imediatamente ou a longo prazo.

Assim, o entendimento popular da violência apoia-se num conceito, durante muito tempo, e ainda hoje, aceito como o verdadeiro e o único. Trata-se da violência como ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral. Observa-se que apenas a psíquica e a moral situam-se fora do palpável. Ainda assim, caso a violência psíquica enlouqueça a vítima, como pode ocorrer - e ocorre com certa frequência, como resultado da prática da tortura por razões de ordem política ou de cárcere privado, isolando-se a vítima de qualquer comunicação via rádio ou televisão e de qualquer contato humano -, ela torna-se palpável (SAFIOTTI, 2004, p. 17 e 18).

A mulher, na relação com a família ou na sociedade é ensinada a noção de fragilidade, submissão e dependência. Isso dá aos homens o privilégio de guardá-la, o que é visto como parte integrante de seu caráter. As mulheres são, portanto, alvos fáceis de violência que varia de estupros a ofensas, bem como assassinatos, espancamentos e assassinatos. Isso afeta mulheres de todas as classes sociais e em todo o mundo, tanto em casa como fora dela (SAFIOTTI, 2004, p. 46).

Segundo Chauí (1985, p. 41) a violência é influenciada pelo jogo de forças, e é compreendida pela falta de poder, por um lado, e pela existência da necessidade de governar e controlar, por outro. São relações que atendem à intenção de dominação, exploração e opressão que tratam o ser humano não como indivíduo, mas sim como objeto, e se caracterizam pela apatia e pelo silêncio.

Dessa forma, o caráter dos indivíduos poderia ser visto como uma possibilidade manipulada de que o ato de violência seja aceito. Quando uma pessoa, por meio de processos culturais, sociais, políticos e econômicos, aceita o sistema de crenças dominante e passa a ver a violência como não-violência, ou seja, é normal (CHAUÍ, 1985, p. 25).

Em Chauí (1985, p. 23) no mesmo capítulo, revela-se que a classe de poder emprega métodos de opressão que visam à perpetuação do sistema de dominação ou à expansão de seu domínio. Nesse sentido, a violência física é vista como um fator que contribui para os processos simbólicos de poder do homem. As relações entre homens e mulheres são sempre mediadas pela violência, seja ela simbólica ou física.

Os diferentes tipos de violência, desde a psicológica, que se impõe através do nível simbólico, até a física, causada pela violência, estão profundamente enraizadas na sociedade. Segundo Cunha e Pinto (2007, p. 47) A violência física é definida como o uso da força, por meio de socos ou chutes, arremesso de objetos, empurrões, queimaduras, entre outros, que venham a ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, podendo deixar ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis*.

A *vis corporalis* é a ofensa ao corpo ou à saúde, podendo ser dolosa ou culposa, pois, conforme descreve Dias (2007, p. 47), “não só a lesão dolosa, também a lesão culposa constitui violência física, pois nenhuma distinção é feita pela lei sobre a intenção do agressor.”

A respeito da violência psicológica Cunha e Pinto (2007, p. 20), a descrevem como sendo como uma agressão emocional (podendo ser tão mais grave que a física). O comportamento é feito através de ameaças, rejeição, humilhações ou discriminações à vítima, onde o agressor demonstra prazer quando percebe que sua vítima se sente amedrontada, inferiorizada e diminuída, configurando-se assim a *vis compulsiva*. Este tipo de violência, a *vis compulsiva*, consiste na agressão emocional, mais frequente e menos denunciada, pois é de difícil percepção pela sociedade e até mesmo pelas próprias vítimas.

Nesse sentido, a agressão psicológica à mulher não é declarada explicitamente e, portanto, não deixa marcas, sendo desencadeada quando o homem se mostra apático em relação à mulher e caracteriza-se como a humilhação contínua que a mulher sofre. “A violência que é perpetrada contra a mulher pode prejudicar a mulher de uma forma subjetiva que é o aspecto psicológico, emocional é extremamente prejudicial”. Por exemplo, um homem confronta sua parceira com palavras como: você não precisa, eu vou te matar ou te matar, etc. Além disso, usar 'chantagem' para forçar ou induzir as mulheres a realizar ações que ela faz não deseja fazer, ações que não são comprovadas (DIAS, 2007, p. 88).

A violência física, por outro lado, é apenas um complemento à ação ideológica, em que as mulheres são sensuais, oprimidas e abusadas socialmente.

Muitos homens que acreditam na noção de supremacia masculina podem estar envolvidos em cenas violentas contra as mulheres. Violência física pode ocorrer quando uma mulher não tem certeza dos fatos e tenta ganhar autonomia dentro do casamento ou quando há drogas ou desemprego são predominantes no relacionamento. A qualquer momento (CUNHA e PINTO, 2007, p. 56).

Outro fator que se acredita ser um dos principais motivos da violência doméstica é a violência sexual que ocorre em casamentos e relacionamentos. Na atualidade, esse tipo de violência é considerado normal porque se acredita como uma "obrigação conjugal que significa que a mulher tem que estar disponível sexualmente para seu cônjuge, independentemente de a relação não ser recíproca. A mulher é então o objeto do homem do desejo (CHAUI, 1985, p. 44),

Muitas mulheres se recusam a cumprir a obrigação conjugal, o que pode levar à violência, já que o homem, que morava com a esposa, a considera como sua propriedade. Em alguns países, como a França, os atos sexuais praticados pelo casal sem o consentimento da mulher são crime desde o ano de 1980 (SAFFIOTI 1994, p. 151).

Neste caso, conforme Silva (1992, p. 95), a família é o lugar mais privilegiado onde prevalecem as relações de micro poder conflituosas (como a violência na relação conjugal, que geralmente tem como alvo a mulher) que pode levar à violência física. E é testemunhado por outras pessoas há sempre um descuido: quando marido e mulher brigam, ninguém se envolve. Não é incomum que vizinhos e familiares não estejam interessados em se envolver, assim como os policiais, cujo trabalho é garantir a segurança e proteger.

A tentativa e esperança de manter a família unida e salvar o relacionamento, acaba por levar a mulher a superar sozinha a agressão que pode persistir por anos e anos, até chegar ao limite máximo. Quando se esgotam todas as possibilidades de a mulher conter a violência no âmbito familiar, o último recurso geralmente é a delegacia de polícia, instituição vista pela mulher como capaz de conter ou reprimir a violência. O que se constata

é que a violência conjugal só vem se tornar pública quando a mulher não mais consegue suportá-la sozinha (SAFFIOTI, 1994, p. 74).

Considerando as redes de apoio à mulher em situação de violência descrita em Presidência da República Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres: Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres encontra-se os seguintes meios: Saffioti (1994, p. 74) cita as seguintes redes de apoio:

- Centro de Referência: que visa o atendimento psicológico, social e acolhimento as vítimas se necessário encaminhado para orientação jurídica à mulher em situação de violência;
- Casa abrigo: locais seguros para as mulheres que necessitam de moradia e atendimento integral em situações de riscos;
- Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher: unidades especializadas da Polícia Civil, atendimento de caráter preventivo e repressivo;
- Defensorias da mulher: finalidade de dar assistência jurídica, orientar e encaminhar mulheres em situação de violência.
- Polícia Civil e Militar: A Delegacia comum também deve registrar toda e qualquer ocorrência oriunda de uma mulher vítima de violência. São os profissionais da Polícia Militar que muitas vezes, fazem o primeiro atendimento ainda na residência ou em via pública, realizando então o primeiro atendimento e encaminhando para outros serviços da rede.
- Instituto Médico Legal: O IML desempenha um papel importante no atendimento à mulher em situação de violência, principalmente as vítimas de violência física e sexual. Sua função é decisiva na coleta de provas que serão necessárias ao processo judicial e condenação do agressor (SAFFIOTI, 1994, p. 122).

A instituição policial geralmente se apega a este fato como forma de justificar a omissão, alegando que a mulher acaba por pedir o arquivamento do processo. Percebe-se que a violência ocorrida no âmbito doméstico recebe menos atenção por parte da sociedade. O que se torna predominante nesta espécie de violência é a falta de informações por parte dos casais; muitos homens desconhecem que bater em mulher é considerado agressão física, e principalmente às mulheres, que desconhecem seus direitos e se deixam agredir (SAFFIOTI, 1994, p. 64).

2.1 CONCEITO E ORIGEM DO FEMINICÍDIO

O conceito de feminicídio utilizado pela primeira vez nos escritos de Diana Russell em 1976, antes dele foi o Tribunal Internacional de Crimes Contra a Mulher que foi realizado em Bruxelas para descrever o assassinato de mulheres simplesmente por serem mulheres, definindo-o como um tipo de violência sexual terrorista ou genocídio contra as mulheres. “[...] o feminicídio como tal é um dos mecanismos que perpetua a dominação masculina, e está profundamente enraizado na sociedade e na paisagem cultural” (MENEHEL e PORTELLA. 2017, p. 3079).

Conforme Gomes (2015, p. 87) para configurar feminicídio, não basta que a vítima seja mulher. A morte tem que ocorrer por “razões da condição de sexo feminino”.

A lei 13.104/15, veio e introduziu o inciso VI e § 2º - A ao Código Penal Brasileiro, tais inovações trouxeram a qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio, quando ele for praticado em 2 (duas) hipóteses:

- 1 - Violência doméstica e familiar: a definição de violência doméstica e familiar está no artigo 5º, inciso I da Lei Maria da Penha:
 Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)
 I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
 II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

- III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.
- 2 - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher: esse é o caso em que o autor do crime é motivado pelo preconceito, discriminação do gênero feminino, em grosseiras palavras, mata só porque a mulher é mulher (HUBINGER, 2019, p. 01).

Para a compreensão do feminicídio é pertinente o entendimento do conceito de gênero, que é uma construção social que transcende o aspecto biológico. As relações existentes sobre o gênero sofrem influências dos fatores culturais, econômicos, políticos e sociais que contribuem para a formação da identidade (TOLOSA, 2017, p. 86).

O conceito de gênero se reflete em diversas estruturas sociais, que vão desde atividades de produção baseadas na divisão sexual do trabalho até funções reprodutivas, que correspondem aos papéis desempenhados por homens e mulheres no processo de reprodução humana. Ser mulher ou homem não é apenas uma circunstância natural ou aleatória, mas sim uma construção sociocultural que afirma a vantagem que um tem sobre o outro (masculino) em relação ao feminino (OLIVEIRA et al., 2015, p. 41).

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante (SECRETARIA DA MULHER, 2018, p. 56).

A diferença entre as noções que são "sexo" e "gênero" é porque o primeiro conceito está ligado às distinções biológicas entre homens e mulheres, enquanto "gênero" diz respeito às representações sociais de gênero, identidades e características de homens e mulheres. É fundamental reconhecer que as distinções na categoria de gênero não estão na esfera genética do homem ou da mulher, mas sim nas distinções de gênero que foram construídas pela sociedade para distinguir o masculino do feminino, o que permite compreender melhor as representações sociais históricas que se baseiam nas esferas sociais como: religião, raça, regional, étnica e política. Assim, o gênero pode ser uma construção sociológica associada ao sexo. É também uma construção que possui muitas identidades que podem ser fluidas e conflitantes (TOLOSA, 2017, p. 24.).

Segundo Oliveira et al., (2015, p. 46) o feminicídio é definido como todo e qualquer ato de violência baseado na dominação de gênero, que são cometidos contra o sexo feminino e que resultam na morte dessa mulher. De acordo com essa visão, o assassinato de mulheres é cometido por quem está próximo da vítima, por exemplo, maridos, namorados ou parceiros, outros membros da família, ou mesmo por estranhos.

Femicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. São crimes que ocorrem geralmente na intimidade dos relacionamentos e com frequência, caracterizam-se por formas extremas de violência e barbárie. A morte de mulheres decorrente pela condição de gênero tem aumentado e a maneira de como ele é perpetrado chama atenção devido a crueldade (TOLOSA, 2017, p. 46).

2.2 FEMINICÍDIO: CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

A lei 13.104/2015 alterou o código penal e qualificou o Feminicídio como crime hediondo no Brasil, tal crime é praticado contra mulheres em razão da condição de ser do sexo feminino. Vale lembrar que somente se configura feminicídio, quando é comprovada as causas, podendo ser: agressões físicas ou psicológicas, abuso ou assédio sexual, tortura, mutilação genital, espancamentos entre qualquer outra forma de violência que gerem a morte de uma "mulher", ou seja por exclusiva questão de gênero (OLIVEIRA, 2015, 45).

Mulher é um ser humano nomeado por ser do sexo feminino, oposto de homem. Para ser mulher, segundo os padrões sociais, deve apresentar genitália feminina, ter menstruação, e ser capaz de gerar outra vida, salvo

exceções. Para ocorrer o feminicídio é preciso que o sujeito passivo seja uma mulher, e que o crime tenha sido cometido por razões da sua condição de ser do sexo feminino (TOLOSA, 2017, p. 41).

A alteração feita pela Lei 13.104/15 foi criada a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMIVCM), que investigou a violência contra as mulheres nos entes da federação, entre março de 2012 e julho de 2013. Ainda em 2013, a Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW) da ONU recomendou aos Estados para que reforçassem a legislação nacional para punir assassinatos violentos de mulheres e meninas em razão do gênero (CAPEZ, 2016, p. 76).

Criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

A criação da Lei do Feminicídio está apoiada no §8º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, que prevê:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Assim, o diploma legal supramencionado alterou o art. 121, §2º do Código Penal (Homicídio), incluindo o feminicídio entre suas qualificadoras.

Art. 121. Matar alguém (...) Homicídio qualificado

§2º Se o homicídio é cometido:

(...) Feminicídio

VI - Contra a mulher por razões da condição do sexo feminino:

(...) §2º-A considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - Violência doméstica e familiar;

II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A pena prevista para o homicídio qualificado é de 12 a 30 anos de reclusão. Ainda, a Lei 13.104/2015 previu a causa de aumento de pena em seu parágrafo 7º:

§7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - Durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - Contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou ascendente a vítima.

Por fim, a Lei do Feminicídio, alterou o inciso I do art. 1º da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º

(...) I - Homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só a gente, e homicídio qualificado (art. 121, §2º, I, II, III, IV, V e VI) (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que, por se tratar de um crime doloso contra a vida, o processamento e julgamento do delito se dão pelo rito especial do Tribunal do Júri (Art. 406 a 497, CPP). Ainda, deve ficar claro que “não existe crime de feminicídio como tipo penal autônomo” (BITENCOURT, p. 95, 2014). O tipo penal é o do homicídio (art. 121, CP), sobre o qual, no caso concreto, incidirá a qualificadora do feminicídio.

Há uma discussão teórica sobre a relevância do uso do termo, uma vez que para alguns autores, feminicídio, em sua raiz etimológica traz alusão ao ato de matar uma mulher (equivalente a assassinato), enquanto que o termo

femicídio incluiria a motivação baseada no sexo e a misoginia; agregando a inação estatal frente aos crimes (PATH, 2010, p. 30).

2.3 FEMINICÍDIO NO BRASIL

Mesmo com os avanços nos campos de direitos das mulheres, passos significativos e de novas leis que favorecem as mesmas, o Brasil ainda é um país com índices altíssimos de violência e morte contra mulher (GALVÃO, 2018, p. 03). Todos os dias elevadas estatísticas de violência contra mulheres nos mostram que um grande número ainda submetidas a alguma forma de violência, tais como assédios, estupros, tortura, violência psicológicas ou físicas, agressões domésticas, perseguições e na sua expressão mais grave, o feminicídio. O que resulta em um destaque no cenário mundial, onde o Brasil está como o 5º país com a maior taxa de homicídio de mulheres. Em 2010 estava como 7º lugar, ou seja, essa média cresceu, mesmo com o amparo das leis (GALVÃO, 2018, p. 03).

O Mapa da violência de 2015 revela que mais de 106 mil mulheres brasileiras foram vítimas de assassinato no curto período de tempo entre 1980 e 2013. O Brasil registrou um número de 8 homicídios de mulheres por dia entre março de 2016 a março de 2017, segundo os ministérios públicos estaduais. Foram 2.925 mulheres assassinadas em 2017, 8,8% a mais em relação ao ano anterior. Mais de 50% dos casos cometidos por familiares, 33% pelo parceiro ou ex. É um número assustador, pois, existe de fato o medo de se nascer mulher em um país desses. A população teme e reconhece o grande risco que as mulheres correm (GALVÃO, 2018, p. 03).

A Rede de Observatórios da Segurança, que tem por objetivo monitorar os dados sobre a violência no Brasil, disponibilizou um relatório a respeito da violência contra as mulheres em cinco estados do país no ano de 2021: São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Bahia e Ceará. “As informações divulgadas pelo boletim #ElasVivem revelaram que uma mulher é violentada a cada cinco horas e pelo menos um feminicídio é registrado por dia” (AZEVEDO, 2021, p. 02)

O estado com a maior taxa de mortalidade entre as mulheres é Roraima, 11,4% mortes a cada 100 mil habitantes. Dados afirmam que a economia do Brasil perde cerca de 1 bilhão por ano devido a agressão de trabalhadoras dentro de suas casas. Nos casos de mulheres negras os números aumentaram em 54% nos últimos 10 anos, e os números de mulheres brancas diminuiu em 9,8% no mesmo período de tempo. Uma pesquisa com base em registros de certidões de óbitos das vítimas mostra que a arma de fogo é o principal instrumento usado nos homicídios (GALVÃO, 2018, p. 04).

O relatório demonstrou que a tentativa de feminicídio/agressão física na Bahia foi de 50, no Ceará foram de 38, em Pernambuco 93, no Rio de Janeiro 192 e em São Paulo chegou a 501 mulheres, o número de feminicídio na Bahia chegou ao total de 66 mulheres, no Ceará 22 mulheres, em Pernambuco 91 mulheres, no Rio de Janeiro 73 e em São Paulo 157 vítimas. O número de violência sexual e estupro nos referidos estados foram de 29 na Bahia, 17 no Ceará, 18 em Pernambuco, 39 no Rio de Janeiro e 97 em São Paulo (AZEVEDO, 2021, p. 02).

3 TIPIFICAÇÃO PENAL DO FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO-BRASILEIRO

O debate sobre a tipificação da conduta de feminicídio ocorreu com maior veemência na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – Violência Contra a Mulher no Brasil – que resultou no Projeto de Lei n. 292/201, que abarcava conceito significativo da terminologia em sua exposição de motivos: “o assassinato de mulheres pela condição de serem mulheres é chamado de feminicídio” (BRASIL, 2013). Com a aprovação do referido projeto, entrou em vigor a Lei n° 13.104/2015, a qual estabeleceu uma nova qualificadora ao artigo 121 do código penal, sendo acrescido o inciso VI em seu parágrafo 2º, ficou redigido da seguinte forma:

Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado § 2º Se o homicídio é cometido:

Femicídio (Incluído pela Lei n° 13.104, de 2015) VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena - reclusão, de doze a trinta anos (BRASIL, 2013).

Importante ressaltar que essa alteração alcançou apenas aqueles que cometerem crime após a lei começar a vigorar, eis que a sanção para esse tipo penal passa a ser mais gravosa, o que impede sua aplicação aos delitos de feminicídio praticados anteriormente a 10 de março de 2015, data de publicação da Lei do Feminicídio, pelo óbice encontrado na vedação da *reformatio in pejus*. (PRADO, 2014, p. 161)

3.1 CRIME QUALIFICADO E HEDIONDO

A qualificadora de um crime, segundo leciona Prado (2014, p. 440): “são circunstâncias legais presentes na Parte Especial do Código Penal” que modificam as margens de aplicação da pena, permitindo ao magistrado que fixe pena fora dos limites previstos no tipo penal fundamental. Por isso, necessariamente, a qualificadora “feminicídio”, comina a sua pena mínima em doze anos; e, máxima em trinta anos, como margem para a aplicação da pena base, distinguindo-se, assim, da pena do tipo fundamental do artigo 121, de no mínimo seis, no máximo doze anos.

Por essa agravante ser uma qualificadora do crime de homicídio, torna-se, também, um crime hediondo, Bitencourt (2014, p 83) ressalta que todo homicídio qualificado será hediondo. Dessa forma, a nova qualificadora introduzida, também foi incluída no rol de crimes hediondos, artigo 1º, I da Lei nº 8.072/1990:

Art. 1o São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984).

I - Homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015). (Vide Lei nº 7.210, de 1984) I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015).

Portanto, nota-se que, para o legislador, os crimes hediondos são aqueles que merecem maior reprovação por parte do Estado, fazendo com que as penas desses crimes sejam mais altas e também que não seja cabível o instituto da fiança, anistia, graça e indulto, conforme art. 2º da Lei nº 8.072/1990 (BRASIL, 1990).

Os crimes dolosos contra a vida, de regra, são processados e julgados pelo Tribunal do Júri, conforme art. 5º, inc. XXXVIII, d, da CF/88, contudo ao oferecer a denúncia, o Ministério Público por não precisar de autorização ou manifestação de vontade do ofendido para dar início à persecução criminal (BITENCOURT, 2014, p 128), deverá observar qual a forma determinada na Lei de organização judiciária para processar e julgar crimes dolosos contra à vida.

Segundo o recente entendimento da 2º turma do STF, no HC 102150/SC, rel. Min. Teori Zavascki, 27.5.2014, a Lei de Organização Judiciária poderá prevê que quanto aos crimes dolosos contra à vida, praticados no âmbito da violência doméstica, a 1º fase do procedimento do Júri poderá ser realizada na Vara de Violência Doméstica, não existindo usurpação de competência constitucional do Júri, no entanto o Julgamento em si deverá ser realizado no Tribunal do Júri.

O art. 2º da Lei 13.104/15 alterou o artigo 1º da Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos) para incluir nesse rol o homicídio qualificado do inciso VI, do § 2º, do art. 121 do CP. Tal crime foi acrescentado ao rol de crimes hediondo, por tratar se de uma das formas qualificadas do crime de homicídio. De acordo com Gomes (2015, p. 84):

A rigor, o feminicídio já poderia (e, em alguns casos, já era) classificado como crime hediondo (homicídio por motivo torpe, fútil etc.). Afinal, não há como negar torpeza na ação de matar uma mulher por discriminação de gênero (matar uma mulher porque usa minissaia ou porque não limpou corretamente a casa ou porque deixou queimar o feijão ou porque quer se separar ou porque depois de separada encontrou outro namorado etc.). Mas esse entendimento não era uniforme. Daí a pertinência da nova lei, para dizer que toda essa situação configura

indiscutivelmente crime hediondo. Nos crimes anteriores a 10/3/15 o motivo torpe continua sendo possível. O que não se pode é aplicar a lei nova (13.104/15) para fatos anteriores a ela (lei nova maléfica não retroage).

Fundamental enfatizar que o feminicídio não é um crime equiparado ao hediondo, e sim, um crime formalmente hediondo. Segundo Gomes (2015, p. 86):

A comprovação de uma violência de gênero exige prova inequívoca. Havendo dúvida, in dubio pro reo. A motivação do delito constitui o eixo da violência de gênero. Uma vez comprovada essa circunstância, não se pode mais invocar o motivo torpe: uma mesma circunstância não pode ensejar duas valorações jurídicas (está proibido o bis in idem). Na praxe forense um aspecto sumamente relevante será o do possível abuso acusatório (excesso na acusação), que ocorre quando se força (sem a devida comprovação, com indícios sérios) uma classificação de crime hediondo. Nem todo feminicídio (morte de uma mulher) é um crime hediondo (morte de uma mulher por razões de gênero). Essa confusão poderá ocorrer e para isso devem estar atentos a defesa e o juiz. Compete à defesa, de plano, refutar (já na defesa preliminar) o excesso acusatório. Ao juiz compete (quando não há prova nem sequer indiciária da violência de gênero) rejeitar a denúncia parcialmente, recebendo-a definitivamente com os expurgos necessários, por falta absoluta de justa causa. A qualificadora do feminicídio tem que ter justa causa específica.

A consequência da hediondez acarreta as seguintes consequências: impossibilidade de graça, anistia e indulto; inafiançabilidade; cumprimento de 2/5 da sanção para o réu primário e de 3/5 para o reincidente para só então fazer jus à progressão de regime; livramento condicional mediante cumprimento de 2/3 da pena e além da prisão temporária ter um prazo de 30 (trinta) dias prorrogável por igual período (GOMES, 2015, p. 73).

3.2 ELEMENTARES DO FEMINICÍDIO

Segundo Sanches e Pinto (2007, p. 54) esclarece que as elementares representam a própria figura criminosa e sua ausência causa atipicidade do crime, assim ao se observar o tipo penal da qualificadora em estudo, qual seja: “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, percebe-se, então, que a mulher e a condição do sexo são elementares da qualificadora do crime de homicídio.

Nesse mesmo sentido, Greco (2015, p. 227) entende que elementares “são dados essenciais à figura típica, sem os quais ocorre uma atipicidade absoluta ou uma atipicidade relativa”. Nota-se, portanto, que o legislador tornou a mulher uma elementar.

Sujeito passivo de um delito é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão, segundo o entendimento de Prado (2015, p. 16). Especificamente, ao se falar da qualificadora feminicídio, o tipo penal determina o homicídio contra mulher, pois o bem jurídico tutelado aqui é a vida da mulher.

A princípio, afirma-se então que apenas a mulher poderá ser sujeito passivo do feminicídio, vez que a morte de um homem não caracterizará a qualificadora do inciso VI, pela ausência da elementar “contra mulher”. Prado (2015, p. 397) ressalta que sujeito passivo será “aquele que tem a titularidade do bem jurídico protegido pela norma penal”, desta forma afirma-se que no feminicídio a titularidade do bem jurídico é da mulher.

Em consequência disso, ainda que este não seja o objeto de pesquisa, é inviável passar nesse ponto sem questionar-se acerca dos transexuais e hermafroditas. Conquanto este seja um tema recente, e não exista ainda nenhuma posição jurisprudencial sobre o assunto, cabe uma breve alusão ao tema.

O tipo penal descreve que o crime ocorrerá “contra mulher, por razões da condição do sexo feminino”. Quem seria do sexo feminino? Relativamente ao crime de estupro, previsto no art. 213, do CP. Greco (2015) comenta:

Entendemos que, nesse caso, se a modificação se der tão somente no documento de identidade, com a simples retificação do nome, aquela pessoa ainda deverá ser considerada pertencente ao gênero masculino, não sendo, pois, passível de ser considerada vítima do delito de estupro. No

entanto, se houver determinação judicial para a modificação do registro de nascimento, alterando-se o sexo do peticionário, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural, orgânico, passando, agora, a um conceito de natureza jurídica, determinado pelos julgadores (GRECO, 2015, p. 478).

Existem ainda outros três critérios, que servem para definir o indivíduo como mulher: 1- psicológico: aquele em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino; 2- biológico: identificado pelas características genitais, cromossômicas, glândulas sexuais, testículos e ovários, e, 3- Jurídico cível, tendo por base o que constar em seu registro civil (BARROSSO, 2015, p. 56).

4 A LEI MARIA DA PENHA

4.1 BREVE RELATO SOBRE A HISTÓRIA DA FARMACÊUTICA MARIA DA PENHA

Segundo Calasans Junior (2009), Maria da Penha Fernandes, biofarmacêutica originária do Ceará, sofreu a ira de uma trama de duplo homicídio em 1983. O assassinato foi cometido por seu esposo Marco Antônio Herredia Viveiros, que era professor da Universidade de Economia. A princípio, ele tentou matá-la usando uma flecha nas costas, e quando a tentativa falhou, ele tentou novamente matar a vítima. Tentando matá-la com um choque elétrico enquanto ela se banhava em uma banheira. Maria da Penha ficou paraplégica devido ao incidente (CALASANS JUNIOR, 2009, p. 32).

O réu foi solto por 15 anos, apesar de ter sido julgado e condenado duas vezes pela justiça local, nos anos de 1991 e 1996, utilizando recursos processuais para contestar a condenação (CALASANS JUNIOR, 2009, p. 34).

Maria da Penha Fernandes foi fazer valer os seus direitos a nível internacional. Ela primeiro apresentou seu caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, em seguida, procurou o Centro de Justiça e Direito Internacional (Cejil), bem como o Comitê Interamericano e Caribenho de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem) continuou a ausência do Brasil que não tomou nenhuma providência (CALASANS JUNIOR, 2009, p. 35).

De acordo com os preceitos de Calasans Junior (2009) após 18 anos do incidente, foi a Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2001, que julgou o Brasil responsável por sua negligência e inação com relação à questão da violência doméstica, baseando-se em um relato de Maria da Penha. A OEA emitiu uma recomendação ao Brasil para que tome medidas para desenvolver políticas públicas que acabem com a violência no âmbito doméstico em favor das mulheres.

[...] realizar uma investigação honesta, justa e completa para apurar a responsabilidade criminal da pessoa que cometeu o crime de tentativa de homicídio às custas da Sra. de forma rápida e eficiente do responsável e recomenda reparação eficiente e rápida à vítima bem como a implementação de medidas adequadas em caso de violência doméstica contra a mulher (CUNHA, 2007, p. 14.).

Diante das pressões da OEA, o Brasil estava sob pressão. A OEA, o Brasil, afinal, decidiu respeitar os tratados e convenções que havia ratificado internacionalmente, conseqüentemente o projeto de Lei foi apresentado em 2002. Em novembro de 2004, foi apresentado à consideração do Congresso. Congresso Nacional. Em 7 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340 foi aprovada pelo presidente Obama e, em 22 de setembro do mesmo ano, entrou em vigor.

4.2 AS INOVAÇÕES DA LEI 11.340/2006

A Constituição Federal de 1988, no art. 226, inciso 8º afirma: "O Estado dará apoio aos familiares de cada um de seus membros, e criará mecanismos para frear a violência em suas relações". O princípio da proteção, que protege todos os membros da família, assegurando sua integridade.

Moreira (2008, p. 84) menciona que a Constituição de 1988 esclarece que mulheres e homens têm direitos e obrigações iguais? (Artigo 5º, I). De acordo com o artigo. 1º da Lei 11.340/2006: Estabelece mecanismos para deter e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, de acordo com o disposto na SS 8 do art. 226 da

Constituição Federal, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e a Convenção Internacional para Parar, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e outros tratados internacionais que foram ratificados pelo Brasil. República Federativa do Brasil; cria Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e oferece ações de assistência e proteção às mulheres vítimas de violência familiar e doméstica.

No contexto da citação acima, a proteção destina-se apenas a proteger as vítimas do sexo feminino, porém, alguns estudiosos entendem que o sexo masculino também pode ser vítima, conforme último dispositivo da 9 do art. 130 do Código Penal, que dispõe que se a ofensa for feita ao descendente, irmão ascendente, cônjuge ou companheiro, ou a quem resida ou tenha vivido, ou quando prevaleça o responsável pelas relações domésticas a coabitação ou a hospitalidade. Mas as medidas de proteção e assistência previstas na nova lei são aplicáveis apenas às mulheres, posição predominante na doutrina (MOREIRA, 2008, p. 85).

As relações homoafetivas também gozam de proteção legal pela lei 11.340/2006 que protege as vítimas independentemente de sua orientação sexual. Segundo Dias (2007, p. 35): O parágrafo único do artigo 5º reitera o fato de que todos os casos de violência no lar e na família não dependem da orientação sexual. Este princípio tem um impacto enorme. Uma vez que a proteção legal é fornecida para incidentes que ocorrem dentro da família, isso significa que as uniões do mesmo sexo são consideradas entidades familiares. A violência doméstica, assim como o título sugere, é a violência que ocorre dentro de uma família. Por isso não surpreende que a Lei Maria da Penha tenha ampliado a definição de família para incluir as uniões homossexuais (DIAS, 2007, p. 35).

No que se refere à violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei 11.340, em seu art. 5º, menciona que a violência doméstica é: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. E o art. 7º, identifica as formas dessa violência, que são: a violência física, a violência psicológica, a violência sexual, a violência patrimonial e a violência moral. Para Maria Berenice Dias (2006, p. 40) “para se chegar ao conceito de violência doméstica é necessária a conjugação dos artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha”.

Sendo assim, o art. 5º ainda estabelece o campo de abrangência da lei, fixando um âmbito espacial para a sua incidência, quais sejam: no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família e em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independente de coabitação. O parágrafo único deste artigo traz uma inovação, pois assim enuncia: “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”, como citado já anteriormente (DIAS, 2007, p. 43).

4.3 INVESTIGAÇÃO, PROCESSO E JULGAMENTO

As circunstâncias e contextos são apurados em todas as investigações de assassinato, a investigação de um homicídio necessitava da averiguação de aspectos da vida pessoal, familiar e profissional, da vítima e dos acusados, para se extrair uma história cujo final e o assassinato da vítima.

Segundo o (ONU-Mulheres, 2016): o resultado da investigação policial e do processo deverá permitir o correto enquadramento dessas mortes como feminicídio tentado ou consumado, de acordo com o tipo penal estabelecido pela Lei 13.104/2015, considerando as características previstas de violência praticada no ambiente doméstico e familiar (inciso I) ou por menosprezo e discriminação à condição de mulher (inciso II), demonstrando também:

- a. Que essas mortes são episódios evitáveis, em que os principais fatores de risco são o gênero da vítima e o peso sociocultural da desigualdade baseada no gênero que afetam de forma desproporcional as mulheres;
- b. Que as mulheres não são afetadas da mesma forma pelas múltiplas formas de violência e injustiça social. Além de desigualdade de gênero, é necessário levar em consideração outros marcadores de identidade social – como classe, raça, etnia, geração, orientação sexual, religião, procedência regional ou nacionalidade – que podem contribuir para agravar as situações de vulnerabilidade das mulheres;

c. Que a violência baseada no gênero é um problema social e se conecta a outras violações de direitos que afetam o desenvolvimento livre e saudável de meninas e mulheres.

A tipificação do feminicídio, e um ganho sem precedentes para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa, pois a investigação da violência contra as mulheres, fica desprovida de preconceitos discriminatórios e de estereótipos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como apresentado neste estudo, a violência imposta às mulheres é observada no decorrer da história da humanidade e tem sua gênese em um modelo construído socialmente que promove a dominação, determinando os papéis de cada gênero em sociedade, a partir de representações e comportamentos que devem ser obedecidos, alicerçado em um sistema que legitima a sujeição do outro. Por conseguinte, este modelo social implica na violação de direitos, submetendo as mulheres à uma condição de inferioridade em relação aos homens, exemplificada através de vários tipos de violência, chegando até a consumação da morte, o feminicídio.

As mulheres foram conquistando com o passar dos anos, através de reformas políticas e passeatas feministas, direitos que lhes garantissem a integridade física e moral, dentro de um ambiente familiar e de trabalho. Sendo assim, as mulheres foram conquistando cada vez mais seus direitos, alguns dos quais mencionados na Constituição Brasileira de 1988, no art. 226, § 8º, que assim preceitua: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Sendo este o princípio da proteção que abriga todos os membros da família, resguardando-os na sua integridade.

Não há dúvida que a violência é um problema social grave que afeta não só as famílias, mas toda a humanidade e em todas as classes sociais. A preocupação com este problema, especialmente no tocante à violência contra a mulher e a sensibilização social através dos movimentos feministas fez com que as autoridades constituídas elaborassem meios de controle dessa violência, com a criação de uma lei repressora para coibir os infratores a não praticar este tipo de violência

Desse modo, na tentativa de minimizar a violência contra as mulheres, a Lei do Feminicídio entrou em vigência em março de 2015, como uma qualificadora penal e que reconhece o homicídio de mulheres como crime hediondo, este resultando de violência doméstica e familiar ou em razão de menosprezo ou discriminação da condição de mulher.

Concluindo desta maneira que a luta pela justiça de gênero, a criminalização do feminicídio, indo além de um caráter simbólico das normas jurídicas, é imprescindível como um dos meios que garantam a efetivação da igualdade entre as pessoas e a dignidade humana. Ou seja, a evolução na legislação implica na luta pela erradicação da violência e conseqüentemente insere o feminicídio como crime hediondo.

Ou seja, a ampliação que ocorreu devido a implementação da qualificadora da figura do homicídio, acabou abrangendo vários cenários de violência pautados na discriminação de gênero. A atual legislação não conseguirá resolver o cenário de desigualdade estrutural que a sociedade brasileira vivencia, principalmente ao que se refere a discriminação contra a mulher, violando os direitos femininos nos mais diversos níveis. Porém, a lei do feminicídio refere-se a um importante instrumento de proteção e defesa, que criminalizou as condutas contra o bem mais precioso que é a vida, sendo capaz também de criar políticas públicas no combate à violência de gênero.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Roanna. Uma mulher é vítima de violência a cada 5 horas e ao menos um feminicídio é registrado por dia no Brasil, aponta relatório. 2021.

Disponível em: [https://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/uma-mulher-%C3%A9-v %C3%ADtima-de-viol%C3%AAncia-a-cada-5-horas-e-ao-menos-umfemicid %C3%ADdio-%C3%A9-registrado-por-dia-no-brasil-apontarelat%C3%B3rio/arAAV2yGj?ocid=tweet](https://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/uma-mulher-%C3%A9-v%C3%ADtima-de-viol%C3%A2ncia-a-cada-5-horas-e-ao-menos-umfemicid%C3%ADdio-%C3%A9-registrado-por-dia-no-brasil-apontarelat%C3%B3rio/arAAV2yGj?ocid=tweet). Acesso em: 03 ago. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e38_29aa6.pdf. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher. Brasília, 2013.

CALASANS JÚNIOR, Geraldo. Lei Maria da Penha: aspectos relevantes para a inserção da Lei 11.340 no ordenamento jurídico pátrio. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

CHAUÍ, M. Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: FRANCHETTO, Bruna, CAVALCANTI, Maria Laura V. C. e HEILBORN, Maria Luiza (org.).

Perspectivas Antropológicas da Mulher. São Paulo: Zahar, 1985, p. 23-62.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340 comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DAY, V. P., et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. R. Psiquiatr. RS, v. 25, (suplemento 1), p. 9-21, abril 2003.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HUBINGER, Leonardo. Femicídio e Feminicídio são diferentes? 2019. Disponível em: <https://leohubinger.jusbrasil.com.br/artigos/734671683/femicidio-efemicidiosao-diferentes>. Acesso em: 11 jun. 2022.

GALVÃO, I. P. Femicídio. 2015. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/violencia/violencias/femicidio/>.

Acesso em: 22 mar. 2022.

GOMES, I. S. Feminicídios e possíveis respostas penais: Dialogando com o Feminismo e o Direito Penal. Em: Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, nº 01, 2015, pp. 188- 218.

GRECO, Rogério. Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEGHEL, S.N; MARGARITES, A.F. Feminicídios em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil: iniquidades de gênero ao morrer. Cadernos de Saúde Pública, v.33, n.12, 2017.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Lei Maria da Penha e a criminalização do masculino. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina. Gondim de. A; COSTA, Mônica Josy Souza; SOUZA, Eduardo Sérgio Soares. Feminicídio e Violência de Gênero: Aspectos Sóciojurídicos.

Revista Online do CESED – Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento. Vol. 16, nº 24/25, dez. 2015, p. 33.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SAFFIOTI, H. I. B. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SILVA, Marlise Vinagre. Violência contra a mulher: quem mete a colher? São Paulo: Cortez, 1992.

TOLOSA, Tatiane da Silva Rodrigues. Violência de Gênero: Caracterização do Feminicídio no Município de Belém. Belém-PA. 2017. Disponível em: < http://ppgsp.prosp.ufpa.br/ARQUIVOS/dissertacoes/2015/02_Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Tatiane-%20vers%C3%A3o%20final-27_06_17.pdf> Acesso em: 02 mar. 2022.

15 TRÁFICO DE PESSOAS

Luis Gustavo Liberato Tizzo
Hugo César Costa

RESUMO: Neste artigo será tratado sobre a infelicidade que cresce a cada dia, o crime de tráfico de pessoas para exploração sexual, trazendo como forma de geração de renda pecuniária a terceiros e como essa prática acontece no dia a dia. O artigo discute como o tráfico de pessoas pode ser combatido tanto no Brasil quanto no exterior. Destacam-se algumas medidas penais, que podemos encontrar em nosso código penal brasileiro, que não diz apenas as penas para quem comete esse crime, mas também sobre o Protocolo de Palermo, que vem auxiliando no combate a esse crime desde sua promulgação. Este Protocolo destaca-se entre vários outros meios para travar ou pelo menos reduzir tal crime, entre todos os meios viáveis para reduzir tal infração, este foi o mais eficaz e o que mais ajudou a combater tal crime, protocolo que foi feito pela ONU em conjunto com países de todo o mundo.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de Pessoas, Exploração Sexual, Criminalidade.

ABSTRACT OU RESUMEN: In this article will be treated about the unhappiness that grows every day, the crime of human trafficking for sexual exploitation, bringing as a way of generating pecuniary income to third parties and how this practice happens on a daily basis. The article discusses how human trafficking can be fought both in Brazil and abroad. Some penal measures are highlighted, which we can find in our Brazilian penal code, which not only says the penalties for those who commit this crime, but also about the Palermo Protocol, which has been helping to combat this crime since its enactment. This Protocol stands out among several other means to stop or at least reduce such a crime, among all the viable means to reduce such an infraction, this was the most effective and the one that most helped to combat such crime, a protocol that was made by the UN together with countries around the world.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Trafficking in persons, Sexual exploitation, Crime.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discutir e avaliar um crime que tem crescimento mundial acelerado, o tráfico de seres humanos. Tendo como intuito analisar e buscar sua contextualização social, econômica e o seu efeito na atualidade no contexto brasileiro para fins de exploração sexual. Para contribuir na realização desses objetivos foi realizado o método histórico e dialético.

A definição de tráfico apresentada atualmente no Código Penal brasileiro é relacionada com a prostituição, não sendo visto como um problema funciona como um gancho puxando o ato, que não faz proteção às pessoas que entram por vontade própria a esse mercado, e assim, por vez, acaba fazendo parceria á pratica do crime de migrações internacionais.

O tema tráfico humano tem sido debatido em diversas plataformas e bastante vista na mídia brasileira através de novelas e campanhas anti-tráfico buscando debater esse assunto pensando nas políticas públicas adotadas com intuito de colocar em prática os direitos previstos pela Constituição Federal.

Portanto, o presente trabalho visa apresentar o grande problema que essa prática lucrativa e ilegal vem causando e acabando com a vida de milhares de pessoas, em destaque as mulheres, traficadas com intuito de serem escravizadas fora do seu país de origem, de forma a serem enganadas, onde a cada dia que passa aumenta a lucratividade imensa dos esquemas de tráfico de seres humanos, afim que seja alertado as práticas que normalmente esses exploradores adotam.

Pode se notar que essa prática inclina-se a pessoas de baixa renda conforme dados apresentados pela Organização das Nações Unidas (ONU) onde foram detectados e denunciados em 148 países em 2018. Segundo a mesma, os alvos preferenciais desses traficantes são pessoas mais vulneráveis, como os migrantes e seres humanos desempregados, sendo o maior alvo as mulheres adultas e 20% as meninas. Esse estudo ainda afirma que a coronavírus (COVID-19) teve um aumento e piora no tráfico de pessoas.

Segundo um estudo realizado pelo Ministério da Justiça com o Escritório das Nações Unidas sobre as Drogas e Crimes (UNODC) afirmam que há 04 estados do Brasil com maior índice de traficadas, sendo elas, o Ceará, São Paulo, Rio de Janeiro e Goiás onde as vítimas são de ambientes rurais, sendo os mais procurados pelos traficantes, pois, são mais comercializadas fora do País.

2. O QUE É O TRÁFICO HUMANO?

Segundo as Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional que seria o “recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força, ou a outras formas de violência, ao rapto”, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade, ou fragilidade, ou a entrega, ou aceitação de ganho monetário, ou benefícios para obter o consentimento da pessoa que tenha o domínio sobre a outra para fins de exploração (PROTOCOLO, 2000).

Segundo o Protocolo de Palermo (BRASIL, 2004) encontram-se as definições para esse crime no art. 3:

A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a); c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo; d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos. (BRASIL, 2004).

Com base nesse contexto ficam destacados os atos criminosos que por meio dos textos se apontam todas as formas de tráfico, onde qualquer forma de trabalho ou serviços prestados, sendo a mais rentável a exploração sexual. As práticas desse crime são de uma grandeza sem tamanho, utilizadas pelos traficantes que: pode ocorrer de um país para outro, no mesmo país e em continentes diferentes.

Alguns autores conhecidos pelo tema em destaque, explicam:

O tráfico de pessoas é uma das atividades criminosas mais lucrativas. Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o lucro anual produzido com o tráfico de pessoas chega a 31,6 bilhões de dólares. Levantamento do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes mostra também que, para cada ser humano transportado de um país para o outro, o lucro das redes criminosas pode chegar a US\$ 30 mil por ano.

O tráfico de seres humanos é uma imigração irregular, ou seja, é a comercialização ilegal de vidas, um dos primeiros casos desse caso ocorreu por volta do século XIX e retornou no século XX. A lei 13.344 nos diz que: O art. 149-A, da lei nº 13 344, estabelece como tráfico de pessoas: agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com finalidade de:

remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; submetê-la a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal; exploração sexual.

O tráfico tem que ter um fim, para que a infelicidade de muitas casas se acabe, mas infelizmente os números só aumentam em todo o mundo, conforme dados da ONU.

2.1 O TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL

No século XIX, o tráfico de pessoas supera a escravidão assim ganhando a finalidade de exploração sexual, o mesmo se remete e ganha uma “atualização” envolvendo a negociação de mulheres como mercadoria, para o objetivo de prostituição. Rodrigues diz:

Apesar do intuito principal do tráfico negreiro não ser a prostituição, muitas negras, ao chegarem no Brasil, foram exploradas sexualmente, tanto por seus senhores, como obrigadas a se prostituírem. De forma que, mesmo após a abolição da escravidão, algumas ex-escravas negras ainda eram encontradas na prostituição. (Tais de Camargo Rodrigues, 2012)

No Brasil, os envolvidos por crimes de tráfico de pessoas também estão relacionados a outros crimes como: drogas, lavagem de dinheiro e armas de fogo. O tráfico de pessoas tem uma grande relação com as migrações, e conseqüentemente com as Políticas Migratórias Brasileiras, trazendo a alta possibilidade de ocorrer o ato criminoso (UNODC, 1999).

As principais vítimas se encontram em estado de pobreza, exclusão social, falta de oportunidades e desemprego, esses fatores estão ligados ao fluxo migratório, onde as pessoas buscam soluções por meio da migração sendo elas a sobrevivência de uma vida longe da pobreza, se afastando da miséria sendo uma única opção que as mesmas veem para não passar mais necessidade, principalmente financeiramente (UNODC, 1999).

Segundo dados da ONU 2,5 milhões de vítimas são traficadas em todo globo terrestre, dentro desse gigantesco numero 70% é do sexo feminino, isso porque as mulheres têm o maior índice de desemprego em relação ao sexo masculino, assim abrindo uma porta trazendo uma facilidade para que ocorra o crime (JESUS, 2003).

No Brasil existem alguns pontos que facilitam o crime, existem pelo menos 240 rotas no país, seja pela terra, pelo mar ou pelo ar. Dentro do território brasileiro existem 4 estados que “fornece” o maior número de vítimas para o tráfico de pessoas, são eles: São Paulo, Rio de Janeiro, Ceará e Goiás (RODRIGUES, 2012).

O Brasil tem como origem para o tráfico de pessoas, como relata Thais Rodrigues:

O Brasil é fonte e destino de pessoas traficadas. Brasileiras escravas sexuais podem ser encontradas em países de fronteira como Venezuela, Suriname, Guiana Francesa, etc., bem como podem encontrar aqui muitos bolivianos no trabalho escravo, em especial na indústria têxtil, em grandes centros, como São Paulo (RODRIGUES, 2012).

Com a demanda nos fluxos migratórios alguns cidadãos não encontram migrações em estado regulamentar e acabam optando pelas redes facilitadoras de migração, onde se localizam o tráfico de migrantes tanto quanto tráfico de pessoas, encontra-se migrantes sem documentação sendo as mulheres o foco maior (UNODC, 1999).

A “Política Nacional de Imigração e Proteção ao Trabalho Migrante”, elaborada em 2010, encontra-se aprovada pelo Ministério da Justiça. É importante ter consciência das políticas elaboradas para o combate ao tráfico de pessoas, por fim a exploração sexual ou qualquer forma de trabalho forçado infringindo os direitos humanos como também os direitos trabalhistas da atual Constituição Brasileira (ALMEIDA, 2012).

Segundo a CNI, durante a migração de Haitianos para o Brasil, não houve denúncia de tráfico, onde a solução encontrada na resolução (RN 97/2012) reconhece que a uma demanda na imigração de Haitianos no Brasil, portanto, regulariza todos em território nacional e destaca a redução da migração irregular e das denúncias do tráfico (ALMEIDA, 2012).

2.2 EXPLORAÇÃO SEXUAL

O crime de tráfico de pessoas para a exploração sexual utiliza o ser humano como meio de lucratividade. Inicialmente por meio do recrutamento, onde pode ser feito de várias formas, sendo elas: os anúncios falsos, falsas promessas de trabalho ou até mesmo estudos como os serviços de intercâmbios, a base do tráfico é feita pelo recrutamento de forma enganosa onde a vítima acredita em melhorias nas condições de vida (RODRIGUES, 2012).

O próximo passo para o delito é o transporte, onde a vítima é levada ao seu destino onde ocorre o crime que pode ser no seu mesmo país ou fora dele. Após a chegada ao seu destino a vítima se desloca ao local ou alguma pessoa vinculada ao crime a leva até o destino combinado (RODRIGUES, 2012).

A última fase é o ato da exploração (sexual, extração de órgãos e trabalho), ou seja, o objetivo de ganhar dinheiro é concluído, usando a vítima como objeto lucrativo (RODRIGUES, 2012).

O crime de escravidão está previsto no artigo 159.º C.P em que dispõe: “Quem: a) Reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo; ou b) Alienar, ceder ou adquirir pessoa, ou dela se apossar com a intenção de a manter na situação prevista na alínea anterior; é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.”

A maioria das vítimas são buscadas de países com condições precárias, sendo sociais, econômicas e políticas. Porém existe uma categoria de vítimas não vistas, pessoas com formação acadêmica, empregos estáveis e bem remunerados, porém vivem na curiosidade de ter outro estilo de vida em outros países, assim caindo na vida do tráfico de seres humanos (RODRIGUES, 2012).

2.2.1 Formas de Exploração Sexual

Turismo Sexual

O Turismo Sexual acontece em viagens turísticas e até mesmo fora dela, são feitos pacotes de viagens onde tem o serviço do ato sexual com pessoas que residem na localização onde é destinada à viagem, na maior parte esses serviços são procurados por pessoas de países de fora, assim se fazendo uma comercialização em prol a satisfazer o prazer do turista, assim se fazendo notável a exploração sexual dentro do tráfico de pessoas (BALBINO, 2017).

Damásio E. De Jesus, um renomado autor fala desse cenário: Um depoente afirmou que um pacote turístico pode ser vendido a qualquer pessoa na Alemanha pela quantia de 10 mil dólares. Tal pacote inclui uma passagem de ida para o Brasil, duas de volta para a Alemanha e hospedagem no R.P. Hotel e também dinheiro para compras. O bilhete sobressalente é para que a garota vá para a Alemanha. As que chegam a ir, normalmente, ficam trancadas dentro de casa e são impedidas de aprender a língua dos pais. Alguns indivíduos querem recuperar o dinheiro investido nas moças e as emprestam mediante pagamento para seus amigos. Outras acabam por cair em mãos de gigolôs e não conseguem mais voltar para o Brasil (DAMASIO, 2003).

Prostituição

No Brasil a prostituição não é um ato criminoso e sim uma forma de comercialização, onde quem pratica, obtém lucro através do ato sexual. Porém a exploração sexual através da prostituição para favorecer terceiros financeiramente e não a pessoa que pratica o ato é sim um ato criminoso (BRASIL, 1940).

A Cartilha da Política Nacional de enfrentamento do Tráfico de Mulheres (2011) diferencia a prostituição forçada da voluntária: “Primeiramente cumpre diferenciar a prostituição forçada da prostituição voluntária. A prostituição voluntária é aquela exercida com consentimento válido, supondo escolha real, informada e aceitável, podendo ser autônoma ou não. A prostituição autônoma no Brasil é lícita e consta na Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério de Trabalho e Emprego (MTE), como item 5198: profissionais de Sexo. No entanto, existe a prostituição autônoma exercida por falta de outras opções profissionais, em que se considera que a mulher que a exerce encontra-se em situação de vulnerabilidade por isso sem opção de escolha real, e poderá estar em situação de exploração através do abuso de sua vulnerabilidade.”

Tráfico destinado à remoção de órgãos

O tráfico para o presente quesito é feito sempre abordando a vítima, que logo após é direcionada para o local onde será feito a retirada dos órgãos e assim, algo que dificilmente acontece, acontece à devolução da mesma (RODRIGUES, 2012).

Esse tipo de Tráfico de órgãos em si é ilegal, pois existe o intuito de comercialização para obter fins lucrativos, mesmos que a maior parte dessas remoções é de livre vontade das vítimas para que os mesmos troquem por dinheiro (RODRIGUES, 2012).

Sobre isso a lei n.º 9.434/97, em seu art. 3 informa sobre o ato de remoção de órgãos:

“Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

Assim, concluindo-se que só pode acontecer o transplante se ocorrer da vítima vim a óbito por morte encefálica, e ainda assim a morte terá que ser comprovada por dois médicos, onde os mesmos não podem estar entre os médicos que efetuará remoção (BRASIL, 1997).

Já no art. 14 da mesma lei citada acima, descreve sobre as sanções sobre a remoção dos órgãos:

“Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa. § 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa. § 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido: I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa § 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido: I - Incapacidade para o trabalho; II - Enfermidade incurável ; III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa. § 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte: Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.”

No art. seguinte relata sobre a compra dos órgãos:

“Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.”

Concluindo que é crime a remoção de órgãos, mesmo com o consentimento da vítima, se não estiver conforme os artigos, dito acima.

3. PAÍSES DE ORIGEM, ONDE TEM OCORRIDO O TRÁFICO E A EXPLORAÇÃO SEXUAL?

Segundo Mariane Strake através de dados da ONU, existem alguns países, em sua maioria das vezes, em desenvolvimento onde inicia, dando a origem do tráfico, fornecendo as vítimas para “trabalhar” na prostituição (BONJOVANI, 2004).

Mariane relata que países são esses:

Os países de origem do tráfico são aqueles que fornecem as vítimas para que estas sejam exploradas. Segundo dados das Nações Unidas, os principais países de origem são: Rússia, Ucrânia, Tailândia, Nigéria, Romênia, Albânia, China e Bulgária (BONJOVANI, 2004).

A mesma também relata seus destinos:

Os países de destino, ou receptores, são aqueles em que as vítimas serão exploradas. São, geralmente, países desenvolvidos como: Alemanha, Itália, Estados Unidos, Holanda, Japão, Grécia, Bélgica e Austrália (BONJOVANI, 2004).

A exploração sexual viola os direitos humanos, infringindo vários direitos fundamentais como suas escolhas particulares, cuidado em seu próprio corpo e a sua saúde da sua conjunção carnal.

Dia a dia infelizmente vem crescendo a comercialização do sexo seja por fotos ou vídeos que colocando na “internet” se torna um meio de transmissão, onde o intuito é fornecer prazer para pessoas destinadas ou para outros indivíduos que acabam tendo acesso ao conteúdo. Nesse procedimento não se usa só adultos de ambos os sexos, mas também adolescentes e crianças de ambos os sexos também, onde eles em frente de uma câmera faz gestos sensuais utilizando seus órgãos sexuais, assim transformando a vítima em uma mercadoria e entretenimento de prazer a quem assiste.

Assim trazendo um autovalor monetário através desse ato, como relata uma vítima:

Eu já levei umas pra lá, também porque a gente ganha, entende, se a gente levar. Vamos supor, tem cinco amigas minhas bem bonitinhas, tudo novinha, eu pego e levo para lá. Aí quando chega lá, eu ganho. Por cabeça eu ganho R\$50,00. Aí,, tem uma mulher, a Maria, que sempre levava muita menina novinha. Uma negona. Uma vez, ela ganhou R\$500,00, só de meninas. Ela encheu dois táxis e levou um bocado. (depoimento de uma menina à CPMI explicando como ocorre o recrutamento das adolescentes. Pág. 63).

Sabe-se que a exploração sexual acontece não só em cidades grandes, mas em menores também, tirando aquela necessidade que antes tinha com a ajuda do turismo para a prática, assim mantendo as organizações criminosas onde a mesma não precisa usar as vítimas como mercadorias, transformando-as em objetos de prazer sexual para homens da alta sociedade financeira, assim financiando ainda mais esse crime organizado.

Sobre a dignidade da pessoa humana temos um princípio no art. 1 da Constituição Federal de 1988 que diz:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

O princípio citado acima nos deixa claro que cada pessoa tem a sua liberdade respeitando a sociedade e o valor de cada um em sua particularidade (BRASIL, 1988).

Na área criminal existem algumas penalidades, para aqueles que praticam o crime de tráfico de pessoas com intuito de exploração sexual, no código penal brasileiro:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). § 2º A pena é aumentada da metade se:

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) § 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) Tráfico interno de pessoas (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005).

O código penal brasileiro deixa claro que a prática do tráfico de pessoas e a exploração sexual é uma conduta grave à dignidade da vítima mesmo tendo punições severas, mas infelizmente cresce a cada dia mais essa conduta criminosa.

4. PROTOCOLO DE PALERMO

O Protocolo de Palermo é conhecido como Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, a Repressão e a Punição do Tráfico de Pessoas em destaque as mulheres e crianças (PROTOCOLO, 2000).

A definição de tráfico de pessoas em especial as mulheres e crianças, está, localizado na al. a) do artigo 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas:

“a) Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força, ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade, ou à entrega ou aceitação de pagamentos, ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos” (BRASIL, 2004).

O Protocolo de Palermo é a principal ferramenta de combate ao crime transnacional, foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU, em 15 de novembro de 2000 e entrou em vigor dia 29 de setembro de 2003 (UNODC, 2004).

Apesar dos diversos instrumentos criados internacionalmente com o intuito da busca da extinção do tráfico de pessoas, mas nenhum foi tão eficaz quanto o Protocolo de Palermo, pois, o mesmo aborda os diferentes delitos que abrange esse crime. Assim, visando à falta existente nas leis dos Estados em prol da sua eficácia, teve a criação do Protocolo de Palermo sendo assim o primeiro documento a trazer um conceito para o tráfico de pessoas (UNODC, 2004).

Com o Protocolo de Palermo se torna crime o tráfico de pessoas, quando a prática é voltada à exploração sexual ou outro tipo de exploração, ficando aberta às demais formas de exploração, sujeitando a vítima a outras formas desumanas (PROTOCOLO, 2000).

Assim, Thais de Camargo Rodrigues ensina que:

A prevenção, consiste na adoção de medidas com o escopo de reduzir fatores como a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades, que tornam as pessoas vulneráveis ao tráfico; a punição afetiva dos traficantes, por meio de criminalização de condutas e

cooperação internacional; e, finalmente, a proteção ou atenção às vítimas desse crime, respeitando plenamente seus direitos humanos. (RODRIGUES, 2012, p. 141).

Com a aprovação do Protocolo de Palermo, o sistema político brasileiro vem estudando desenvolver um meio para combater e até mesmo exterminar esse crime, onde o mesmo, como já dito, viola o princípio da dignidade humana assim acabando também com o direito de liberdade da vítima (PROTOCOLO, 2000).

O Protocolo de Palermo tem por objetivo determinar que a preocupação e a eficácia para combater o tráfico de pessoas ao nível internacional, mesmo com tantos outros meios para combater o crime, ainda não eram suficientes, pois não atendia todos os aspectos para perceber o tráfico de seres humanos. A convenção de 1949 trazia uma definição para tráfico voltado apenas para a prostituição sendo ela forçada ou voluntária (PROTOCOLO, 2000).

Antes de ser feito o Protocolo de Palermo, ao foco era mais para o cuidado com o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual no caso a prostituição, posteriormente o protocolo, foram revistas e também consideradas para exploração, não só sexual, mas a laboral e a remoção de órgãos. Na laboral se prefere as crianças por suas características dóceis e também não possuem força para revidar o tratamento, impostos pelos criminosos (RODRIGUES, 2012).

CONCLUSÃO

Uma visão assombrosa e preocupante de como cresce esse ato criminoso no mundo, e que infelizmente só tem a crescer ainda mais. Não para de surgir à ambição do homem querendo obter mais poder, dinheiro e riqueza, assim usando e prejudicando pessoas que só estão passando por dificuldades financeiras dentro de suas casas, e assim as deixam limitadas na parte psicológica e física. Mesmo com tantas tentativas de acabar com tal atrocidade, ainda se contabiliza como a terceira maior atividade criminal no mundo, no intuito de obter renda financeira.

A questão financeira se encaixa como o principal motivo para o tráfico de pessoas, e os líderes políticos são incapazes de resolver a situação. No mundo atual, o tráfico de pessoas para fins comerciais e lucrativos, acaba tendo como uma escravidão moderna, comparada a antiga escravidão que ocorria nos tempos passados.

Descartando a opção de abrir mão da política para proteção das pessoas, seria de suma importância à melhoria das condições de vida e educação, onde crianças e até mesmo adultos ficam mais perto do conhecimento e longe das ruas que ficam vulneráveis a essas práticas criminosas. Os que criam essas crianças, que acabam vendendo-as, podem ter mais oportunidades de adquirir uma renda monetária digna que seja no mínimo o suficiente para se viver com honestidade, sem ter que vender seus corpos ou até mesmo vender seus filhos como mercadorias para ganhar dinheiro em prol da sua sobrevivência.

Esse crime é coagido por diversos conjuntos instrumentais que se encontram em livros e artigos jurídicos nacionais e internacionais, mas que infelizmente não consegue combater o total crime. Qualquer meio que possa ajudar a acabar com essa prática criminosa deve ser feito sem êxito, assim podendo cada vez mais salvar inocentes entre homens, mulheres e crianças, crianças essas que podem ter a oportunidade na vida de serem grandes profissionais tanto na área da saúde quanto nas demais áreas que existem, das mãos sujas e impiedosas desses criminosos, pensando só no aumento ainda mais das cédulas que constam em suas contas financeiras.

O poder do estado tem o dever de proteger a dignidade da pessoa humana e seus direitos de se locomover para onde quer e fazer o que bem entender desde que não esteja infringindo leis e diretrizes, para isso precisa-se de uma medida que faça isso acontecer com melhorias, para evitar que inocentes caiam nas mãos de pessoas que querem o mal da vítima, para benefício próprio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Sérgio. Migração e Tráfico de Pessoas, Presidente do Conselho Nacional de Imigração (CNIg). São Paulo, 2012.

BONJOVANI, Mariane Strake. Tráfico internacional de seres humanos. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2004.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. CP – Decreto Lei nº 2.848 de 7 dezembro de 1940. Tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual.

BRASIL. Decreto Lei nº 5.018, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transacional Relativo à Prevenção; Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas em Especial Mulheres e Crianças.

BRASIL. LEI nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Lei de Transplantes.

BRASIL. Tráfico de Pessoa para fins de Exploração Sexual. OIT, Organização Internacional do Trabalho. Convenção Suplementar Sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura. 1956. Brasília: 2006.

CASTILHO, Ela Wicko V. Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. Brasília, DF.

FOLHA ONLINE. Tráfico de pessoas movimentada US\$ 32 bilhões por ano, da Efe, em Viena. [HTTP://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u89306.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u89306.shtml). Acessado em: 22/08/2009

JESUS, Damásio. Tráfico internacional de mulheres e crianças. São Paulo: Saraiva, 2003.

JESUS, Damásio. Tráfico internacional de mulheres e crianças: Brasil aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEDEIROS.D.M.; SARAH.E. Tráfico humano –um crime sem fronteiras. Jornalismo, 2020.

MELLO, Mônica de; MASSULA, Letícia. Tráfico de Mulheres: Prevenção Punição e Proteção.

PROTOCOLO. Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional: Palermo, 2000.

RODRIGUES, Thais de Camargo. O Tráfico Internacional de Pessoas para Fim de Exploração Sexual e a Questão do Consentimento. São Paulo, 2012.

RODRIGUES, Thais de Camargo. Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual. São Paulo: Saraiva, 2013.

UNODC. Tráfico de Pessoas e Contrabando de Migrantes, 1999. <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>. Acesso em 25/08/2022.

UNODC. Prevenção ao Crime e Justiça Criminal: marco legal. 2004 <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>. Acesso em, 27/08/2022.



16 VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA A MULHER

Andressa Paula de Andrade
Maria Clara Gomes Ferreira Buarque

RESUMO: O presente trabalho discute a violência política contra a mulher e, para tanto, utiliza-se retoma o constructo histórico, social e cultural a respeito de como a sociedade compreende a mulher, inclusive, como ser político. À guisa de diversos autores renomados e clássico, como Bourdieu, além do estudo e análise dos dispositivos legislativos brasileiros, bem como as conquistas em âmbito jurídico na América Latina, este estudo ratifica a importância da efetivação das políticas públicas existentes e o desenvolvimento de um projeto social a curto, médio e longo prazo em que se pense formas de extinguir o preconceito com relação ao gênero feminino. Ademais, compreende-se, mediante aos achados, que é preciso criar uma identidade nacional em que se afirme materialmente que o espaço da mulher deve ser onde ela desejar, fazendo, para isso, com que haja participação e representatividade feminina no poder. Ainda entende-se, por meio das pesquisas e estudos, que, apesar da Lei Maria da Penha ter trazido reconhecimento, visibilidade e discussão da causa, permanece uma construção histórica em que o machismo e o micromachismo têm dominado, sendo necessário trabalhar por meio de mecanismos a fim de galgar a igualdade de gênero tão defendida pelos aparatos legislativos jurídicos.

Palavras-chave: Violência. Gênero. Mulher. Política. Poder. Legislação.

ABSTRACT: This paper discusses political violence against women and, to do so, it takes up the historical, social and cultural construct about how society understands women, including as a political being. Based on several renowned and classical authors, such as Bourdieu, besides the study and analysis of the Brazilian legislative devices, as well as the conquests in the legal field in Latin America, this study ratifies the importance of the effectiveness of the existing public policies and the development of a social project in the short, medium and long term in which ways to extinguish the prejudice against the feminine gender are thought. Furthermore, it is understood, through the findings, that it is necessary to create a national identity in which it is materially affirmed that women's space should be wherever they want it to be, making, for this, that there is female participation and representation in power. It is still understood, through research and studies, that despite the Maria da Penha Law having brought recognition, visibility and discussion of the cause, there remains a historical construction in which machismo and micromachismo have dominated, and it is necessary to work through mechanisms in order to achieve gender equality as defended by the legal legislative apparatus.

Keywords: Violence. Gender. Woman. Politics. Politics. Power. Legislation.

1 INTRODUÇÃO

A violência política trata-se de qualquer ação contrária que atua de inúmeros meios: físicos, psicológicos, morais, sexuais, virtuais, institucionais, raciais, de gênero, LGBTQI+fóbicas entre outras e que seja é por questões de gênero, isto é, que encontra “justificativa”, segundo o agressor, no fato da vítima ser mulher. Seu agressor, mediante a ações, procura impedir ou mesmo anular o acesso e o exercício de mulheres no poder.

Diante disso, as mulheres deparam-se com inúmeras dificuldades ao participar de diversos espaços políticos importantes e que garantiriam isonomia de direitos à sua classe. Isso se torna evidente ao verificar as estatísticas da Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres (2020) e do Instituto Marielle Franco (2020).

Segundo a organização, em 2018, 9.204 (31,6%) mulheres disputaram um cargo eletivo nas Eleições Gerais, porém somente 290 conseguiram ser eleitas, um aumento de 52,6% se forem levados em consideração os índices de 2014, embora a representatividade ainda seja ínfima, se comparada ao índice geral de votantes mulheres e

aquelas que podem concorrer nas eleições (SNPM, 2020, s/p), e isso se deve a muitas questões históricas, dentre elas a violência política de gênero que será melhor analisada por este trabalho, tal como o conceito de política e a história da mulher; a influência do patriarcado desde a Antiguidade até os dias hodiernos na construção da sociedade brasileira e do papel da mulher; reflexões acerca da mulher no poder; a função do Conselho de Ética, bem como estatutos legislativos com relação à violência política em questões de gênero na América latina.

O patriarcado, por sua vez, consiste na forma pela qual se tem manifestado um sistema de valores e de poder que valida a violência contra a mulher e, por esse paradigma imutável ao longo do tempo, isto é, por essa construção histórica, enraizou-se na sociedade uma cultura de desprezo e desprestígio da mulher, tornando-se, ainda, comum e normalizado pelas pessoas.

Trata-se de pequenos atos de machismo e micromachismo que se revestem, por vezes, de coerção. O micromachismo consiste num conjunto de ações preconceituosas e comportamentos astutos ou acobertados em relação à mulher, entretanto, de modo contínuo e de difícil percepção devido à sua normalização na cultura da sociedade. O termo surgiu em 1991, por conta de um psicoterapeuta espanhol, Luis Bonino Mendez, embora se tenha tornado mais conhecido na América Latina, onde tal problema se prolifera.

Em outras palavras, são condutas que fazem as mulheres se sentirem inferiores e incapazes, por meio de linguagem falada, escrita, e até mesmo corporal através de um sistema enraizado, que se construiu pelo patriarcado, passando ainda de pai para filho e, numa escala macro, operam da estrutura familiar para a estrutura social. Com efeito, o comportamento machista é reforçado e estimulado por um agente biológico que toma proporções maiores e similares.

Por isso, o presente trabalho é uma oportunidade de discutir a temática a fim de elevá-la a um nível de projeto social nacional, em que as mulheres tenham espaço, voz e sejam respeitadas assim como os homens em nossa sociedade.

2 A POLÍTICA E A HISTÓRIA DA MULHER

2.1 O PATRIARCADO DESDE A ANTIGUIDADE ATÉ OS DIAS HODIERNOS

Segundo Manso e Silva (2015, p. 105), o patriarcado é a forma pela qual se tem manifestado um sistema de valores e de poder que valida a violência contra a mulher e, por esse paradigma imutável ao longo do tempo, isto é, por essa construção histórica, enraizou-se na sociedade uma cultura de desprezo e desprestígio da mulher, tornando-se, ainda, comum e normalizado pelas pessoas.

A exemplo disso, tem-se a concepção de Aristóteles, filósofo da Grécia Antiga, que concebia a política como meio necessário à formação moral dos cidadãos. Pensando em sua concepção moralista da política, entende-se que o genuíno fazer político é permeado por características especiais, tais como ética, moral, respeito e honestidade e que os indivíduos tenham um comportamento voltado a tais virtudes.

Assim, a política nasce de um processo de construção de sociedade em que se preza por valores sociais. Contudo, no que concerne à mulher, Aristóteles a concebe enquanto um indivíduo incompleto (ANDRIOLLI, s/d; apud LOPES, 2020). Esse autor via a sociedade como uma questão de hierarquia e ordem, e, dessa forma, a mulher ocupava posição inferior à do homem.

Com efeito, outras importantes autoridades contribuíram e reforçaram o ideal de incompletude na mulher, tais como Charles Darwin, que em *A Origem do Homem*, segundo volume datado de 1871, afirma:

O homem é mais poderoso em corpo e mente que a mulher, e no estado selvagem ele a mantém numa condição de servidão muito mais abjeta que o faz o macho de qualquer outro animal; portanto, não surpreende que ele tenha ganhado o poder de seleção (DARWIN, 1871, s/p).

Darwin não foi o único. Outros cientistas e pensadores, assim como Rousseau, Schopenhauer, Vogt, Nietzsche e Freud afirmavam o que Lopes conceitua como “inferioridade feminina”. De fato, esse pensamento permeava a sociedade desde a Grécia Antiga, assim como o próprio conceito e origem da palavra misoginia que deriva de duas outras palavras gregas, a *sabermiseó*, que significa ódio e *gyné*, aversão às mulheres.

E isso foi repercutindo ao longo da história. De fato, toda vez que mulheres pleiteavam um lugar na educação ou em qualquer outra área, havia uma desculpa, um impedimento disfarçado de cuidado ou mesmo repleto de machismo explícito.

No século 19, surgiu uma ansiedade patriarcal de que a exposição às demandas da educação científica prejudicaria a biologia vulnerável das mulheres. Em 1886, William Withers Moore, então presidente da British Medical Association, alertou sobre os perigos de educar excessivamente as mulheres, pois elas poderiam desenvolver um distúrbio que ele chamou de “anorexia escolar”, que tornava as mulheres imorais, insanas e assexuadas.

No século 20, as explicações se concentraram mais em déficits femininos nos conjuntos de habilidades específicas supostamente necessários para a ciência – como a cognição espacial. Cérebros masculinos movidos a testosterona eram vistos como programados para a busca da ciência. (RIPPON, 2020, s/p)

E quando há desvalorização do corpo político, seja de parte dele, como ocorre com diversos parlamentares do gênero feminino, isso afeta toda a sociedade. É necessário entender que isso ocorre devido à noção que os próprios homens no poder têm de política. O fazer política está, equivocadamente, ligado à masculinidade. Porém, no período de pré-evolução, houve uma atuação importante da mulher na política, que exercitou seus direitos republicanos de maneira que proclamou suas ideias, mesmo não durando muito tempo.

Contudo, o momento que se segue após os contornos iniciais da Revolução foram contrastantes: as mulheres ficaram fadadas apenas à vida doméstica, sendo excluídas da vida política, sob um discurso epistemológico e médico de que as distinções sexuais entre os sexos eram fundamentais para estabelecer que ao homem cabiam os cuidados e as responsabilidades que envolvessem poder e decisões, como ocorre na política.

Em suma, a Ciência ditou o “novo-velho” papel da mulher. O avanço feminino, ora triunfante, agora regredira diante da visão machista do fazer científico (grifo nosso). De acordo com o filósofo Schopenhauer (1900, p. 141): “É evidente que a mulher é, por natureza, destinada a obedecer e a prova disso é que ela se liga não importa com que homem, para que ele a dirija e domine, pois ela precisa de um senhor. Se é jovem, procura um amante, se é velha, um confessor.”

Com essa citação, evidencia-se a desvalorização da mulher desde o início da história e que, tal como um processo de desconstrução para construir sobre bases sólidas e justas, levar-se-á tempo e dedicação na efetivação de políticas públicas.

Por isso, passar-se-á a uma contextualização desse processo histórico em que a mulher procura conquistar seu espaço na sociedade, em todos os seus âmbitos.

2.1.1 A conquista da mulher na política ao longo da história

Segundo a Subsecretaria de Políticas Públicas para Mulheres (2022): “as mulheres encontram grandes dificuldades em ocupar espaços de poder, serem eleitas ou ter voz ativa nas tomadas de decisões políticas”.

Contudo, um fato interessante é que deveria ser do conhecimento de todos é que quatro mulheres, Maria Leopoldina, Maria Quitéria, Joana Angélica e Maria Felipa foram fundamentais para a história entre 1822 e 1823, período de conquista da Independência do Brasil enquanto colônia de Portugal.

Segundo a Editora Caras (2021), essas mulheres, assim como muitas outras conhecidas ou desconhecidas, de famílias abastadas ou não, cada uma, ao seu modo, contribuíram para que a luta brasileira contra as tropas de Portugal não fosse em vão.

Isso porque, em 1919, o parlamento britânico concedeu o direito de eleição à mulher, mas somente em 1928 o Reino Unido igualou os direitos de voto entre os homens e mulheres.

No Brasil, o primeiro código eleitoral, ainda que provisório, foi promulgado em 24 de fevereiro de 1932, e a primeira eleitora foi Celina Guimarães Viana; na verdade, ela foi a primeira mulher do Brasil e da América Latina a votar. Isso ocorreu em 25 de novembro de 1927, segundo o Tribunal Superior Eleitoral (2022). No próximo ano, Alzira Soriano foi a primeira mulher a assumir o governo de uma cidade com sessenta por cento (60%) dos votos; ela se tornou prefeita de Lages, no Rio Grande do Norte, porém o Senado cassou o seu mandato e anulou o voto de

todas as mulheres da cidade, impedindo-a de chegar ao poder. Foi apenas em 1932 que Getúlio Vargas concedeu às mulheres casadas, mas somente aquelas que tivessem autorização dos maridos o direito de votar; considera-se uma evolução para a época, apesar das limitações impostas por uma sociedade dominada pelo patriarcado. (EDITORA CARAS, 2021)

Em 1933, durante as eleições, Carlota Pereira de Queiróz foi eleita, tornando-se a primeira deputada federal brasileira; ela era escritora, pedagoga e médica.

Já em 1934, houve um avanço no código eleitoral brasileiro, e os impedimentos ao voto feminino foram retirados para que a mulher exercesse plenos direitos políticos, entretanto, determinando em seu artigo 109 que: “O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens, e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar.” (TRIBUNAL SUPREMO ELEITORAL, 2022, s/d)

Somente em 1946, o voto passou a ser obrigatório para mulheres e, em 1988, a Constituição Federal veio a consolidar a garantia de direitos iguais entre homens e mulheres. Atualmente, cinquenta e dois por cento (52%) da população brasileira são representados por mulheres, além de serem votantes.

Essa participação é de suma relevância, contudo, quando a mulher não ocupa espaços representativos na política, ela fica à mercê de interesses, predominantemente, masculinos, além da possibilidade de estar desassistida por políticas públicas que valorizem as suas necessidades.

Em outras palavras, a não ocupação feminina desses espaços deixa as mulheres à margem dos processos de elaboração das políticas públicas, além de enfraquecer a democracia. (SUBSECRETARIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MULHERES, 2022, s/p)

E como a consolidação e a garantia das mulheres em ambientes representativos, isto é, em que há tomadas de decisões importantes para cada sujeito brasileiro deve ser um fator prioritário de conquista e atuação das políticas para mulheres, embora a maior questão que impeça tal articulação seja a luta pela equidade de gênero, tendo em vista que, no construto da identidade e dos papéis do homem e da mulher, a mulher foi colocada em posição de subjugação, pois enquanto o homem sempre foi representado como forte, disciplinador, “isento de instintos, emoções e sensibilidade”, a mulher ficou caracterizada por “uma imagem sensível, fiel, honesta, instintiva, generosa, perspicaz, garantindo-se essa ambivalência através de um pacto de dominação”, configurando um discurso antagônico a ambos de força versus fragilidade que compõe até hoje a sociedade e seu modo de enxergar os papéis de cada gênero (PINHO, 2020).

Dessa forma, deve-se incentivar, primeiramente, que as mulheres sejam vistas como indivíduos capazes tanto quanto os homens e, para isso, faz-se necessária verdadeira discussão em centros acadêmicos e na sociedade de modo geral, tendo em vista que há uma lacuna nesses ambientes sociais que mostra a carência em se debater o assunto a fim de que, por consequência, elas tenham verdadeiro espaço e ocupem cargos de chefia, além de exercer liderança política, o que, certamente, propiciará uma democracia mais forte e representativa. (SUBSECRETARIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MULHERES, 2022; PINHO, 2020)

2.1.2 Criação da Lei Maria da Penha

Contribuindo com a história da mulher na política, é importante destacar a Lei Maria da Penha, promulgada em 2006, tendo como base o Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, no qual, foi publicada a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, somado à Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979, que entrou em vigor em 03 setembro de 1981. É importante observar que tal dispositivo legal foi assinado pelo legislativo, com reservas, em 31 de março de 1981 e ratificado, com reservas, em 1º de fevereiro de 1984, entrando em vigor no Brasil em 2 de março de 1984. Em 22 de junho de 1994 foi a lei ratificada, sem reservas. (ONU, 2013)

Ela trouxe importantes avanços e “contornos mais amplos” (PINHO, 2020, p. 3) acerca da temática violência contra a mulher de modo geral e em suas especificidades.

Conforme a referida lei, a violência doméstica e familiar, ao ser conceituada, ganha forma e amplitude, iniciando de maneira concreta a implantação da discussão acerca da proteção à mulher no âmbito político.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

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

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

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

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos. (BRASIL, 2015, s/p)

Segundo Pinho (2020, p. 3), essa construção pós-legislação Maria da Penha tem dezesseis anos e deu início ao “processo vigoroso de desnaturalização da violência doméstica”, contudo a legislação em torno da violência política de gênero ainda segue estacionada e ineficaz, se comparada à discussão e construção que permitiu à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, isto é, a conhecida Lei Maria da Penha ganhar notoriedade.

Pinho (2020) ainda declara que outros países latinos foram pioneiros na aprovação de leis contra a violência política de gênero e que o Brasil está em uma posição anterior em relação a essa pauta tão importante para a sociedade brasileira. (BRASIL, 2013)

2.2 CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA POLÍTICA DE GÊNERO E A LEI Nº 14.192, DE 4 DE AGOSTO DE 2021

Com efeito, a Bolívia foi a primeira nação a criminalizar em legislação específica a violência política de gênero, bem como o assédio. Isso ocorreu em 2012. O Equador também chegou a apresentar a mesma intenção legislativa, contudo não obteve êxito, uma vez que se entendeu que tal matéria jurídica já era contemplada na reforma do Código Penal peruano, o qual já criminalizava o assédio político, porém não levando em consideração a questão de gênero.

No ano seguinte, a saber, em 2013, uma amálgama da lei boliviana à peruana resultou em um projeto de lei apresentado pela Costa Rica. Por conseguinte, no país mexicano, a proposta apresentada levava em conta a legislação vigente, já que se propunha uma emenda à reforma discutida pela Lei sobre o Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, promulgada em fevereiro de 2007 (SOUZA, 2013) e também ao Código Federal Eleitoral, o que parece ter sido motivo de crítica por Krook e Sanín (2016), já que, segundo as autoras, não houve a elaboração de um projeto independente. De fato, a proposta foi aprovada pelo senado, mas não foi consentida na Câmara dos Deputados.

No Peru e no mesmo ano inclusive (2013), precisamente, no mês de fevereiro, Verónica Fanny Mendoza Frisch, uma membra do Congresso Nacional no Peru, expôs um projeto de lei para extinguir o assédio político contra mulheres. Mesmo que o projeto tenha apresentado idênticas características da lei boliviana, o termo “violência” não apareceu na referida tratativa. Conforme Krook e Sanín (2016), a palavra foi evitada, por conta da sua relação com a história do conflito militar armado no Peru que ocorreu entre 1980 e 2000 e ficou marcado por sua violência extrema.

No Brasil, por sua vez, recebeu repercussão duas leis, a saber, a lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 e a lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021. A primeira teve por objetivo:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência

Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Já a segunda, veio estabelecer:

(...) normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais.

Sua aprovação no plenário da Câmara Federal representou valioso instrumento ao instituir cotas destinadas a mulheres no legislativo, trazendo maior representatividade feminina, uma vez que garantiria o assento nas cadeiras legislativas. (AGÊNCIA BRASIL, 2017; BRASIL, 2020)

Acerca disso, Talancón Escobedo (2009) enfatiza que essa discussão não é nova, além de ser um processo histórico que tem levado anos para ser desconstruído e reconstruído de modo legítimo e igualitário: "A velha e permanente reflexão sobre a violência sempre nos leva às fronteiras da ação política, sobre a violência que historicamente ocorre a partir, contra e dentro da organização política" (TALANCÓN ESCOBEDO, 2009, s/p).

Além disso, nos dias hodiernos, apesar da evolução tecnológica e da entrada na pós-modernidade, segundo alguns historiadores, a luta da mulher por seus espaços encontra sempre entraves e desafios diante de inúmeras questões, como a questão de gênero, a falta de efetividade das políticas públicas, bem como o preconceito de muitas pessoas, incluindo mulheres, acerca dos espaços de ocupação e questionamento da capacidade feminina de estar no poder, sem contar a jornada dupla, tripla ou múltipla que a mulher tem que a subjuga a uma sobrecarga de trabalho e responsabilidades, levando ao adoecimento psicológico ou físico por vezes.

Isso porque a posição de autoridade e até mesmo de autoritarismo do homem enquanto chefe da família, de grupos sociais e representante no poder em detrimento da mulher que ocupa lugares e posições de vassalagem permite a contínua descredibilização da mulher, além de resultar em distintas formas de violência feminina, como a violência doméstica, que hoje é expressão de desumanidade mais conhecida pela sociedade e a mais sofrida por mulheres (PINHO, 2020), somada a outras maneiras de agressão que a Lei Maria da Penha trouxe à baila, apesar de não ser uma lei tão propecta e apresentar diversas lacunas em seu texto-base.

Por isso, o presente trabalho, deseja analisar tal questão, a saber: acerca da "Violência Política Contra a Mulher". Segundo Biroli (2018, p. 67), o "Brasil é um dos países com os menores índices de representação feminina no mundo e no continente americano", faltando protagonista na política para essas mulheres.

As limitações impostas à participação delas na política podem ser observadas nos mais variados âmbitos, não se atendo às esferas políticas (ARAÚJO; ALVES, 2007), mas também midiáticas (MIGUEL; BIROLI, 2011), bem como "na divisão sexual do trabalho no cotidiano, que rouba às mulheres tempo e recursos financeiros, condições preciosas para que tenham voz na esfera pública. (BIROLI, 2018, p. 67)".

Com isso, entende-se que a sociedade demonstra preconceito com a mulher em diferentes espaços em que elas se fazem presentes, uma vez que não lhe concede voz tal como possuem os homens, além de terem todas as funções domésticas sob sua responsabilidade, isto é, carreira, filhos, casa, vida pessoal etc., tudo passando por seus cuidados.

Sabe-se que, numa sociedade predominantemente patriarcal, isso é comum, já que a mulher acumula funções no bojo do seu lar e sofre com uma posição inflexível, por vezes, por parte de seu cônjuge, que é educado por uma sociedade a ser o chefe da família, impondo suas regras e não permitindo que a mulher tenha voz, exceto casos que, em sua minoria, rompem com esse modelo social predominante.

2.3 O ESPAÇO DA MULHER NA POLÍTICA ATUALMENTE: REFLEXÕES

Segundo o Instituto Marielle Franco (2020) Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres (SNPM), o Brasil tem “mais de 77 milhões de eleitoras. O número representa 52,5% do total de 147,5 milhões de eleitores.” (SNPM, 2020, s/p)

Com relação a essa estatística, em 2018, 9.204 (31,6%) mulheres disputaram um cargo eletivo nas Eleições Gerais, e somente 290 conseguiram ser eleitas, um aumento de 52,6% se forem levados em consideração os índices de 2014.

Já nas eleições de 2020, 78,1% das candidatas ao pleito disseram ter sofrido certo tipo de violência virtual, em virtude da pandemia, sendo a mais relatada a violência política. A exposição midiática também foi maior, tendo em vista o cenário de campanhas no ciberespaço, conforme aponta o Instituto Marielle Franco (2020):

Com relação a identificação dos agressores, a maioria das participantes (44,9%) relatou ter sofrido um ataque de indivíduos ou grupos não identificados, enquanto 29,3% afirmaram que os agressores são candidatos, indivíduos ou grupos militantes de partidos políticos adversários; 14,6% indivíduos ou grupos com identidade política ideológica identificada como neonazistas, racistas e grupos anti-feministas; e 4,5% candidatos, indivíduos ou grupos militantes do seu próprio partido político. Cabe destacar que entre as participantes de nossa pesquisa, 90% pertencem a partidos considerados progressistas (de esquerda ou centro-esquerda), o que evidencia a escalada de ódio promovida por partidos políticos de extrema-direita e conservadores. (INSTITUTO MARIELLE FRANCO, 2020, p. 13)

Entende-se que essa participação ainda é pequena número, caso comparada ao índice geral de votantes mulheres e aquelas que podem concorrer nas eleições (SNPM, 2020, s/p), e isso se deve a muitas questões históricas que deram e ainda dão vazão ao desrespeito e à deslegitimação da mulher na sociedade, culminando em suas variadas formas de violência, entre as quais se destaca a violência virtual e política.

Segundo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (2020), a violência política consiste:

[n]a agressão física, psicológica, econômica, simbólica ou sexual contra a mulher, com a finalidade de impedir ou restringir o acesso e exercício de funções públicas e/ou induzi-la a tomar decisões contrárias à sua vontade. Inclui-se nesta concepção as eleitas, as candidatas aos cargos eletivos, as ocupantes de cargos públicos, as dirigentes de conselhos de classe, de empresas estatais e das entidades de representação política. Em suma: atos sistêmicos de violência com o objetivo de excluir a mulher do espaço político. É uma das causas da sub-representação. (MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2020, s/p)

Isto é, toda e qualquer forma de humilhação ou exposição, seja ela física, psicológica ou quaisquer outras esferas, a fim de impedir que uma pessoa cumpra suas funções na política é considerada violência política. Tem-se, portanto, um conceito bem claro e, diga-se, amplificado desse tipo de violência, em que não se leva apenas em consideração abusos físicos sofridos por vítimas desse comportamento, mas também qualquer mecanismo direto ou indireto de coerção ao cumprimento dos deveres e direitos políticos de outrem.

Diante desse posicionamento público do governo, seria interessante que toda e qualquer ação violenta no poder fosse impedida com o mesmo rigor de sua concepção e complexidade do ato em si, contudo o que se vê, mesmo com avanço histórico e evolução de direitos femininos, é o sofrimento de muitas mulheres na política ou na tentativa de concorrer a cargos nesse setor.

Ainda a respeito da violência política, ela se manifesta em subtipos, sendo eles: a violência política simbólica, a violência política psicológica, a violência política econômica, a violência política sexual, a violência política física, que nada mais são do que os desdobramentos do que se entende por violência política.

Cada subtipo pode ser representado por ações, cada uma à sua forma, que constituem mecanismos de repressão variados para tolir indivíduos o acesso, bem como a atuação em âmbitos públicos, além de forçar a

adoção de medidas forçadas e divergentes da própria vontade da vítima. São exemplos de violência política simbólica a inexistência de banheiros femininos no plenário do Senado Federal, circunstância que causava constrangimento e ocorria até 2016. Segundo o site do Senado, a implantação de sanitários femininos ocorreu devido às reivindicações das senadoras da época. Até aquele momento, todos os parlamentares dividiam o mesmo local, aliás, isso ocorria desde 1979, quando a primeira senadora foi eleita, Eunice Michiles.

Ainda de acordo com o mesmo domínio (SENADO FEDERAL, 2015), a senadora Vanessa Grazziotin comentou que não se tratava de um banheiro que resolveria todas as questões relativas à ocupação feminina na política, embora a realidade de não haver banheiros femininos no plenário mostrasse que aquele espaço público não estava preparada para mulheres.

Ademais, a ausência de locais que forneçam assistência às mães, tais como berçários e fraldários também é considerada uma ato de violência política simbólica, bem como a falta de “regras regimentais relacionadas à licença-maternidade no Congresso Nacional”, tais como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213, de 2013), bem como o PL 5.186/2020 que tramita no Senado e que:

Dispõe sobre a proteção à prematuridade, altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para garantir a prorrogação da licença-maternidade até 60 (sessenta) dias após a alta hospitalar do recém-nascido, e acrescenta art. 73-A à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para ampliar o prazo de salário-maternidade (MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2020, s/p).

2.4 O CONCEITO DE MICROMACHISMO E SUAS IMPLICAÇÕES POLÍTICAS

O micromachismo é um termo recém-adotado no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (2020) e que consiste num conjunto de ações preconceituosas e comportamentos sutis ou dissimulados em relação à mulher, porém de modo contínuo e de difícil percepção devido à sua normalização na cultura da sociedade. O termo surgiu em 1991, por conta de um psicoterapeuta espanhol, Luis Bonino Mendez, embora tenha-se tornado mais conhecido na América Latina, onde tal problema se prolifera, conforme Almeida (2016).

Trata-se de pequenos atos de machismo que se revestem, por vezes, de coerção. São:

Actos o comportamientos donde elvarón usa lafuerza moral, psíquica, económica o personal para intentar doblegar a lasmujeres y convencerlas de que ellas no tienenlarazón, provocando enellasunsentimiento de derrota posterior al comprobar que lapérdida, ineficacia o falta de capacidad y/o peso político suficiente como para poder defender sus propiasdecisiones o razones (MANSO; SILVA, 2015, p. 114)

Isto é, são atitudes que evocam nas mulheres um sentimento de inferioridade e de incapacidade seja por meio da linguagem falada ou escrita, ou mesmo pela linguagem corporal machista associada a sistemas de poder invisíveis, fortemente construídos ao longo da história e imutáveis (LERNER, 1990) que se apoderam das mais variadas armas e tecnologias para reforçar o domínio do patriarcado. (MANSO; SILVA, 2015).

Passam ainda de pai para filho e, numa escala macro, operam da estrutura familiar para a estrutura social:

La segunda forma consta de lateoríadel patriarcado clásico, lacualsostiene que el poder patriarcal y el poder político no son análogos sino por el contrario idénticos. Los hijosnacen bajo lasujeción de sus padres y por ello bajo lasujeción política. Esen este sentido cuando se considera al derecho político como natural y no convencional, siendoel poder político paternal cuyoorigen es el poder delprocreadordel padre. (MANSO; SILVA, 2015, p. 108)

(...) tecnologías de poder que como bien define Michel Foucault (2005a;2005b y 2005c; 2010) empujan al sujeto social a susujeción por labiopolítica, tecnologías de poder que se enmarcanperfectamenteenlosintereses de ladominación masculina, una biopolítica (Foucault, opcit), tecnopolítica (Winner, 1987), infopolítica (Lash, 2005) y

psicopolítica (Byung-Chul, 2014) que siguen las pautas de la opresión femenina, un proceso de *othering* (Young, 2012) que se entremezcla con los logros civiles, legales, políticos y económicos conseguidos. (MANSO; SILVA, s/d, p. 111)

Com efeito, o comportamento machista é reforçado e estimulado por um agente biológico que toma proporções maiores e similares, chamadas, por Manso e Silva (2015), de tecnologias de poder que exercem seu domínio por meio de microestruturas: a saber, na biopolítica, na tecnopolítica, na infopolítica e na psicopolítica.

2.5 CONSELHO DE ÉTICA

Na política, um dos papéis fundamentais e que deveriam auxiliar no combate à violência política de gênero seria o do Conselho de Ética e Decoro, porém, segundo Pinho (2020), não é o que acontece, já que muitos casos são até aceitos pelo conselho, todavia a maioria deles é arquivada por diversos motivos, dentre eles o próprio machismo com que os relatores analisam as representações encaminhadas ao departamento político.

De acordo com o site da Câmara dos Deputados, o Conselho de Ética e Decoro, até 2020, recebeu cento e cinquenta (150) representações; destas, cento e vinte (120) foram arquivadas e cinquenta e oito (58) não foram nem sequer apreciadas; sete (7) eram casos de violência política contra mulheres.

Entre os casos, está o do presidente Jair Bolsonaro; na época, ele era deputado e, ao se dirigir à deputada Maria do Rosário, cometeu ofensas injuriosas. Por consequência, além do ocorrido no pleito, a deputada sofreu inúmeras situações de violência parecendo, que o ato do parlamentar Bolsonaro incitou uma sequência de ações de ameaça por uma sociedade repleta de machismo estrutural.

O caso foi arquivado pelo conselho por conta do término do mandato de Jair, sendo que a questão nem sequer fora discutida ou julgada, porém o Supremo Tribunal Federal (STF) aceitou a denúncia da Procuradoria Geral da República (PGR), interpretando e julgando a ação de Jair como injúria. Sendo assim, o deputado foi condenado em 2015 e teve de pagar uma indenização de R\$ 10.000 à parlamentar Maria do Rosário por danos morais.

A segunda representação ao Conselho foi aceita devido ao Deputado Alberto Fraga ter proferido palavras em tom de ameaça da seguinte forma: “Mulher que bate como homem tem que apanhar como homem também. Mulher que participa da política e bate como homem tem que apanhar como homem também.”

O discurso do parlamentar a respeito de mulheres que batem incitava ameaças, porém quando a representação foi analisada pelo conselho, ele deliberou que as de Fraga palavras haviam sido ditas de modo figurado, e, na votação, 14 votos foram favoráveis a essa interpretação do relator contra três votos que não. Por fim, o caso foi arquivado.

É importante destacar que a ameaça, do ponto de vista linguístico, não foi dirigida a determinada pessoa, mas o Conselho deve deliberar sempre que um parlamentar não se comportar com decoro. Afinal, essa é uma das suas atribuições.

Voltando à sequência de representações, a terceira foi em 2015, contra o deputado Roberto Freire; ele havia agredido fisicamente a deputada Jandira Feghali. Assim, com atos de violência, ele desferiu golpes contra ela, ficando toda a ação fotografada e gravada. Contudo, ele foi julgado inocente, e ainda o relator prestigiou a figura do representado, relativizando a condição da vítima. No relatório, ele chegou a se referir à deputada Jandira como alguém que estava em busca de holofotes e ainda disse que ela era destemperada.

Destaca-se que termos como “destemperada, de TPM, com hormônios à flor da pele, naqueles dias” são ofensas comuns ou normalizadas às mulheres. Ademais, trata-se de injúrias que tentam descredibilizá-las, e a intenção desses deputados é que elas percam o respeito diante da sociedade, seja de forma explícita ou implícita, voluntária ou involuntária. Além do mais, no caso ocorrido, ao analisar o relato, é possível perceber que o acusado, nas próprias palavras do relator, não podia ser acusado devido à sua reputação inquestionável.

No relatório, as seguintes palavras acerca do deputado Roberto Freire foram utilizadas: “um homem decente, correto, de 73 anos”. O relator ainda demonstrou que a deputada Jandira mereceu a violência física. Essa, portanto, foi a mensagem deixada por um órgão que deveria deliberar com igualdade e justiça, tal como pressupõe a Constituição Federal.

A seguir, uma outra representação ocorreu em 2016, quando o deputado Laerte Bessa fora denunciado pelo Partido dos Trabalhadores (PT) por ter chamado a presidente de "vagabunda". No relatório e em sua defesa, o deputado Mauro Lopes afirmou que ambientes de debates políticos transmitem uma atmosfera acalorada.

Diante disso, o caso foi arquivado, já que contou com oito votos favoráveis a quatro contrários. No relato ainda, Mauro Lopes justifica o ato de Bessa, dizendo que a intenção dele era de argumentar contra a gestão e não de ofender a pessoa da presidente, contudo esse comportamento não somente atingiu a presidente, mas também atuou em face de deslegitimar a mulher na política, pois, ao ofender uma mulher, ele não somente descredibilizou sua atuação no poder, como também ofendeu a sua índole utilizando uma palavra que, de acordo com Pinho (2020), nem sequer possui equivalência para o público masculino.

Também é válido citar o recente episódio da Deputada Estadual de São Paulo Isa Penna, o qual teve seus seios apalpadados pelo Deputado Estadual Fernando Cury, em dezembro de 2020. O político negou ter praticado "importunação sexual" contra a deputada, e ainda argumentou dizendo que se tratava apenas de um "gesto de gentileza" ao atravessar a conversa que Isa estava tendo com Cauê Macris, presidente da Assembleia Legislativa de São Paulo (ALESP). Importante ressaltar que um de seus pares, membro do Conselho de Ética da ALESP, o Deputado Estadual Delegado Olim disse, em participação a um podcast, que a parlamentar teve "sorte" ao sofrer assédio, sendo esse um pilar para que ela se reeleja ao cargo. Ou seja, havendo uma dupla violação. (REIS, 2021)

2.6 A VIOLÊNCIA POLÍTICA DE GÊNERO DE FATO

O modelo de sociedade que vem sendo construído e inculcado na mente das pessoas ao longo da história tem por base a imagem da mulher com um ser fraco e frágil. Diferentemente do homem, que possui uma representação forte, disciplinadora; o homem é construído pela sociedade por meio dos ideais de instinto e sobrevivência, enquanto a mulher é vista como ser frágil, sensível, fiel, honesto, generoso e perspicaz. Logo, essa figura de dominação da mulher, construída ao longo dos anos, é importante para que o homem exerça domínio sobre ela e detenha o poder. Trata-se do lema "fragilidade versus força" que está enraizado nos papéis específicos da mulher e do homem, respectivamente, exercidos na sociedade e, por meio desse lema, constrói-se a dominação da mulher.

Toda essa construção equivocada da sociedade designou à mulher um lugar de subordinação ao homem, uma vez que ele sempre esteve intrinsecamente relacionada à posição de mando ilimitado nas relações familiares, e isso fez com que as formas de violência contra a mulher fossem normalizadas, portanto compreender essa deficiência social é mais complexo ainda, visto que leva em conta a motivação e o gênero da vítima.

Em se tratando de formas, a violência doméstica ficou conhecida como a maior expressão de agressão, considerando o aspecto físico, psicológico e verbal que ela pode adquirir. Além disso, passou por muitos contornos diante da sociedade, que, aos poucos foi reconhecendo a violência sofrida pelas esposas em seus lares, porém foi em 2006, a partir da Lei Maria da Penha, que obteve uma maior discussão e até questionamentos. Demorou à sociedade entender que atos violentos físicos, verbais e psicológicos praticados pelo marido eram exemplos legítimos de violência doméstica.

No âmbito conceitual, inclusive, a Lei Maria da Penha corrobora que a violência doméstica consiste em qualquer atitude ou omissão baseada na questão de gênero que leve ao falecimento, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral ou patrimonial. Dentro desse conceito, a violência política também não causaria tais efeitos, portanto seria o caso de se discutir e definir os atos que configuram as formas de violência política.

Fato é que a Lei Maria da Penha trouxe visibilidade a muitos outros exemplos de violências que eram vividos pelas mulheres. A lei ainda propiciou certo debate público acerca da exposição sofrida pelas mulheres, inclusive por sua participação igualitária na sociedade, tendo em vista que as modalidades de violência comprometem a ação efetiva das mulheres, inclusive o exercício da sua cidadania e ocupação de ambientes políticos.

Esse constructo legislativo, porém, ao completar dezesseis (16) anos ainda precisa de efetivação material. Parafrazeando Dimenstein (em qual obra?), quando a lei for cumprida, e a população não for mais "cidadã de

papel”, aí a mulher será, de fato, reconhecida. Mas, enquanto isso não ocorre, várias formas de violência seguem sendo naturalizadas e, muitas vezes, nem sequer são reconhecidas.

Ora, se levou-se tempo para entender que “em briga de marido e mulher se mete a colher, sim”, contrariando o ditado forjado e aceito por uma sociedade machista, também se está levando tempo para reconhecer a violência política de gênero.

E, uma vez normalizada pela sociedade, certas formas de tratamento direcionadas à mulher na política, por extensão, ocorrem do mesmo modo que em outros ambientes sociais.

2.7 ALGUNS ESTATUTOS LEGISLATIVOS COM RELAÇÃO À VIOLÊNCIA POLÍTICA EM QUESTÕES DE GÊNERO NA AMÉRICA LATINA

Apesar de muitos países estarem positivando leis de combate à violência à mulher na política, tais como a Bolívia, em 2012, o Peru no mesmo ano, a Costa Rica, em 2013. Entretanto, a discussão ainda precisa ganhar força, porque, em vários países da América Latina, por exemplo, em que as leis são criadas a passos lentos, e sua efetivação também é tendenciosa e inclinada ao machismo, haja vista que, no poder, ou melhor, na tomada de decisão, estão homens que não sentem ou sabem o que passam as mulheres.

Para confirmar essa situação, Pinho (2020) afirma que, em todas as representações feitas no conselho de ética e decoro, lugar em que condutas inadequadas de parlamentares podem ser denunciadas, abrindo-se investigação a fim de apurar os fatos, tendo como assunto a violência política contra mulher, foram arquivadas e, em apenas uma, houve indenização, sanção prevista não pelo Coética, mas, sim, pelo STF que interviu ao responder o caso de violência política de gênero sofrida pela deputada Maria do Rosário.

Com efeito, tais fatos evidenciam que as mulheres precisam estar politicamente posicionadas em todos os âmbitos e em todos os níveis da política. Além disso, as mulheres precisam estar também no conselho de ética para deliberar com empatia e com respeito a causa que lhes é inerente.

De igual modo, esses lugares revelam a imposição do homem quando está no poder e que a sua opinião a sua ideologia patriarcal e machista ainda é predominante mesmo em lugares em que se discute direitos humanos garantias fundamentais princípios axiológicos, como dignidade, igualdade e qualidade.

Na verdade a sociedade deveria passar por uma reconstrução em todas as modalidades em todos os seus setores e níveis desde o setor público até os setores políticos setores da saúde e da Educação um projeto social amplo que contemplasse todo o país somente assim a mulher deixaria de ser vista tal como é atualmente não construído maldoso e tendencioso ao longo dos anos para ser vista em todas as suas capacidades necessidades talentos aptidões assim como o homem.

As legislações nacionais que têm surgido em torno da violência de gênero parecem prever três tipos de manifestações de violência a física e a sexual e a psicológica, contudo, segundo Krook e Sanin (2016), deveriam ser acrescentadas mais duas a violência simbólica e a Econômica além da possibilidade de que as diversas formas têm relação entre si.

Igualmente, ambas as autoras entendem que o objetivo de um homem ao cometer violência contra uma mulher no poder é justamente impedi-la, porque ela é mulher.

Tal violência na política é definida como atos que buscam controlar o acesso ou comportamento das mulheres nessa esfera, restringindo sistematicamente o acesso a recursos econômicos que, de alguma forma, têm o status de acessíveis, mas estão disponíveis apenas para os homens.

O objetivo deles, portanto, é tornar o trabalho político tão difícil e frustrante que as mulheres sejam levadas a se retirar por conta própria ou a reduzir as chances de que elas possam realizar seu trabalho de maneira eficaz, afetando assim suas futuras carreiras políticas (PINHO, 2020, p. 4)

Isto é, a violência econômica na política afeta não somente a carreira da mulher, mas também o seu psicológico. Segundo Bourdieu (2007), a violência simbólica é usada contra o trem para confirmar a sua posição de hierarquia social portanto a violência simbólica desprestigia desqualifica a mulher no poder criando estereótipos de gênero que lhe "negam competência na Esfera política" (BOURDIEU, 2007, p. 4)

Ou seja, a violência simbólica tem por objetivo rebaixar o outro para reforçar uma posição hierárquica de alguém, julgando a sua capacidade.

Com isso, a violência é confirmada na política não somente no período pós-campanha, mas também na campanha, porém elas recebem nomes diferentes quando a violência ocorre durante o processo de eleição as autoras denominam violência eleitoral agora quando elas ocorrem no período pós campanha elas recebem o nome de violência política de gênero.

É importante observar que a violência política de gênero nunca tem somente um impacto sobre a pessoa que sofre determinada ação, mas também ela vem alisar outras mulheres que se sentem representadas por figuras femininas. Com efeito, acaba-se passando a mensagem de que a esfera pública não é o lugar delas e que, se continuarem ali, sofrerão as consequências dos seus atos.

3 CONCLUSÃO

Este trabalho confirma, mais uma vez, que altos índices de violência contra a mulher apresentam-se sob múltiplas facetas, e isso consiste em um problema social que corrói e contamina a perspectiva com que a mulher é vista pela sociedade. Infelizmente, o Brasil ocupa a nonagésima posição mundial no que se refere à igualdade entre homens e mulheres.

É importante ressaltar que esse dado leva em conta 144 países e que, em 2016, o Brasil ocupava a sexagésima nona posição, mas caiu para a nonagésima e, antes disso, no mesmo ano da prorrogação da Lei Maria da Penha, o Brasil estava em sexagésimo sétimo lugar. Isso mostra o retrocesso vivido pela forma como o Brasil vem lidando com a questão da mulher, isto é, com o feminicídio, com a violência política e contra a mulher de forma geral.

Outrossim, evidencia a disparidade exacerbada entre a renda média da mulher e a renda do homem. Esses são elementos decisivos para que o Brasil caia no ranking.

Também é importante ressaltar que estão presentes também outros indicadores nesse relatório, tais como acesso à saúde e à educação, mesmo que estes apresentaram melhorias, ainda que ínfimas. Porém, na questão econômica, deixa a desejar, pois a renda da mulher corresponde a 58% da recebida pelo homem, sem contar o subíndice de empoderamento político, que mostra o quão ruim está sendo avaliada a questão da promoção da igualdade de gênero no país e da representatividade política.

É evidente que esse número reflete uma realidade vivida pelo país que tem poucas mulheres no Congresso Nacional e no executivo Federal, deixando nítida a vulnerabilidade do empoderamento feminino e que, conseqüentemente, se reflete no ranking, o qual também mostra o poder limitado que é exercido pela mulher na política e como ela é vista em cargos importantes de tomada de decisão.

Nesse aspecto, inclusive, o Brasil ocupa o centésimo quinquagésimo segundo lugar, pois apresenta 10,7% de mulheres na câmara dos deputados e 14,8 no senado, sendo que, no cenário legislativo, isso é ainda pior. No lugar de haver um crescimento, ainda que ínfimo, ele se torna um retardo, pois, segundo Pinho (2020), no governo de Michel Temer, a participação da mulher foi sucumbida.

Com efeito, as mulheres foram alijadas dos ministérios, havendo, dos 29 existentes, apenas uma mulher no poder, a chefe da Advocacia Geral da União Graça Maria Mendonça. Em outras palavras, Michel Temer não escolheu nenhuma mulher para seus ministérios até 2018, configurando sete anos sem uma mulher sequer no poder, o que, no governo da presidente Dilma, foi diferente, já que, de 32 ministérios, 6 apresentavam mulheres líderes, em 2011. Em seu mandato, as mulheres estavam à frente de 10 pastas de 37 no total.

Essa ausência da mulher na política envia uma mensagem e desencoraja outras mulheres a participarem da carreira política, ou melhor, de trilharem uma carreira política. Dilma foi um ótimo exemplo da deslegitimação e perseguição, tendo em vista a mensagem que foi enviada por meio do silenciamento e do desrespeito ao seu mandato.

Com isso, entende-se que, se uma mulher desejar ocupar cargos de poder e lutar pelos seus direitos, ela pode acabar sofrendo as consequências dos seus próprios atos, inclusive exclusão e silenciamento de múltiplas formas.

Pontua-se que isso ocorre em muitos lugares e não é diferente no ambiente político, diante dos mecanismos de silenciamento que, nesses ambientes, circula pelos corredores e assume formas maiores na tomada de decisão e na inefetivação das políticas públicas que deveriam assistir a essas mulheres no poder, como a Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021, por exemplo, ao mesmo tempo em que a violência doméstica está acontecendo nas casas e em outros lugares da sociedade.

Conclui-se que o conselho de ética fecha os olhos diante das agressões pelas quais as mulheres passam e, com, essa omissão, enviam a mensagem de que se pode continuar perpetuando essa cultura sexista e de Humilhação pública às mulheres mediante ao desrespeito que continua sendo aplaudido nas esferas públicas e perpetuando a informação de que as mulheres não são bem-vindas ali.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Últimas notícias PEC 134/2015. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/tags/pec-1342015>. Acesso em: 6 maio 2022.

ALMEIDA, Manuel de. O que é o “micromachismo”? Observador, Lisboa, 1 jul. 2016. Disponível em: <https://observador.pt/2016/07/01/o-que-e-o-micromachismo/>. Acesso em: 6 maio 2022.

ANDRIOLI, L. A. O corpo e a mulher na história da filosofia: uma leitura a partir de Merleau-Ponty centrada na atual discussão sobre a corporeidade. http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/FILOSOFIA/Monografias/corpo_mulher_filosofia.pdf

<https://www2.assis.unesp.br/darwinnobrasil/humanev2b.htm>. Acesso em: 6 maio 2022.

BIROLI, F. Uma mulher foi deposta: sexismo, misoginia e violência política. O golpe na perspectiva de gênero, v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=%E2%80%9CViol%C3%Aancia+Pol%C3%ADtica&btnG=#d=gs_qabs&t=1651938205283&u=%23p%3DfKM5xrD8PBYJ Acesso em: 6 maio 2022.

BOURDIEU, P.O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Câmara dos deputados. PEC 134/2015 - Proposta de Emenda à Constituição. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1724716>. Acesso em: 6 maio 2022

BRASIL. LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. LEI Nº 14.192, DE 4 DE AGOSTO DE 2021. Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-

2022/2021/lei/L14192.htm#:~:text=Estabelece%20normas%20para%20prevenir%2C%20reprimir,Elei%C3%A7%C3%B5es)%2C%20para%20dispor%20sobre%20os. Acesso em 22 jun. 2022.

CANTÚ, Amanda. Micromachismos: uma série sobre pequenas opressões cotidianas. A Hora, Vale do Taquari, 14 mar. 2020. Caderno Você. Disponível em: <https://grupoahora.net.br/conteudos/2020/03/14/micromachismos-uma-serie->. Acesso em: 6 maio 2022.

EDITORA CARAS. Mulheres na Independência do Brasil: A participação feminina nas lutas pela separação do Brasil de Portugal atingiu todas as classes. Rev. Aventuras na História, São Paulo, edição 214, 2021.

INSTITUTO MARIELLE FRANCO. A violência política contra as mulheres negras. Rio de Janeiro - RJ: Instituto Marielle Franco, 2020.

GINNA, R. Por que mitos sobre a inferioridade feminina continuam surgindo? Rev. Galileu, set. 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/09/por-que-mitos-sobre-inferioridade-feminina-continuam-surgindo.html>. Acesso em: 6 maio 2022.

LERNER, G. La creación del patriarcado. Barcelona, Crítica. 1990.

LOPES, L. Como a ciência contribuiu com machismo e racismo ao longo da história. Educampo Litoral, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Campus Litoral Norte, 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/educampolitoral/?p=3186>. Acesso em: 6 maio 2022.

MANSO, A. G.; SILVA, A. S. Micromachismos O Microtecnologías De Poder: La Subyugación E Infravaloración, Que Mantienen El Significado Político Y Social Del "Ser Mujer" Como La Desigua. III Encontro de Internacionalização do Conpedi, Madrid, v. 3, 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/download/3542/3051>. Acesso em: 26 set. 2022.

MARTINS, A. P. V. A mulher, o médico e as historiadoras: um ensaio historiográfico sobre a história das mulheres, da medicina e do gênero. História, Ciências, Saúde - Manguinhos, Rio de Janeiro, v.27, n.1, jan. / mar. 2020, p. 241 - 264. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/jnzhd/pdf/martins-9788575414514.pdf>. Acesso em: 6 maio 2022.

MARTINS, A. P. V. "Visões do feminino: a medicina da mulher nos séculos XIX e XX". História em Revista, v. 11, dez. 2005. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/jnzhd/pdf/martins-9788575414514.pdf>. Acesso em: 6 maio 2022.

MICROMACHISMOS: se é homem e faz alguma destas coisas, deve repensar seu comportamento. El País, Brasil, 8 mar. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/07/politica/1520426823_220468.html. Acesso em: 6 maio 2022.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Violência Política. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/mais-mulheres-na-politica/violencia-politica>. Acesso em: 6 maio 2022.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Mais mulheres na política. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/mais-mulheres-na-politica>. Acesso em: 6 maio 2022.

MACHADO, G. S. Violência política de gênero: um estudo sobre a trajetória de Anita Pires. Encontro Estadual de História da ANPUH-SC, v. 17, p. 1-13, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 2013. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

PINHO, T. R. Debaixo do Tapete: A Violência Política de Gênero e o Silêncio do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados. Revista Estudos Feministas, v. 28, 2020.

REIS, V. Fernando Cury depõe no Conselho de Ética da Alesp e nega importunação sexual contra Isa Penna: 'gesto de gentileza'. Portal G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/02/24/fernando-cury-depoe-no-conselho-de-etica-da-alesp-e-nega-importunacao-sexual-a-isa-penna-gesto-de-gentileza.ghtml>. Acesso em: 26 set. 2022.

RICHARDSON, R. J. Pesquisa social: métodos e técnicas. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

SENADO FEDERAL. [2016] Bancada Feminina do Senado conquista direito a banheiro feminino no Plenário. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/bancada-feminina-do-senado-conquista-direito-a-banheiro-feminino-no-plenario>. Acesso em: 6 maio 2022.

SOUZA, S. W. S. Violência política de gênero: repercussões psicossociais. São Luís: Centro Universitário UNDB, 2021.

SOUZA, Suellen André. Leis de combate a violência contra a mulher na América Latina: uma breve abordagem histórica. XXVI Simpósio Nacional de História, Natal - RN, ANPUH, jul. 2013. Disponível em: http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371348947_ARQUIVO_TextoAnpuhNata. Acesso em: 24 mai. 2022.

SUBSECRETARIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MULHERES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Página inicial. Disponível em: www.naosecale.ms.gov.br. Acesso em: 6 maio 2022.

TALANCÓN ESCOBEDO, J. H. La violencia política. Revista de la Facultad de Derecho de México, v. 59, n. 251, p. 377-388, 2009. Disponível em: <http://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60880/53698>. Acesso em: 6 maio 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Professora Celina Guimarães Vianna, primeira eleitora do Brasil. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imagens/fotos/professora-celina-guimaraes-vianna-primeira-eleitora-do-brasil>. Acesso em: 26 set. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Semana da mulher: primeira prefeita eleita no Brasil foi a potiguar Alzira Soriano. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2013/Marco/semana-da-mulher-primeira-prefeita-eleita-no-brasil-foi-a-potiguar-alzira-solano>. Acesso em: 26 set. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Voto da mulher. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/voto-da-mulher>. Acesso em: 26 set. 2022.

UNICAMP. Vestibular 2020. Prova comentada, 2.^a fase, dia 2, Redação, set. 2020. Disponível em: http://www.comvest.unicamp.br/wp-content/uploads/2020/09/prova_comentada... Acesso em: 6 maio 2022.

VOCABULÁRIO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Micromachismo. Disponível em: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/micromachismo#sdendnote2sym>. Acesso em: 6 maio 2022.

GT 2: DIREITO PÚBLICO

(CONSTITUCIONAL, HUMANOS, ADMINISTRATIVO, TERCEIRO SETOR,
DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO AMBIENTAL, ETC)

17 A CAMINHADA HISTÓRICA ATÉ A IMPLANTAÇÃO DA LEI Nº 12.711 DE 2012 E SUA FUNCIONALIDADE

Igor Rocha de Santana
Rayani Segantini de Araújo
Luis Gustavo Liberato Tizzo

RESUMO: Este trabalho visa apresentar a necessitada, nos tempos atuais, da Lei nº 12.711 do ano de 2012, e do seu sucesso cometido com a aplicabilidade efetiva desta mesma norma. No país, classificado com a segunda maior população negra, em 1997 havia apenas 2% (dois por cento) de alunos negros na universidade, como acusa Racionais, MC's em sua música "Capítulo 4, versículo 3". Com a políticas de cotas mudou-se este cenário, sabe-se que aumentou se consideravelmente, chegando a um total de 38,15% no ano de 2019. O artigo explica a caminhada deste processo revolucionário e justifica, através da história do Brasil, conta, de forma bem compreensível e coerente, a necessidade da Lei de Cotas para fazer tornar o Estado brasileiro um país com maior equidade para todos, como previsto em Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo. Cotas raciais. História.

ABSTRACT: This work aims to present the need, in the current times, of Law nº 12.711 of the year 2012, and its success committed with the effective applicability of this same norm. In the country, ranked with the second largest black population, in 1997 there were only 2% of black students at the university, as Racionais, MC's accuses in their song "Capítulo 4, versículo 3". With the quota policy this scenario was changed, you know it has increased considerably, reaching a total of 38.15% in the year 2019. The article explains the path of this revolutionary process and justifies, through the history of Brazil, it tells in a very understandable and coherent way, the need for the Law of Quotas to make the Brazilian State a country with greater equity for all, as provided for in the Federal Constitution.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Racismo. Racial quotas. History.

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho origina-se com a finalidade de explicitar, de forma histórica e jurídica, a desigualdade racial no Brasil, como algumas normas e costumes contribuíram para a grande durabilidade histórica deste preconceito, qual influência atos e costumes habituais contribuindo com o tributo da marginalização de homes e mulheres pretas. Há um enfoque principal às cotas raciais, qual justifica-se no decorrer do artigo.

Sendo uma discussão sobre dignidade humana, o objetivo do estudo é comunicar, de forma compreensiva e coerente, há necessidade atual da utilização da Lei 12.711/2012, vulgarmente conhecida como "Lei de Cotas". Discutir-se-ão preliminarmente o que é o racismo contra pessoas pretas, como isso influencia a sociedade, suas conseqüências e as atuais políticas públicas para intervenção de tal ato. Vale frisar que este artigo estará prioritariamente referindo-se ao racismo cometido contra as pessoas pretas no Brasil.

A metodologia aplicada foi o método de abordagem dedutivo. Já a técnica de pesquisa levou em consideração a revisão bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO:

1. RACISMO E SUAS CLASSIFICAÇÕES MAIS CONHECIDAS

Qualquer opinião ou sentimento concebido sem exame crítico, com base em valores, comportamentos, emoções, atitudes estereotipadas torna-se o que se chama de preconceito.

O racismo e o preconceito estão interligados, o racismo é um preconceito, mas não apenas isso. O preconceito pode estar apenas relacionado com o estilo de vida de uma pessoa, sua classe social, seus costumes. Já o racismo, como dito pela professora de história, Juliana Bezerra, “[...] é a crença em que uma raça, etnia ou certas características físicas sejam superiores a outras.”, sendo um estereótipo com nenhuma base científica.

É importante destacar que há 5 (cinco) principais tipos de classificação para o racismo. Começar-se-á explicitando o racismo individual sendo aquele que se caracteriza com a simples discriminação por outra pessoa não ser igual, ou não possuir a mesma etnia, podendo ser identificado nos tipos de fala como “tinha que ser preto”, quando uma pessoa preta comete um erro, ou “coisa de preto”, sujeitando a caracterização de algo feito e não bem visto.

Há também o racismo institucional, sendo aquele não exercido por um único indivíduo, mas sim por uma instituição como a Igreja, instituições públicas ou privadas, partidos políticos, o próprio Estado e entre outros. Este tipo de racismo é visualizado quando, por exemplo, há leis que determinem limitações nos direitos fundamentais (atualmente previstos no artigo 5º da Constituição Federal), tal como delimitar que em determinada escola só poderá estudar pessoas brancas, ou em determinado hospital pessoas brancas, por sempre brancas, terão preferência no atendimento. Parece um absurdo, todavia, no século XIX ainda, no país considerado mais avançado do mundo, o Estados Unidos da América, passava-se por um racismo estrutural evidente.

As praças eram destinadas para grupos específicos, baseados em cor. Os bebedouros eram separados. Havia delimitações policiais dentro dos ônibus para a segregação. E as escolas não eram diferentes: havia escolas para pessoas brancas e escolas para pessoas negras (normalmente, de pior qualidade). O regime de segregação racial, ou apartheid, era uma política oficial de estado e começou a ser abertamente questionado pelos movimentos de direitos civis nos anos 1950 e 1960. (NOGUEIRA, 2019)

Já o racismo cultural é o menosprezo por outras culturas por acreditar existir superioridade, ressaltando que a cultura engloba desde religião, vestimentas, costumes, até linguagem. Sabe-se que no Brasil é fácil observar esse tipo de racismo empregado nos atos cotidianos da população, já que, majoritariamente, o preconceito religioso está, no Brasil, associado com o racismo. O site de jornalismo progressista, Carta Capital, apontou que os casos de intolerância religiosa contra religiões africanas têm aumentado anualmente, a matéria também ressalta que, inquestionavelmente, as principais vítimas desses ataques são também as religiões de matrizes africanas.

Ordenadamente falar-se-á agora do racismo comunitarista, qual pode ser visivelmente representado em uma fala do atual Presidente do Estado, Sr. Jair Messias Bolsonaro, quando, ainda deputado federal, falou em seu discurso, no Clube Hebraico do Rio, que afrodescendente de quilombola “não serve nem para procriar”. O mesmo foi condenado ao pagamento de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos. Esse é um exemplo acessível para a compreensão de racismo comunitarista, sendo este um ato de acreditar que um grupo específico, e não só um indivíduo, será inferior.

Finaliza-se os conceitos apresentando com o racismo ecológico (ambiental), que, segundo o sociólogo Benjamim Franklin Chavis, qual criou este termo, seria a discriminação racial nas próprias políticas ambientais. Chavis dá seu exemplo quando diz que “É discriminação racial no escolher deliberadamente comunidades de cor para depositar rejeitos tóxicos e instalar indústrias poluidoras”. Na prática, verificamos que há esse racismo nas raízes brasileiras quando índios e negros são os mais afetados com tragédias ambientais. Tais do Santos, fundadora da Comunidade Cultural Quilombaque, denuncia essa situação em sua fala, dizendo:

As mortes são recorrentes, as mortes são naturalizadas. Famílias inteiras da beirada do morro para debaixo da terra. Incontáveis são as expectativas soterradas, afogadas. Quantos deslizamentos? Quantas enchentes? Quantas e até quando, para que o Estado assuma a sua responsabilidade legal e tome providências e ações efetivas nesses territórios? (SANTOS, 2022)

2. A HISTÓRIA DO RACISMO NO BRASIL

Para entender mais sobre o racismo no Estado brasileiro, é necessário olhar para a história, a qual mostra que a mais de 200 (duzentos) anos a sociedade vem marginalizando pessoas pretas por simplesmente serem pretas, isso torna-se mais visível quando apontado em dados, como, por exemplo, a pesquisa de 2018, realizada pelo IBGE, qual pontuou que 3 (três) a cada 4 (quatro) brasileiros que estão nos 10% (dez por cento) dos mais pobres são pretos, não bastando, segundo o Atlas da Violência, dados colhidos em 2020, mostra que a cada 100 (cem) pessoas assassinadas no Brasil 75 (setenta e cinco) são pretas.

Posto isso, o cantor e compositor Gustavo Pereira Marques, conhecido popularmente como Djonga, faz uma reflexão em sua música, nomeada como Bené, sobre esse cenário, qual pergunta “O que vale mais: Um jovem negro ou uma grama de pó? Por enquanto ninguém responde e morre uma pá”. Marques, 2019. Com isso, o cantor coloca os ouvintes a refletir sobre a desvalorização e a despreocupação em relação as vidas negras.

Mas isso não vem de agora. Aliás, se dependesse da coroa portuguesa os navios negreiros continuariam, talvez, até os dias atuais, circulando nos oceanos e desembarcando em praias brasileira, até porque a Lei datada em 9 de novembro de 1831, com o seu foco em acabar com o tráfico atlântico, deu-se por pura pressão mercantil, ou seja, a justificativa da proibição? Apenas interesse econômico.

Os Ingleses queriam acabar com a mão de obra escrava, pelo fato de que escravo não recebia salário consequentemente não tinha dinheiro para gastar. Para girar o monopólio do mundo, haveria de ter capital girando, então, foi criada a Lei Feijó, mais conhecida como “Lei Para Inglês Ver”.

O nome popularmente dado para esta lei se deu ao fato de que, por mais que a coroa portuguesa tenha concordado com o fim dessas embarcações, a lei não era de fato aplicada, ou seja, só foi feita para agradar os ingleses.

Embora não se saiba, com precisão, se os interesses ingleses para o fim do mercado internacional de escravos eram puramente econômicos ou também humanitários, é certo que, para o Brasil, não havia qualquer interesse no fim da escravidão. Ao contrário, muitos traficantes e senhores de terra brasileiros e portugueses faziam fortuna com o mercado negreiro. Não por coincidência, o Brasil foi o país que mais recebeu escravos africanos nas Américas: segundo o banco de dados da página Comércio Transatlântico de Escravos (The Transatlantic Slave Trade Database¹), o número total de africanos que aqui desembarcaram entre 1501 a 1900 chegou a 4,86 milhões. (DAGOSTIN, 2020)

Estima-se que este tenha sido o maior deslocamento forçado da história registrado até o momento. Dados apresentados pela Doutora Ana Luíza Mello Santiago de Andrade, mostra que cerca de 40% da importação de mão de obra forçada era feita pelo Brasil.

Não só contando com o atrasado citado no parágrafo anterior, há também o fato de que, enquanto todos os outros países da América Latina adotavam a abolição da escravidão, o Brasil decidiu ser o último país da América a abraçar esta ideia.

Logo após 20 anos, decreta-se uma lei que extinguiu o tráfico negreiro, lei essa chamada de Lei Eusebio de Queiroz, datada em setembro de 1850. Desta forma com a extinção dos tráficos, entra em vigor a Lei da terra, que basicamente era uma forma de monopolizar as terras. Neste contexto, o mais rico não era o que tinha mais escravos, agora o mais rico era o que tinha mais terras em suas posses. Com a desvalorização dos escravos no mercado, em 1888 o Brasil decreta a Lei Áurea, que supostamente daria liberdade para os negros no país, mas só supostamente.

Não há argumentação que vincule liberdade com o ato de ser tirado de seu país, escravizado e depois, como dito benefício, ser solto em um Estado desconhecido qual criminaliza sua cultura, criminaliza seus atos, expõem de forma pejorativa suas características físicas, ao mesmo tempo que essa sociedade declara publicamente que não há de ver esses indivíduos como pessoas de direitos, ou, de antemão, até mesmo, de forma expressa, não os vendo como pessoas.

Sem acesso a terras, tiveram que trabalhar de formas análogas à escravidão, até da mesma forma que encontravam se antes da abolição. Isso não foi e não é liberdade.

Ainda sobre esse assunto, o Brasil decidiu em 1888 adotar políticas de embranquecimento. Em meados de 1870 o país inicia um debate sobre como fazer com a identidade nacional brasileira ficar um pouco mais europeizada.

Em um processo de eugenia, em um Brasil caracterizado por uma população, em sua maioria, de negros, indígenas e mestiços, buscava-se que esta população fosse descaracterizada do Estado e que invertesse para que a maioria das pessoas fossem brancas.

Sendo várias, uma das estratégias foi cativar o fluxo de imigrantes europeus para o Brasil, qual, segundo o historiador brasileiro Sr. George Reid Andrews, aponta-se dados de que mais de 1,5 milhão de europeus vieram para São Paulo, sendo que 63,6% (sessenta e três vírgula seis por cento) dessas viagens foram financiadas, de 1898 a 1914, pelo próprio governo.

No estado de São Paulo podemos constatar a multiplicação de estrangeiros a partir do final do século XIX, sobretudo na sua capital. Entre a última década do século XIX e os primeiros anos do século XX, o número de estrangeiros na cidade de São Paulo excedia os 50% do total de habitantes, sendo que a maioria dos imigrantes era italiana (SANTOS, 2017, p. 35.)

Com a vinda desses estrangeiros para o trabalho, os negros se viram sem mercado de trabalho, sobrando a eles os serviços mais intermitentes, que possuíam uma menor remuneração e não porque não eram capacitados, pois quando escravizados exerciam atividades que dependia de um alto nível de responsabilidade e preparo técnico.

Ou seja, o motivo para o qual os negros, pós-abolição, trabalhassem com serviços marginalizados é o pensamento eugenista da época, qual acreditava que os pretos deveriam permanecer à margem de tudo. Baseando-se em uma pseudociência, acreditavam que, desta forma, os pretos sumiriam biologicamente falando, o que hoje vemos que não faz nenhum sentido.

Aos negros que migraram para as cidades, só restaram os subempregos, a economia informal e o artesanato. Com isso, aumentou de modo significativo o número de ambulantes, empregadas domésticas, quitandeiras sem qualquer tipo de assistência e garantia; muitas ex-escravas eram tratadas como prostitutas. (AGUIAR, SEM DATA).

3.A FALTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA COM OS NEGROS POR SÉCULOS

O Jornalista Leonardo Sakamoto, em um dos seus trabalhos, denuncia que não era sinônimo de liberdade a Lei Aurea. Em seus escritos, ele frisa que, por mais que o Brasil tenha abolido a escravidão, sem políticas públicas de nada adiantou, pois manteve a mesma estrutura, o jornalista ainda diz que "Por isso, os escravos modernos são herdeiros dos que foram libertados em 13 de maio de 1888", desta forma ele justifica a dívida histórica que por tantos ainda é renegada.

Com a vigência da Lei Aurea a população negra, que antes habitava o país apenas para trabalho, viu-se sem oportunidades, tanto de emprego como para moradia.

Desamparados, longe de seus respectivos países, com políticas eugenistas, que desqualificavam e diminuía o valor de seu trabalho, foram forçados a ficarem a margem da cidade, deixando claro que o sistema escravista não foi superado da maneira correta, causando lacunas aos egressos do cativeiro que até hoje perduram.

O Brasil buscava a modernização do Estado com a entrada do novo século, mas existia muita gente pobre, em sua quase absoluta maioria eram pretos. Com isso, a melhor ideia encontrada pelo Estado para mudar esse cenário foi a instalação de políticas públicas que acabassem com os "vagabundos" da época.

Com isso entra em vigência a Lei da Vadiagem. Seu objetivo era basicamente controlar os atos dos ex-escravos na sociedade.

Era uma tentativa de controlar e limitar a liberdade dos egressos da escravidão de escolher onde e quando trabalhar, e de circular em busca de alternativas de sobrevivência". (FRAGA, 2018).

A comunidade negra era oprimida por lei até em relação a prática de sua cultura, como previsto no Código Penal de 1890, no seu art.157. O racismo sempre esteve nutrindo as raízes culturais brasileiras.

Ademais, após todo esse processo de abolição, e luta, o único interesse da burguesia e do Estado era claramente o desenvolvimento da economia, sem nem pensar nos direitos fundamentais como o direito à vida, igualdade perante a lei, liberdade de expressão, liberdade de religião, liberdade de circulação, direitos de propriedade, o direito a um julgamento justo e muito menos no direito ao voto para os negros e as minorias.

Alguns abolicionistas lutaram depois pela educação dessas classes menos favorecidas deixadas de lado. Mesmo com toda essa luta para a educação dos negros, o foco mesmo era a educação da classe principal, distinguida por raça, os brancos e principalmente burgueses.

Há também a questão histórica que todo preto que apresentava ser uma pessoa de destaque era embranquecido. O autor Machado de Assis é um exemplo explícito, pois foi reiterado em nossa cultura como branco pelo fato cultural de que negro e pobre é visto como simples trabalho braçal e não pode ser admirado por sua capacidade intelectual. Já existem diversas pesquisas e livros publicados que reúnem evidências de que Machado de Assis era negro e foi tomado como branco pela elite intelectual da época.

Machado de Assis foi um marco na literatura brasileira e no aparecimento da imprensa negra. Por ser negro e pobre, sua infância foi dívida entre os estudos e trabalhos, estudos esse que ocorreram de maneira informal, foi alfabetizado e aprendeu a ler e escrever dentro de casa. Logo cedo começou a trabalhar como aprendiz de tipógrafo, onde ganhou notoriedade por seus escritos, ganhando espaço na sociedade letrada e reconhecimento de suas obras. Na sua própria trajetória notamos também a luta pela escolarização. (SALES, SEM DATA)

4.A LUTA CONTINUA

Passados anos de lutas, o racismo no Brasil ainda é uma realidade muito presente, sendo uma transmissão geracional. A marginalização vivida pela população preta atribui ainda uma percepção de valor deturpada e estereotipada, qual características físicas do indivíduo é alvo de piadas racistas. A população preta ainda se encontra as margens da sociedade provando que a pessoa preta ainda é a cara da pobreza.

Sendo maioria, 70,8% (setenta vírgula oito por cento) das pessoas que vivem na extrema pobreza, segundo a Organização das Nações Unidas, são pessoas pretas, 70% (setenta por cento) dos moradores das favelas, dados de 2016 da organização social TETO, são pessoas pretas. Isso é prova de que, quando a pesquisadora Beatriz Carmo diz (2017) que “A pobreza tem cor e o que mais ameaça os negros que vivem nessa situação de vulnerabilidade em favelas é o genocídio silenciado.” ela não está errada.

A gente se acostumou. Mas, não deveríamos. 54% (cinquenta e quatro por cento) da população brasileira é preta, sendo o segundo maior país do mundo com população negra, e mesmo assim, mesmo sendo maioria, não possui grande representatividade, a não ser nos presídios, pois nas cadeias, segundo pesquisa realizada pelo InfoPen, 60% (sessenta por cento) da população carcerária é representada por gente preta.

Estes dados reafirmam a trágica consequência histórica, colocando essa população, que anos sofreram, ainda encontrarem se em um estado indubitável de extrema vulnerabilidade.

Como denuncia o artista urbano, com pseudônimo WJ, em uma parte de seu poema declamado, qual recitou em uma participação no Slam Resistência as pessoas pretas ainda estão sofrendo racismo escancarado.

[...]

Isso é século XXI, rapa

E que a maldade evolua

Se não vão dizer nos jornais, pessoas negras são proibidas nas ruas

Cabelo duro é pecado, beijo de mula de é pecado

Branco é bonito ser gay, mas preto é feio ser viado

A escravidão acabou? Quem te enganou na resposta?

Se acabou por que eu sinto a dor do chicote nas costas?

Doi, o suor bate e arde

Vocês podem me chamar de tudo, só não pode me chamar de covarde
[...] (WJ, 2017)

A luta continua, enquanto jogadores, políticos, influenciadores negros forem atacados apenas por serem pretos, a luta deve continuar.

Frases racistas acompanhadas de suásticas, na Universidade Federal de Santa Maria, no dia 16 de setembro de 2022, foram escritas nas paredes do banheiro, um dia depois que Vinicius Junior, jogador brasileiro do Real Madrid sofreu ataque racista em programa de tv. Esses não foram casos isolados, a influenciadora digital Camilla de Lucas, em um voo em classe executiva sofreu racismo, qual perguntaram a ela, apenas para ela, de todos que estavam na classe executiva, se aquele era mesmo o lugar dela, fato que aconteceu em 14 de setembro de 2022, no mesmo dia em que a filha de Mano Brown, Domenica Dias, sofreu racismo durante um show no Rock in Rio.

Observa-se que, em uma semana, pode se ver, dos 4 casos de racismo, 3 serem realizados contra pessoas que não se encontram em um estado de invisibilidade social, mas, até com grande influência internacional. Todos estão vulneráveis o que não poderia, após 134 (cento e trinta e quatro) anos da Lei Aurea, episódios como esses estarem acontecendo.

Não poderia, mas há, sendo necessário uma intervenção. Quando a sociedade continua cometendo os mesmos erros cabe ao Estado criar políticas públicas de intervenção e punição.

Após passar se por um período em que a primeira interação do estado com o ensino foi a proibição de negros em escolas, disposto na Lei nº 1, de 14 de janeiro de 1837, que diz

São proibidos de frequentar as escolas públicas: Primeiro: pessoas que padecem de moléstias contagiosas. Segundo: os escravos e os pretos africanos, ainda que sejam livres ou libertos (BRASIL, 1837).

Hoje, o racismo é considerado crime, tendo sanções punitivas e políticas de intervenção e inserção dos negros em universidades. Mas o tempo demorou, só em 2012 entrou em vigência a Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012, mas conhecida como Lei de Cotas.

Essa lei ajudou e ajuda boa parte da comunidade negra, e pobres a ingressar em uma universidade e virar a chave de pensamento que negro e pobre só serve para trabalho braçal.

Lei de Cotas teve sua obrigatoriedade nas universidades a partir do ano 2012, iniciando seu surgimento na asia meridional, mais especificamente na Índia, para fazer com que a casta inferior fosse inserida nas universidades, causando influência em outros países como o Brasil.

Em 2000 a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro inseriu as cotas para os estudantes de escolas públicas, em 2001 uma lei nova determina vagas aos estudantes autodeclarados negros, em 2003 as duas leis foram substituídas pela lei vigente.

A primeira universidade que inseriu o sistema de cotas foi a Universidade Federal do Rio de Janeiro em 2004 e logo em seguida a Universidade de Brasília e assim por diante, mas não havia critérios, tendo cada universidade adotado os seus, sendo assim, iniciou-se um debate para a criação de uma lei federal que padroniza se as cotas.

Assim, aprova se a Lei que conhecemos hoje como Lei de Costas, sendo todas as instituições federais do país obrigadas a destinar uma parcela de suas vagas para cotistas, sendo regulamentada pelo Decreto nº 7.824 do ano de 2012 destinando metade das vagas para cotistas, sendo estudantes de colégio público com renda famílias mensal até 1,5 (um virgula cinco) salários-mínimos por pessoa, havendo em cada grupo de renda a reserva de vagas para negros, pargos e indígenas em quantidades correspondente à porcentagem do grupo no estado usando o IBGE de referencias para com estes dados.

Há críticas ainda sobre a Lei de Costas, há pessoas que acreditam que esta lei é racista por descriminalizar a pessoa preta e colocar ela em um lugar de diferença, ou seja, por não estar na inserção da ampla concorrência.

Críticas também foram feitas em relação a vida socioeconômica, dizendo que existem jovens negros ricos, ou seja, mesmo a história mostrando que há uma desproporcionalidade de vantagens, os argumentos ainda assim são baseados em inconstitucionalidade, meritocracia e uma suposta promoção de racismo, o que é irracional, pois as cotas não criam o racismo, ele já existe.

Vale destacar que, quando entrado em vigência a Lei 12.711 houve rumores que o nível das universidades teria piorado, a crítica era que cotistas ingressavam com notas baixa, com isso, diminuiria a qualidade, aumentando uma diferença na sala de aula.

Desqualificando estes argumentos, a história, como bem explicado neste artigo, mostra que, no Brasil, vive-se uma sociedade injusta onde o vestibular está longe de ser uma prova adequada para avaliação em um país banhado por desigualdade social gritante. Aliás, estudos feitos pelas faculdades como Uneb, Unb, UFBA e UERF, mostram que o desempenho acadêmico de cotistas e não cotistas é basicamente o mesmo.

Uma das mais conceituadas e bem avaliadas universidades brasileiras prova que incluir estudantes de grupos historicamente marginalizados está longe de causar prejuízos à qualidade da instituição. A UFSC, Universidade Federal de Santa Catarina, implementou as primeiras iniciativas relacionadas às cotas ainda em 2008, quatro anos antes da lei federal. Hoje, possui ações afirmativas para estudantes negros, oriundos de escolas públicas, de baixa renda, quilombolas, indígenas, refugiados e, em breve, também para transexuais. (DIAZ, 2022)

A Lei de Cotas é uma lei constitucional por garantir do direito fundamental previsto no artigo 205 da Constituição Federal, ou seja, o direito da educação para todos, tendo em mente a igualdade material, uma sociedade justa, sem marginalização do indivíduo para com a educação, sobretudo de grupos excluídos.

O grito da luta ecoa na arte, Lucas Afonso, escritor negro e periférico, mostra em seus poemas que o jogo está virando, hoje, pode se visualizar pessoas que, muito provavelmente, não teriam condições de frequentar uma universidade, como exemplifica em seu poema a filha da empregada, formando se e deixando, quem apoio a marginalização dos mesmos, surpreendido com a reparação histórica.

[...]

A mão que bateu panela não é a mão que lava a panela

Foi pra janela cantar o hino de camisa amarela?

E amarela morre de medo de encontrar

Favela na lista de aprovados no vestibular

Imagina a tortura pra quem apoiou a ditadura

Encontrar a filha da empregada de beca na formatura

Aí não atura, mas tenha calma patrão, não dá na vista, mas seu filhão se formou, pedindo cola pra cotista

Parece até piada do Sensacionalista

O filho de chefe põe no Face que vagabundo é artista, bolsista, cotista

[...] (AFONSO, 2016).

A Lei de Cotas é um ar de alívio em meio ao um caos social, fazendo acreditar que, por mais que demore, a democratização vem, já que, segundo dados apontado pelo IBGE pretos e pardos se tornaram, desde 2018, maioria nas universidades públicas, representando 50,3% (cinquenta vírgula três por cento) dos estudantes, uma grande vitória e mudança no cenário. Quem sabe um dia não precisar-se-á mais da Lei nº 12.711 de 2006.

CONCLUSÃO:

O Brasil está longe de ser uma democracia racial, mas a lei de cotas mudou a cara das universidades brasileiras, ampliando ações afirmativas. O processo foi longo e ainda será para que uma equidade e um equilíbrio social estenda-se por todo mundo, pois a história foi cruel com as pessoas negra, não só do Brasil como no mundo todo.

A capacidade da pessoa preta, como visto no artigo, foi e continua sendo duvidada, todavia, a luta cotidiana vivida por essas pessoas mostra que seus perfis, mesmo que não quissem, são de pessoas guerreira.

O artista Lucas Penteado, em seu poema autoral, expõe que, por mais que duvidados diariamente, ano após ano, a luta continuou em relação aos estudos e a sua liberdade, para mostra que, apesar dos pesares, apesar de todas as dificuldades e resistência na busca dos seus direitos fundamentais a desistência não é uma opção.

Prazer! Sou sim o desgraçado, como o engravatado tinha me falado
 É, mas ele ficou impressionado, porque além de ser negro drama também sou um negro estudado
 E eu sei que tenho muito a estudar
 [...]

 Mas um dia, um dia eu chego na universidade
 Eles nem tão ligado que a vida serviu de faculdade
 Tinha apenas três matérias: Miséria, escravidão e infelicidade
 Pois é Brasil, eu nunca tive um “but” de mil
 Mas no sistema eu vou tentar dar uma bota
 Por que eu quero ver, meu bem
 Quando no ENEM eu tirar 100 eles falarem que foi cota. (PENTEADO, 2016).

Com toda essa história, dados e normas, pode se analisar que o racismo possui relação com o preconceito, mas é muito mais, o racismo é dotado de umânime alegórica que podem ser classificadas em cinco tipos, como bem apresentados inicialmente neste artigo. A história do racismo começou se desde os primeiros colonizadores de Portugal no Brasil, causando uma falta de políticas públicas para com os negros por séculos, fazendo com que a luta dure até hoje.

Por mais que haja opiniões diferentes, dados, pesquisas, e normas não são mero achismos e por isso, mais do que tudo, devem ser respeitadas com convicção.

Como insistentemente falado, de forma intencionalmente repetitiva, a luta continua, pois a história prossegue e como diria a ativista Sra. Haile Selassie “Enquanto a cor da pele for mais importante que o brilho dos olhos, haverá guerra.” Trazendo e resumindo a reflexão buscada no artigo por você lido, Caro Leitor.

REFERÊNCIAS:

SCHWARCZ, Lilia Moritz. et a. O que é racismo estrutural? Ainda hoje existe? Somos todos racistas?. Site UOL, 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/ecoa/listas/o-que-e-racismo-estrutural.htm> Acessado em: 08 de setembro de 2022 às 7:00;

BEZERRA, Juliana. Racismo. Site TodaMateria. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/racismo/> Acessado em: 08/09/2022 às 7:38;

CHAGAS, Inara. Racismo: como essa prática é estruturada no Brasil. Site Politize!, 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/racismo-como-e-estruturado/>. Acessado em: 08 de setembro de 2022 às 8:15;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 08 de setembro de 2022 às 9:20;

NOGUEIRA, André. Ruby Bridges, a primeira aluna negra a pisar em uma escola para brancos nos EUA. Site UOL, 2019 Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/ruby-bridges-primeira-aluna-negra-a-pisar-em-uma-escola-para-brancos-nos-eua.phtml> Acessado em: 08/09/2022 às 9:26;

CARTACAPITAL. A intolerância religiosa não vai calar os nossos tambores. Site CartaCapital, 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/diversidade/a-intolerancia-religiosa-nao-vai-calar-os-nossos-tambores/> Acessado em: 08 de setembro 2022 às 9:57;

AFFONSO, Julia. et a. Justiça condena Bolsonaro por “quilombolas não serve nem para procriar”. Site Estadão, 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-condena-bolsonaro-por-quilombolas-nao-servem-nem-para-procriar/> Acessado em: 08 de setembro de 2022 às 10:13;

FERNANDES, Fernanda. O que é racismo ambiental e por que falar sobre isso na escola. Site MultiRio, 2021. Disponível em: <http://www.multirio.rj.gov.br/index.php/reportagens/17388-o-que-%C3%A9-racismo-ambiental-e->

GOMES, Joceline. O Brasil é racista e posso provar. Site Favela Potente, 2018. Disponível em: <https://favelapotente.wordpress.com/2018/11/07/o-brasil-e-racista-e-posso-provar/> Acessado em 17 de setembro de 2022 às 15:30;

DIAZ, Luccas. Alunos cotistas e não cotistas têm o mesmo desempenho na graduação. Site Guiado do Estudo, 2022. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/atualidades/a-gente-nao-e-menos-capaz-o-desempenho-de-cotistas-nas-universidades/> Acessado em 26 de setembro de 2022 às 18:55

CARRANÇA, Thais. Como a Lei de Cotas incentivou a migração de alunos para o ensino médio público. Site bbc, 2020. <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55225891.amp> Acessado em 26 de setembro às 21:30.

18 A FIGURA DO TRABALHADOR RURAL VOLANTE COMO SEGURADO OBRIGATÓRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Mônica Cameron Lavor Francischini
Andréia Lopes Amaral Gislou

RESUMO: Este trabalho visa analisar o atual regime e sustentar a existência do direito ao enquadramento do trabalhador rural volante como segurado obrigatório dentro do contexto da Previdência Social. Personagem principal este, que, se encontra dentro de uma alardeada exclusão previdenciária, sabidamente vulnerável e hipossuficiente em relação aos demais trabalhadores. Serão apresentados subsídios históricos, fazendo a demonstração de sua importância social / econômica nacional; bem como, buscar-se-á a adequada aplicação de Princípios Constitucionais existentes em relação a este trabalhador. Haverá de ser analisada também, para o desenvolvimento deste tema, as perspectivas desses trabalhadores frente a previdência social do Brasil no contexto atual, considerando-se as análises jurisprudenciais existentes e, acima de tudo, ressaltando a preocupação do legislador constituinte que quis proteger, principalmente as categorias menos favorecidas, concedendo a elas os direitos garantidos constitucionalmente, não regulamentados por Lei Ordinária, mas presente em nosso ordenamento jurídico, com a finalidade de que possamos utilizá-lo em favor desta categoria, tratando aqui especificamente a figura do boia-fria.

PALAVRAS-CHAVE: Segurado obrigatório. Previdência Social. Trabalhador rural volante.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the current regime and sustain the existence of the right to the framing of the temporary farmworkers as compulsorily insured within the Social Security context. This main character is found in within a much vaunted social security exclusion, known to be vulnerable and hyposufficient in relation to other workers. Historical subsidies will be presented, demonstrating its national social / economic importance. The appropriate application of existing Constitutional Principles will be sought in relation to this worker, as well as an analysis of his perspectives in relation to social security in Brazil in the current context. To this end, existing jurisprudential analyses will be considered, and, above all, highlighting the concern of the constituent legislator who wanted to protect, mainly, the less favored categories. It is also necessary to discuss the granting of constitutionally guaranteed rights, not regulated by Ordinary Law, but present in our legal system. The study will be done with the purpose of using it in favor of this category, treating here specifically the figure of the working day laborer.

KEYWORDS: Compulsory insured. Social Security. Temporary farmworkers.

1 INTRODUÇÃO

A Seguridade Social surgiu no mundo a fim de prover a todos condições mínimas de subsistência, utilizando-se para isso de leis próprias. O presente trabalho, em um primeiro momento, visa demonstrar de que maneira a Seguridade Social surgiu e foi apresentada para o mundo, tendo como base três pilares, que são a Saúde, a Assistência Social e por fim, foco deste estudo, a Previdência Social. Também serão especificados os tipos de Regimes de Previdência existentes no Brasil além do rol de beneficiários existentes da legislação pátria.

Em um segundo momento, será abordado todo o contexto histórico do trabalhador rural perante a sociedade brasileira, assim como sua classificação e categorias como segurados da Previdência Social. Por fim, de toda gama de trabalhador rural, será estudado, as condições específicas do trabalhador rural chamado volante, o

qual também trataremos de bóia-fria: figura que faz parte da própria formação cultural do Brasil, antiga e esquecida pelos donos do poder. Em relação a esse trabalhador, há um vazio legislativo.

De todo o avanço legislativo já conquistado, nada ainda ampara a figura deste trabalhador rural volante em relação a proteção previdenciária. Atualmente existem jurisprudências que reconhecem seus benefícios, porém isso é possível apenas por vias judiciais e não pelas vias administrativas do INSS.

Apesar da lacuna legislativa, demonstra-se que todos aqueles que exercem atividade laborativa no meio rural, tem assegurada a obrigatoriedade de estar sob a Previdência Social, considerando que a ordem social tem como o primado o trabalho, e como o objetivo o bem-estar social. Aliam-se a isso, uma vasta relação de Princípios Constitucionais, que por fim, estarão em destaque neste estudo, os quais serão aplicados perante a figura do trabalhador rural volante, na busca da classificação destes como segurados obrigatórios da Previdência.

Foi utilizado nesta pesquisa o método hipotético dedutivo para identificar pressupostos teóricos do direito acerca do tema. O procedimento utilizado foi a revisão bibliográfica.

2 DA SEGURIDADE SOCIAL

O tema Proteção Social no Brasil é um assunto em constante evidência, sendo considerado como uma necessidade, que não pode deixar de existir.

Todos nós estamos ligados às políticas de proteção social, como observa Fernando Mendes:

Quando nasce um ser humano, a segurança social logo vem compensar os encargos adicionais dos progenitores. Liberta pai e mãe da vida profissional para prestarem os primeiros cuidados ao recém-nascido, subsidiando-lhes licenças de maternidade e paternidade. Segue apoiando as famílias no esforço educativo posto em cada filho. Ajuda os adultos a enfrentar consequências da doença e do desemprego, fazendo as vezes do rendimento perdido, contribuindo para pagar cuidados de saúde ou subsidiando ações de valorização profissional. Na aposentação por velhice, ou na invalidez, substitui-se definitivamente aos rendimentos do trabalho. E, na morte, sobrevive-nos, para apoiar os que ainda estejam a nosso cargo. (2011, p.13)

Marisa Santos divide a evolução histórica da proteção social em três etapas: assistência pública, seguro social e seguridade social.

A Assistência Pública, fundada na caridade, na maioria das vezes conduzida pela igreja e posteriormente por instituições públicas. Nesta fase, não havia direito subjetivo do necessitado à proteção social, mas mera expectativa de direito, uma vez que o auxílio da comunidade ficava condicionado à existência de recursos destinados à caridade.

O Seguro Social nasceu na Prússia em 1883 com a Lei do Seguro Doença, que criou o Seguro de Enfermidade, resultado da proposta de Otto Von Bismarck para o programa social. Essa lei é tida como o primeiro plano de Previdência Social que se tem notícia. Ao se tornar obrigatório, o seguro social passou a conferir direito subjetivo ao trabalhador. Sua organização e administração era dada pelo Estado e o custeio era dos empregadores, dos empregados e do próprio Estado.

A fase da Seguridade Social teve início com o Plano Beveridge, apresentado ao Parlamento em 1942, presidido pelo Sr. William Beveridge, o qual visava analisar o seguro social e os serviços executados na Inglaterra pós-Segunda Guerra Mundial, análise que abrangeu as necessidades protegidas, os fundos e as previsões. Beveridge concluiu que o seguro social já não atendia as necessidades sociais, porque era limitado apenas aos trabalhadores vinculados por contrato de trabalho e não levava em conta as responsabilidades com a família. Esta forte influência ainda se faz presente nos modelos atuais de Seguridade Social Universalista na Europa e na América. (2013, p.33 a 39).

Como já mencionado, nem sempre houve essa preocupação efetiva com a proteção dos indivíduos quanto as suas necessidades. Somente a partir do século XIX a questão se tornou importante dentro do ordenamento jurídico dos Estados.

O mundo contemporâneo abandonou, há muito, os antigos conceitos da Justiça Comutativa, pois as novas realidades sociais e econômicas, ao longo da história mostraram que não basta dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja justa. Na verdade, algumas vezes, é dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiça dos grandes abismos sociais. (RUSSOMANO, 1981, p.18)

Nesse contexto, o conceito de Proteção Social de acordo com Celso Barroso Leite é “o conjunto de medidas de caráter social destinadas a atender certas necessidades individuais que, não atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade”. (1978, p.16)

O termo Seguridade Social, pode ser conceituado como “a proteção que a sociedade deve proporcionar aos seus membros, sendo norteadas por diversas medidas públicas”. (HORVATH, 2011, p.16)

O objetivo dessas medidas públicas é evitar privações econômicas e sociais em consequência de uma redução dos recursos econômicos, sendo por maternidade, doença, acidentes de trabalho, idade avançada, morte, doenças em caráter de invalidez.

Esse sistema de Seguridade Social foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, onde até então era chamado de seguro social.

Anterior a Constituição Federal de 1988, a contemplação era restrita apenas aos trabalhadores, e a partir dela, todos os integrantes da sociedade passaram a ter direito a proteção social, mediante requisitos constitucionais que são exigidos para tal, além de diversas outras mudanças apresentadas.

A regulamentação da Seguridade Social está amparada nos artigos 194 ao 204 da já citada Constituição Federal de 1988, abordando Disposições Gerais sobre o assunto, os direitos relativos à Saúde, à Previdência Social e à Assistência Social. Tal Seguridade é um Direito Social apresentado no rol dos Direitos Fundamentais, conforme descrito no artigo 6º da nossa lei magna.

Na visão de Marisa Santos, a solidariedade é o fundamento da seguridade social. “É com a proteção dada por uns dos institutos componentes da seguridade social que se garantem os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade, à efetivação do bem-estar, à redução das desigualdades, que conduzem à justiça social”. (2013, p.42).

Para a Constituição Federal de 1988, todos os que vivem no território nacional, de alguma forma, estão sendo abrangidos pela seguridade social, pois é direito social, cujo atributo principal é a universalidade, a qual impõe que todos tenham direito a alguma forma de proteção, independentemente de sua condição socioeconômica. E esta proteção adequada se fixa em razão do custeio e da necessidade.

Assim, Agostinho esclarece que se o necessitado for segurado da previdência social, a proteção social será dada pela concessão do benefício previdenciário correspondente à contingência-necessidade que o atingiu. Caso o necessitado não seja segurado de algum dos regimes previdenciários disponíveis, e preencha os requisitos legais, terá direito à assistência social. E quanto à saúde, todos, ricos ou pobres, segurados da previdência ou não, possuem tal direito. (2020, p.104)

3 DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Previdência Social é um dos três direitos assegurados pela Seguridade Social, juntamente com Saúde e Assistência Social. Por sua vez, é vista como “um seguro coletivo para aqueles que não possam mais exercer uma atividade remunerada” (STUCHI, 2020, p.22).

Os Regimes de Previdência existente no Brasil são: Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de filiação obrigatória pelos trabalhadores regidos pela CLT; Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), de filiação obrigatória pelos servidores públicos de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e Regime de Previdência Complementar (RPC), regime privado, podendo ser aberto e fechado, de filiação facultativa, cujo intuito é complementar a renda oficial do trabalhador.

Castro e Lazzari, em uma de suas obras, também discorre sobre o Regime do Militares das Forças Armadas:

A Constituição, em seu atual artigo 142, X, remete à lei ordinária o tratamento de várias matérias de interesse dos militares, entre as quais as “condições de transferência do militar para a inatividade”, apenas exigindo que sejam respeitados os §§ 7º e 8º do art. 40. (2020, p.192)

A matéria do Regime Geral de Previdência Social, destarte, regime objeto de análise deste trabalho, está disciplinada nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal de 1988 e se enquadra no meio de proteção social que requer a contribuição dos segurados para ampará-los.

A organização da Previdência Social em seu Regime Geral também está legalizada nas Leis 8.212/1991 e 8.213/1991 as quais versam sobre Custeio e Benefícios, respectivamente, “sendo vedada a adoção de critérios diferentes para que o benefício seja concedido aos que tem direito pelo Regime Geral, salvo casos definidos em lei complementar” (STUCHI, 2020, p.23).

No que tange sobre os contribuintes da Previdência Social, está legalizado na já citada lei 8.212/1991, no título sobre o Financiamento da Seguridade Social, de uma forma geral:

O artigo 12 desta mesma lei citada acima, trata exclusivamente de quem são os contribuintes da Previdência Social, ou seja, os segurados obrigatórios como pessoa física: o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual, o trabalhador avulso e o segurado especial.

3.1 Regime Geral da Previdência Social e Beneficiários

A Constituição Federal em seu artigo 201, garante regime público de previdência social, de caráter obrigatório, para os segurados da iniciativa privada, ou seja, que não estejam submetidos à disciplina legal dos servidores públicos civis e militares.

Ainda fazendo o estudo deste mesmo artigo acima citado, além deste enumerar os fatos geradores que terão a cobertura previdenciária nos incisos I ao V, estabelece outras diretrizes à serem seguidas para conduzir os rumos do RGPS. Conforme discorre Marisa Santos (2013, p.194 a 198):

- Proibição de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria no RGPS, o que atende aos princípios da universalidade e da uniformidade e equivalência de benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; A exceção está nos casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar;
- Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo;
- Necessária correção de todos os salários de contribuição utilizados para o cálculo da renda mensal do benefício;
- Preservação do valor real dos benefícios;
- Vedação de filiação ao RGPS, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa filiada a regime próprio de previdência social;
- Garantia aos aposentados e pensionistas do RGPS o pagamento de gratificação natalina, que terá por base os proventos do mês de dezembro de cada ano;
- Concessão de aposentadoria por Tempo de Contribuição e Por Idade, não havendo mais a Aposentadoria Proporcional do regime anterior, com exceção ao direito já adquirido;
- Contagem recíproca para fins de aposentadoria, com contribuições recolhidas para regimes previdenciários diferentes;
- Cobertura ao risco de acidente de trabalho;
- Todos os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, devem ser incorporados ao seu salário para efeitos previdenciários;
- Sistema de inclusão previdenciário para trabalhadores de baixa renda.

É a Lei 8.213 de 1991 que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, cujo conteúdo são as normas que regem a relação jurídica entre segurados, dependentes e previdência social, sob o prisma dos benefícios e serviços.

O artigo 10 desta lei define que os Beneficiários do Regime Geral de Previdência Social classificam-se como segurados e dependentes, sendo eles sujeitos ativos da relação jurídica, cujo objeto seja o recebimento de prestação de natureza previdenciária. No mesmo sentido:

A relação jurídica entre segurado e Previdência Social se inicia com o seu ingresso ao sistema, e se estenderá quando se estiver filiado. A relação jurídica entre dependente e Previdência Social só se formaliza se não houver mais a possibilidade de se instalar a relação jurídica como segurado porque não há, no sistema previdenciário, nenhuma hipótese de cobertura concomitante para segurado e dependente. (SANTOS, 2013, p.201)

O artigo 1º da lei 8.213 de 1991 apresenta as contingências cobertas pelo plano de benefícios.

Essas contingências, têm cobertura pelas prestações enumeradas no art.18 da lei citada. Pode-se entender que algumas têm como sujeito ativo o segurado; outras o dependente e outras o segurado e o dependente.

Quando se fala na espécie Segurados da Previdência Social, a mesma se divide em duas categorias: facultativo e obrigatório.

Os Segurados Facultativos, estão elencados no artigo 11 § 1º do Decreto 3.048/1999 e seguem o critério de exclusão dos não enquadrados nos Segurados Obrigatórios.

É considerado contribuinte facultativo qualquer indivíduo maior de 16 anos de idade, quando não exerça atividade remunerada e que não esteja enquadrado como segurado obrigatório da Previdência Social, e que decida contribuir com a Previdência ou manter a qualidade de segurado, não podendo apenas figurar como facultativo o segurado participante do regime Próprio de Previdência. (ALVES, 2020, p.34)

Em relação aos Segurados Obrigatórios, os mesmos se dividem em: Empregado, Empregado Doméstico, Contribuinte individual, Trabalhador Avulso e Segurado Especial.

Ainda sobre o grupo de Obrigatórios, Alves complementa:

Os segurados obrigatórios exercem atividade laboral com ou sem vínculo empregatício, remunerada, de forma efetiva ou eventual, podendo ser rural ou urbana, abrangida pelo Regime Geral da Previdência Social, com exceção do estagiário, que tem regulamentação própria à luz da Lei 11.788/2008. (2019, p.27)

O artigo 11 da Lei 8.213/1991, elenca os segurados obrigatórios, os quais serão vistos detalhadamente a seguir.

3.1.1 Empregado

O rol dos segurados obrigatórios na condição de empregado está contido no inciso I, a a j, do artigo 11 da Lei 8.213/1991, e no artigo 12, inciso I, a a j, da Lei 8.212/1991, sendo a “pessoa física que presta serviço lícito contínuo, de caráter pessoal, mediante remuneração e subordinação ao empregador, podendo a atividade ser urbana ou rural”. (NASCIMENTO, 2006, p.28)

É válido ressaltar que, “o trabalhador rural foi incluído na categoria dos segurados obrigatórios. Não era assim no regime jurídico anterior à Lei 8.213/1991 em que os rurícolas não eram segurados obrigatórios e, por isso, tinham dificultada a proteção previdenciária”. (SANTOS, 2013, p.205)

3.1.2 Empregado Doméstico

Considera-se empregado doméstico “aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos”. (art 11 da Lei 8.213/1991)

Alves, em sua obra, exemplifica a diferença entre a empregada e a doméstica a distância entre a empregada e a doméstica é o ambiente de trabalho. No caso da doméstica, o trabalho não pode ter fins lucrativos. Vale ressaltar que o motorista particular, o piloto ou comandante de aeronave particular, o vigia particular, o jardineiro, a governanta e o mordomo são igualmente considerados domésticos. (2019, p.29)

3.1.3 Contribuinte Individual

Os contribuintes individuais estão enumerados no inciso V, a a h, do artigo 11 da Lei 8.213/1991, e no artigo 12, inciso V, a a h, da Lei 8.212/1991, sendo revogada a alínea d de ambos os incisos. Segundo Berwanger,

São considerados contribuintes individuais por não terem vínculo empregatício, sendo, portanto, responsáveis pela própria contribuição. Porém, como advento da Lei 10.666/2003, a empresa fica obrigada a arrecadar e realizar o pagamento do contribuinte individual a seu serviço até o dia 10 do mês seguinte ao da competência. São equiparados a essa categoria o empregado, o trabalhador autônomo e o equiparado a trabalhador autônomo (2010, p.91)

Observe-se que, independentemente das formalidades contratuais, caso a fiscalização verifique a existência dos elementos que caracterizem a relação de emprego, deverá ser apurado as contribuições devidas nessa categoria.

3.1.4 Trabalhador Avulso

Reconhecido no inciso VI das Leis 8.212 e 8.213 de 1991, o Trabalhador avulso é a pessoa que:

Sindicalizada ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural a diversas empresas, sem vínculo empregatício com qualquer delas, com intermediação obrigatória do órgão gestão de mão-de-obra, nos termos da Lei n.12.815/2013, ou do sindicato da categoria. (AGOSTINHO, 2020, p.167)

O Decreto n.3.048/1999 traz uma descrição em seu artigo 9º, VI, dos trabalhadores que são considerados avulsos para efeito de esclarecimentos.

3.1.5 Segurado Especial

Caracterizado no inciso VII das leis 8.212 e 8.213 de 1991, este segurado difere dos demais pelo seu modo de contribuição. Sua base de cálculo é a comercialização.

Alves destaca em sua obra que “é importante ressaltar que o segurado especial, mesmo que não contribua, terá direito aos benefícios previdenciários, desde que comprove o tempo de serviço em atividade rural” (2020, p.33). Neste sentido, complementa:

As atividades consideradas especiais são: o produtor, o parceiro, o meeiro, o arrendatário rural e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, e contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção, e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (2020, p.33)

Todos os membros do grupo que trabalham em regime de economia familiar são segurados especiais, e, nessa condição, têm direito à cobertura previdenciária prevista no art. 39 da Lei n. 8.213/91, com renda mensal no valor de um salário mínimo: aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio doença, auxílio reclusão e pensão por morte.

A segurada especial tem direito à cobertura previdenciária de salário-maternidade, com renda mensal de um salário mínimo (art.39, parágrafo único).

4 A FIGURA DO TRABALHADOR RURAL

Desde o início da civilização, o homem tira o seu sustento por meio da interação do seu trabalho com a terra, produzindo alimentos para sua própria sobrevivência. No entanto, a história deixa claro um certo abandono e falta de motivação política para defender este importantíssimo segmento da sociedade brasileira. Laura Vasconcelos Neves da Silva, observa em sua obra:

[...] trabalho rural, quase tão antigo quanto o homem, não deu ensejo ao surgimento de um direito que protegesse aos trabalhadores do campo. A explicação para isso é que, sendo escravos, os

trabalhadores rurais lutavam pelo bem maior da liberdade e, ademais, não possuíam força política para reivindicações de direitos. Assim sendo, depreende-se que a formação da massa trabalhadora nas cidades ocorreu porque se tratava de homens livres. Já a disciplina de Direito do Trabalho Rural surgiu no meio intelectual e político, como um reflexo natural do avanço do direito social surgido após a Segunda Guerra Mundial. (SILVA, 2008, p.44)

Inicialmente, segundo Coimbra (1968, p.8 e 9), o trabalho rural no Brasil era feito pelos escravos. A partir de meados do século XIX, passou a ser realizado por trabalhadores livres residentes nas colônias das fazendas ou em aglomerados próximos. Ao lado da grande lavoura de exportação, arrendatários, parceiros, posseiros, e pequenos agricultores familiares desenvolveram, a princípio, uma atividade de desbravamento e derrubada de árvores, seguida da formação de pastagens ou do plantio de cana-de-açúcar, café, algodão, milho, arroz, feijão, soja etc.

Nesta época, o regime de trabalho predominante passou a ser o colonato, caracterizado pela realização das tarefas pelo trabalhador, com a ajuda de seus familiares, todos residentes no interior da propriedade. A remuneração era paga somente ao chefe da família, que podia cultivar uma pequena parte da terra com gêneros para o autoconsumo.

A partir de meados do século XX, entretanto, na fase industrial do capitalismo agrário, o boia-fria, ou trabalhador rural volante, passou a ser largamente utilizado em razão de fatores como o êxodo rural, a mecanização no campo e o reconhecimento dos direitos trabalhistas. Os trabalhadores iam da periferia urbana para a lavoura em cima de caminhões, sem condições mínimas de segurança; saíam de madrugada e levavam consigo sua refeição (bóia-rango).

Em sua obra, Júlio Barata observa:

[...] a situação social do homem do campo, sua integração real pela produtividade, na força do trabalho do País, o atendimento de suas necessidades básicas, as garantias exigidas para a segurança da população rural e sua fixação na terra, o controle das migrações para a cidade, a proteção à saúde, e o direito à tranquilidade na velhice para os que mourejam na lavoura constituem, o mais velho, o mais constante, e, talvez, o mais sério desafio à clarividência do estadista e do legislador. (1981, p.11)

A situação descrita acima se perdura até hoje em relação aos trabalhadores rurais volantes, existindo um vácuo legislativo que impera nesta matéria.

A evolução dos assuntos pertinentes a proteção do trabalhador rural junto à previdência social, está diretamente ligada à economia nacional, envolvendo todo um problema de modelo econômico, atrelado ao movimento político de cada período vivido por nossa sociedade.

A Previdência Social no Brasil, chega ao meio rural 48 anos após ser implantada na área urbana, com caráter nitidamente assistencialista, no período do regime militar. Assistencialista porque o benefício era extremamente limitado, quanto ao valor (meio salário mínimo) e quanto ao público (somente o chefe de família, em geral, o homem).

Nesse sentido, Jane Lúcia Berwagner destaca que,

Na Constituição Federal de 1988 registram-se importantes avanços, com a inclusão quase total dos trabalhadores rurais. Outra mudança ocorrida foi a implantação da legislação ordinária, que vem evoluindo no sentido de facilitar a comprovação da atividade rural, critério exigido em substituição à contribuição, que é essencial quanto aos demais segurados. (2011, p.175)

A mesma complementa que a implantação da legislação ordinária ocasionou um grande impacto social e econômico nas populações rurais. Os benefícios previdenciários, conforme o grau de pobreza, garantem a

sobrevivência, melhoram a qualidade de vida ou incrementam a produção agrícola, gerando mais renda às famílias rurais. (2011, p.175)

Efetivamente, a proteção ao trabalhador rural no Brasil começou a partir da LC 11, de 25 de maio de 1971, lei esta que criou o Prorural. O qual, definiu o conceito de trabalhador rural com maior precisão, porém, deixou de normalizar o trabalhador volante, deixando-o fora da previdência rural.

A lei 5.889 de 08 de junho de 1973, aprimorou a definição de trabalhador rural, estando ainda hoje em pleno vigor, com as modificações da Lei 11.718 de 20 de junho de 2008.

Com a criação do Funrural, autarquia, com personalidade jurídica de direito público, foi dado um passo fundamental para a criação de uma Previdência Social Rural, porém, este Órgão possuía nítida natureza assistencialista, e seus benefícios ficaram aquém do esperado, pois excluía os direitos da mulher à aposentadoria rural.

Dando continuidade a legislação infraconstitucional, o Decreto 76.022, regulamentou a Lei 6.295. A lei 6.260, de 06 de novembro de 1975, por sua vez, instituiu benefícios da previdência e assistência social aos empregados rurais.

Por fim, o grande divisor de águas deste direito foi a Constituição de 1988, equiparando trabalhadores rurais e urbanos. E, conforme já mencionado, a Lei 8.213 de 1991, em suas sucessivas modificações é o que hoje rege a matéria, em conjunto com a Lei de Custeio 8.212 do mesmo ano.

4.1 Categorias de Trabalhador Rural como Segurados da Previdência Social

A expressão Trabalhador Rural é o gênero que designa personagens de uma realidade sociológica e histórica que envolve não só os empregados rurais, mas também outras categorias. Assim, para Elisabete Maniglia, a classe trabalhadores rurais no Brasil, abrange todos os que lidam com a terra, como pequenos proprietários, parceiros, arrendatários, posseiros, colonos e também bóias-frias. (2002, p.42 e 43).

O trabalho rural, por razões históricas e sociológicas, envolve personagens que são considerados trabalhadores rurais, embora não possam ser qualificados como empregados, termo que, na Lei n 5.889/1973, designa o trabalhador assalariado.

Com o intuito de conhecer os segurados rurais da Previdência Social, uma das diferenciações que deve ser feita, diz respeito à sua identificação, a qual “não se confunde com a classificação oriunda do direito do trabalho, que é vinculada a natureza do estabelecimento em que o trabalhador presta o serviço, seja urbano ou rural. E sim, depende da natureza rústica dos serviços prestados”. (MANIGLIA, 2002, p.43)

Os empregados podem ser classificados para fins previdenciários, em segurados rurais e não rurais. Esta distinção se justifica para saber quais são os empregados que terão direito ao tratamento diferenciado da aposentadoria por idade com redução do requisito etário em cinco anos e com a prova apenas do exercício de atividade rural em lugar da carência, este último requisito sem limite de data para os segurados especiais e até 31 de dezembro de 2010 para os segurados empregados. (BERWANGER, 2010, p.84)

O que identifica um segurado como rural, portanto, é a natureza do serviço que ele presta. Os serviços rurais são as atividades diversas braçais rústicas, relacionadas à lida direta com a terra, com a plantação, com o rebanho e com atividades extrativas ou pesqueiras, exercidos na forma da lei e desde que não utilizados equipamentos sofisticados para esse trabalho direto, como as modernas colhedeiças, que exigem mão de obra qualificada e oferecem remuneração superior à dos serviços braçais tradicionalmente rurais.

No entanto, não basta que seja analisada a natureza rústica das atividades realizadas para o enquadramento de um segurado como rural. Um jardineiro ou empregado de uma floricultura, por exemplo, não são considerados segurados rurais. De outro lado, no caso de um trabalhador em uma horta localizada no interior de uma cidade, apesar de trabalhar em local urbano, será um segurado rural.

Atualmente, a Lei 8.213/1991 traz as definições para as respectivas espécies de trabalhador rural:

a) Empregado rural: pessoa física que presta serviço de natureza rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, seja ele permanente ou

temporário (art.11, inc I, alíneas a e b) Contribuinte individual: pessoa física, proprietária ou não, que explore atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em áreas superior a 4 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos); O titular de firma individual rural; também quem presta serviço de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego (art. 11, inc V, alíneas a, f e g);

c) Trabalhador avulso: quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviço de natureza rural definidos no regulamento (art. 11, inc VI);

d) Segurado especial: pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de produtor ou pescador artesanal, explore atividade agropecuária (em área de até quatro módulos fiscais), extrativista vegetal ou a pesca, bem como os membros do grupo familiar que comprovadamente exerçam tais atividades (art. 11, inc VII).

Em se tratando do trabalhador rural volante, existe interpretação jurisprudencial dos Tribunais que o qualifica como segurado especial devido a sua atividade ser assemelhada à dos produtores, parceiros, meeiros e arrendatários rurais. (CORREIA, 2006, p.100).

4.2 Trabalhador Rural Volante

Sabe-se que o Trabalhador Rural Volante, também denominado de bóia-fria, é um trabalhador que exerce o seu ofício no campo; tem pouca ou nenhuma escolaridade e educação formal. Sua rotina típica é composta por jornadas laborais que se iniciam na madrugada. Durante o dia de trabalho, este trabalhador alimenta-se de comida preparada em casa e que é transportada para o local de trabalho, daí a origem do epíteto pejorativo “bóia-fria”. (SILVA, 2008, p.58)

A atividade realizada por este trabalhador absorve todos os ramos agrícolas como o plantio, serviços de capina, poda, colheita, desbrota, etc. O contrato informal de trabalho normalmente é o de diarista, podendo ser, igualmente o de empreitada, ou seja, o “trabalhador rural volante possui trabalho de forma intermitente e, por isso, coloca-se disponível para qualquer tipo de trabalho. Essa situação, acarreta a ele instabilidade econômica e o prende a condições miseráveis de vida”. (MELLO, 1977, pag 88).

[...] o bóia-fria é um trabalhador que recebe o seu salário com base na realização da tarefa ou empreita; é contratado – verbalmente antes do que por escrito – por tempo limitado, tempo esse que pode durar dias, semanas ou meses, mas não o ano todo. E pode ser arbitrariamente substituído por outro, se não realizar a tarefa ou empreita a contento do empreiteiro de mão-de-obra, fazendeiro, usineiro, dono da terra ou da plantação. São instáveis os seus vínculos empregatícios com os compradores da sua força de trabalho. (IANNI, 1984, p. 133)

Ianni complementa, que contratação desse tipo de trabalhador, portanto, é temporária, apenas nas épocas em que seu trabalho é essencial para a reprodução do capital agroindustrial. Geralmente, a intermediação de contrato é feita pelo empreiteiro, que é o encarregado da turma, também conhecido como gato ou turmeiro. Nas épocas de entressafra, há atividade como o preparo de solo, o plantio, a capina, a conservação de vias, etc. (1984, p. 71)

Em muitos casos, o cotidiano demonstra que a maioria desses trabalhadores rurais desconhece seu tomador de serviço ou mesmo os intermediários, sendo contratados apenas quando surge uma oportunidade de serviço, migrando de propriedade em propriedade em busca de trabalho. Assim, o maior problema enfrentado por esses trabalhadores é a comprovação dessa condição. Muitos trabalhadores, não tem, nem a carteira de trabalho assinada, quanto menos possuem outros documentos que possam servir de instrumento probatório, tais como comprovantes de pagamento, ficha de registro de empregados, entre outros.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES PARA O ENQUADRAMENTO DO TRABALHADOR RURAL

O estudo sobre princípios é um dos mais complexos dentro do panorama da Teoria Geral do Direito. Celso Antonio Bandeira de Mello diz:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque: violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (2012, p.54)

Os princípios constitucionais, escreve Luís Roberto Barroso, “são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui”. (2009, p.155)

Nesta linha, a seguridade social está edificada sobre princípios que traduzem uma ordem de valores direcionados à garantia da efetivação da dignidade humana por meio da proteção previdenciária, das ações de saúde e da assistência social. Como observa Paulo Bonavides “os princípios, a partir do pós-positivismo, sob as influências principalmente de Ronald Dworkin e Robert Alexy, foram erigidos à categoria das normas, passando a ser tratados como direito”. (2008, p.264)

Feita esta análise sobre princípios, e partindo da premissa de que princípios são normas, e ao lado de regras, formam todo o arquétipo normativo de um sistema jurídico, neste próximo momento, serão estudados alguns princípios para que possa ser dada consistência jurídica ao enquadramento do trabalhador rural volante no ordenamento jurídico.

Dentre os princípios Constitucionais, previsto no artigo 194 da Carta Magna, podemos aferir sete, os quais são aplicados em todas as relações jurídicas da Seguridade Social:

Com enfoque no direito previdenciário, Miguel Horvath Júnior elenca oito princípios: I- obrigatoriedade de filiação; II - da solidariedade ou da compensação nacional; III - da unicidade das prestações; IV - da compreensibilidade; V - da automaticidade das prestações; VI - da imprescritibilidade do direito ao benefício; VII - da expansividade social; VIII-princípio do in dubio pro misero. (2011, p.80)

Serão analisados os princípios da solidariedade, da obrigatoriedade da filiação, do in dubio pro misero, e, finalmente, o princípio da equidade nas fontes de custeio.

5.1 Princípio da Solidariedade

Este princípio tem normatividade constitucional explícita, nos termos do artigo 3º, I, da Constituição Federal, sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil. A solidariedade é a essência da humanidade.

Este princípio é inerente à ideia de Estado do Bem-Estar Social. Impõe que a seguridade social seja custeada por toda a sociedade, de maneira direta e indireta.

[...] através desse sistema, efetiva-se, de fato, a solidariedade de todos que estão em condições de trabalhar e de todos que extraem do trabalho alheio uma utilidade no caso dos trabalhadores incapacitados de extrair do próprio trabalho os meios de sustento e que, de uma forma ou outra, encontram-se em situações de necessidade. Essa solidariedade não pode ser expressa por uma estrutura mutualista, na qual também se efetiva, de fato, uma solidariedade, mas que é limitada,

quer quantitativamente, no âmbito dos próprios expostos a um risco, quer qualitativamente, por força da essencial característica da reciprocidade.

A solidariedade efetivada com a previdência social, ao contrário, supera essas limitações. Trata-se de uma solidariedade entre quem trabalha e quem não podendo mais fazê-lo ou não tendo podido trabalhar, encontra-se em situação de necessidade: entre quem produz e quem contribuiu com seu trabalho para essa produção. (MARTINEZ, 1983, p.57)

A solidariedade é a espinha dorsal do arquétipo da Previdência Social. Constata Jane Wilhelm Berwanger:

[...] o princípio que fundamenta com maior profundidade a Previdência Rural é o da solidariedade, na medida em que desvincula o acesso aos benefícios da contribuição, pois o direito é garantido ainda que não tenha havido qualquer contribuição durante toda a vida do segurado. Esse princípio assume maior relevância tendo em vista que está expresso na nossa Constituição e implícito ao determinar que a seguridade será financiada por toda a sociedade. (2010, p.175)

O trabalhador rural volante, no exercício de sua atividade rural de forma contínua, ora para um tomador de serviço, por um curto período de tempo, ora para outro, deveria em tese fazer o recolhimento de sua contribuição previdenciária, ou ter alguém que fizesse isso para ele. No entanto, na suposta aplicação do princípio da Solidariedade, juntamente com os demais princípios já elencados, se não houver o recolhimento, mas ocorrendo o exercício da atividade laborativa, deve a sociedade dividir esse ônus: quem contribui com mais ajuda com o equilíbrio do sistema. Este princípio deve ser ponderado com os demais, principalmente com a fonte de custeio.

5.2 Princípio da obrigatoriedade da filiação

A obrigatoriedade é fundamental para a existência da Previdência Social, repassando ao Estado a gestão e manutenção do sistema protetivo, levando-se em consideração que o trabalhador, que vende sua mão de obra, não tem, em sua maioria, possibilidade material de poupar, não sendo possível se assegurar das contingências, riscos e necessidades futuras. Neste sentido,

[...] a maior parte das pessoas retira o necessário para a sua sobrevivência do seu trabalho. Como esses rendimentos são, em geral, consumidos na sua totalidade, para a satisfação de necessidade materiais presentes, pouco sobra para ser poupado, não sendo possível a constituição de reservas para o enfrentamento dos riscos sociais. Outros, embora pudessem separar parte do salário para a constituição de um fundo, preferem consumir imediatamente tudo o que auferem. (ROCHA, 2004, p.152)

Este princípio encontra-se como fundamento constitucional no caput do artigo 201 da Constituição Federal. É necessário salientar que, no binômio filiação obrigatória e caráter contributivo, reside, justamente, o ganho da qualidade de segurado, no caso de todos aqueles que exercem atividade laborativa. E em se tratando do trabalhador rural volante, este deve ser necessariamente filiado ao regime, em decorrência de sua atividade laboral, sendo que a falha ocorre justamente no recolhimento de sua contribuição.

Para atender ao fator contribuição, diante da pouca cultura do trabalhador rural volante, não tendo este, consciência do dever de recolher a contribuição social, pois mal ganha para o seu sustento diário, estando mais assemelhando ao trabalhador empregado, caberia à pessoa que se beneficia do trabalho do mesmo, o tomador de serviços, fazer este recolhimento da contribuição previdenciária.

Este princípio não pode ser utilizado como um trunfo para impedir a concessão de benefícios, impedindo, para um determinado segmento, a concretização do direito fundamental à previdência e a dignidade humana, como a aposentadoria do trabalhador rural volante. (MARTINEZ, 1983, p.57)

Esta é a posição majoritária da Jurisprudência dominante, conforme acórdão de lavra do Desembargador Sérgio Nascimento do TRF3.

5.3 Princípio do in dubio pro misero

Princípio este ainda não aceito de modo uniforme pela doutrina previdencialista, porém vem sendo admitido com cada vez mais frequência a ideia de que as normas do sistema de proteção social devem ser fundadas na ideia de proteção ao menos favorecido. Também chamado de Princípio da proteção ao hipossuficiente, o qual é decorrendo da esfera do Direito do Trabalho do Princípio do in dubio pro operário.

Observe-se que não se trata de defender que se adote entendimento diametralmente oposto na aplicação das normas, por uma interpretação distorcida dos enunciados dos textos normativos: o intérprete deve, dentre as várias formulações possíveis para um mesmo enunciado normativo, buscar aquela que melhor atenda à função social, protegendo, com isso, aquele que depende das políticas sociais para sua subsistência. (CASTRO/LAZZARI, 2020, p.164)

Este critério de interpretação é intensamente utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, em matéria de bóia-fria, conforme pode-se aferir do voto da Ministra Laurita Vaz, no julgamento Ação Rescisória nº 3.005 – SP (2003/0228326-2).

5.4 Princípio da equidade das fontes de custeio

É dever de toda a sociedade financiar a seguridade social, na medida de sua capacidade econômica.

A equidade na forma de participação do custeio, prevista no art. 194, V, da Carga Magna, surge como corolário do princípio da isonomia, estampado no art. 5º da Constituição Federal.

Apresentado sob diversos prismas ao longo do texto constitucional, a isonomia exige que a lei tanto quanto editada quanto da sua aplicação não contenha quaisquer discriminações em relação às situações jurídicas em que haja equivalência de enquadramento. A contrario sensu, devem merecer tratamento diferenciado todos quantos se encontrem em situação jurídica diversa, na medida das suas desigualdades. (BALERA, 2010, p.117)

Para Hilário Bocchi Júnior, este princípio é dirigido ao legislador, o qual deverá levar em conta, no momento da definição do financiamento da seguridade, aspectos ligados ao mercado de trabalho, à situação econômica dos contribuintes e das empresas. Quem tiver maior capacidade, deverá contribuir com mais e quem tiver menos condições, deverá contribuir com menos ou até mesmo não contribuir. (2006, p.80)

Contudo, para que seja resolvido este problema da falta de contribuição a médio e a longo prazo, deve-se encontrar mecanismos para que o trabalhador rural volante seja integrado ao sistema de forma definitiva, levando em conta a Constituição onde exige-se que, no custeio, haja participação equitativa, isto é, cada um dentro de suas possibilidades, pois, em decorrência de seu trabalho, este trabalhador é digno de se tornar segurado da previdência social.

6 CONCLUSÃO

De todo o estudo do conceito de trabalhador rural denominado volante, ou bóia-fria, dentro do universo da Previdência Social, conclui-se que deve partir da irradiação de Princípios. Deve-se conciliar os princípios que regem a Previdência Social com os Princípios esculpidos por nossa Carta Magna, tendo como prevalência os Direitos Humanos, para se buscar o enquadramento deste trabalhador como segurado da Previdência.

Em se tratando do Princípio da Solidariedade, destacado neste trabalho, o qual fundamenta com maior profundidade a Previdência Rural, e consequentemente o Princípio do In dubio pro misero, fazem jus à proteção do trabalhador rural volante como segurado, pois defende a ideia da contribuição do universo dos protegidos em benefício da minoria vulnerável.

Quanto ao Princípio da obrigatoriedade da filiação, o qual a existência do binômio: filiação obrigatória e caráter contributivo, permite ao cidadão o ganho da qualidade de segurado para todos aqueles que exercem

atividade laborativa; e, no caso do trabalhador rural volante, seu labor é eventual em relação ao empregador, mas é permanente para si; é nítida a existência do trabalho, no entanto, a falta de contribuição se justifica diante de uma cultura extremamente limitada conforme exposto ao longo deste estudo.

O Princípio da Equidade é primordial em relação as fontes de custeio, onde sugere o tratamento diferenciado para todos aqueles que se encontram em situação jurídica diversa, na medida de suas desigualdades. E, a partir deste princípio, é cabível realizar algumas sugestões para concretização deste trabalho:

Na medida que a Constituição exige que no custeio haja participação equitativa, cada um dentro de suas possibilidades, deve-se encontrar mecanismos para que o trabalhador rural volante seja integrado ao sistema. O Poder Judiciário já vem fazendo o seu papel, reconhecendo conforme posição majoritária da Jurisprudência como segurado especial, mesmo sem comprovação de contribuição, pela atividade deste trabalhador assemelhar-se a dos reconhecidos como tal. Mas isto não basta, o caminho proposto seria a médio e a longo prazo para possibilitar ao volante o reconhecimento de seus benefícios fora do âmbito judicial.

Destarte o pressuposto de que o trabalhador rural volante não atua por conta própria, não tem uma organização sua e conseqüentemente não trabalha sem ser dirigido, descabe o classificar como trabalhador autônomo e sujeito, desta forma, como contribuinte individual.

Neste sentido, a figura do volante, está mais assemelhada ao trabalhador empregado, e caberia à pessoa que se beneficia do trabalho do mesmo, o tomador de serviços, o recolhimento da contribuição previdenciária, ou pelo menos, parte dela.

Como alternativa, pode-se criar um cadastro de trabalhadores rurais volantes a nível regional a ser regido por um Órgão como a EMATER (Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural) que possibilite ao tomador de serviço o recolhimento da contribuição previdenciária, contando com o incentivo de taxas mínimas de impostos, redução no ITR (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural) e no imposto de renda, possibilitando esse vínculo trabalhista, mesmo durante um curtíssimo período de trabalho para com o mesmo. Talvez até fazer um vínculo a Nota do Produtor Rural a fim de correlacionar e comprovar o trabalhador volante as propriedades onde o mesmo prestou os seus serviços.

Diante do exposto, são vastos os caminhos à serem seguidos para efetivar-se a classificação do trabalhador rural volante em relação à Previdência Social, atendendo assim tanto o ponto de vista humano, como o legal e o pecuniário.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro, Manual de Direito Previdenciário. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ALVES, Hélio Gustavo. Guia Prático dos Benefícios Previdenciários: de acordo com a Reforma Previdenciária – EC103/2019, 1º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BALERA, Wagner. Noções Preliminares de Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2 ed., 2010.

BARATA, Júlio. Apresentação – Barros Jr, Cássio de Mesquita, Previdência Social – Urbana e Rural. 1981. São Paulo: Editora Saraiva.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. Previdência rural: inclusão social. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BOCCHI, Hilário Júnior. A Igualdade (uniformidade e equivalência) dos trabalhadores urbanos e rurais no acesso aos benefícios previdenciários. São Paulo: LTr, 2006.

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL, Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira, LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 23º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- COIMBRA, J. R. Feijó. O Trabalhador e a Previdência Social. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1968.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Previdência do Trabalhador Rural: aspectos gerais de benefícios e custeio sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. In: MARTINEZ, Wladimir Novaes (Coord.). Temas atuais de direito do trabalho e do direito previdenciário rural: homenagem a Antenor Pelegrino. São Paulo: LTr, 2006.
- HORVATH JUNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. Barueri-SP: Editora Manoele, 2011.
- IANNI, Octávio. Origens agrárias do Estado brasileiro. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- LEITE, Celso Barroso. A Proteção social no Brasil, 2º ed., São Paulo: LTr, 1978.
- MANIGLIA, Elisabete. O Trabalho Rural sob a ótica do direito agrário: uma opção ao desempregado no Brasil. Franca: Ed. Unesp 2002.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Princípios de Direito Previdenciário. São Paulo: Editora LTr, 1983.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 29 ed, 2012.
- MELLO, Maria Conceição D'Inçaoe: O bóia-fria: acumulação e miséria. 5º ed. Petrópolis: Vozes, 1977.
- MENDES, Fernando Ribeiro. Segurança Social: o futuro hipotecado. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Contrato Rural. In: MARTINEZ, Wladimir Novaes. (Coord.). Temas atuais de direito do trabalho e direito previdenciário rural: homenagem a Antenor Pelegrino. São Paulo: LTr, 2006.
- ROCHA, Daniel Machado. O Direito Fundamental à Previdência Social: Na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social, 2º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- SANTOS, Marisa Ferreira. Direito Previdenciário Esquematizado, 3º ed., São Paulo, 2013.
- SILVA, Laura Vasconcelos Neves. Rural: Os direitos fundamentais dos trabalhadores rurais da cana-de-açúcar. In: Revista Magister de Direito Previdenciário. Ano V, número 26, Setembro-Outubro/2008.
- STUCH, Victor Hugo Nazário. Comentários sobre a Nova Previdência, 1º ed., Rio de Janeiro: Método, 2022.



19 A NORMALIZAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO NA PANDEMIA CORONAVÍRUS

Vinicius Campioto Garcia
Luiz Geraldo do Carmo Gomes

RESUMO: Este artigo tem por objetivo geral analisar aspectos relacionados à pandemia do COVID-19, destacando especialmente seu impacto jurídico no sistema constitucional vigente. Assim, parte-se inicialmente da diferenciação entre estado de emergência constitucional e estado de exceção, tratando-se, ainda, a questão da gestão da pandemia segundo disposto pela Constituição Federal Brasileira de 1988, destacando-se, em seu âmbito, aspectos relativos à divisão de competências. Os principais resultados obtidos demonstraram que, decorrente deste sistema, tem-se um federalismo descentralizado e assimétrico, com dificuldades para lidar com problemas sanitários decorrentes da crise instalada pelo coronavírus, que representou, na verdade, uma oportunidade para se repensar, de forma crítica, o próprio direito à saúde no Brasil, bem como a visão que a tradição jurídica hegemônica tem dele a partir de uma perspectiva colonial.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Estado de Exceção. Pandemia Coronavírus.

ABSTRACT: This article has the general objective of analyzing aspects related to the COVID-19 pandemic, especially highlighting its legal impact on the current constitutional system. Thus, it starts initially with the differentiation between a constitutional state of emergency and a state of exception, also dealing with the issue of the management of the pandemic according to the provisions of the Brazilian Federal Constitution of 1988, highlighting, in its scope, aspects related to the division of competences. The main results obtained showed that, as a result of this system, there is a decentralized and asymmetric federalism, with difficulties in dealing with health problems arising from the crisis installed by the coronavirus, which actually represented an opportunity to rethink, in a critical way, the right to health in Brazil, as well as the view that the hegemonic legal tradition has of it from a colonial perspective.

Keywords: Constitutional Law. State of Exception. Coronavirus Pandemic.

1 INTRODUÇÃO

A Covid-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, um vírus mortal que se espalhou imediatamente, a partir de gotículas liberadas por pessoas infectadas. O SARS-CoV-2 apareceu pela primeira vez na cidade de Wuhan - China, e se espalhou rapidamente pelo mundo. No Brasil, foi em fevereiro de 2020 que ocorreram os primeiros registros da sua presença (SANTOS JÚNOR; MONTEIRO, 2020).

Sua rápida expansão, causou um número elevado de óbitos e de pacientes com necessidade de atendimento médico especializado, proporcionando uma emergência global, obrigando os países a adotarem medidas combativas e seguir as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), entre elas, distanciamento social e a suspensão das atividades comerciais e educacionais em um esforço para conter a transmissão do vírus e proteger a vida dos cidadãos.

Em março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) decretou que o mundo vivenciava uma pandemia causada pelo novo coronavírus, reconhecendo a presença geográfica do vírus e da COVID-19 (CoronavirusDisease2019) em vários países e regiões do mundo. Desse modo, em todo o mundo as instituições públicas e privadas paralisaram suas atividades na tentativa de conter a transmissão do vírus.

De fato, a pandemia do COVID-19 trouxe à tona importantes debates e reflexões acerca do exercício correto do poder político, bem como sobre a função econômica e estatal e, especialmente, sobre o funcionamento das instituições, razão pela qual este artigo tem por objetivo geral analisar aspectos relacionados à pandemia do COVID-19, destacando especialmente seu impacto jurídico no sistema constitucional vigente.

2 DESENVOLVIMENTO

Para analisar a relação saúde x doença, propõem Puccini e Cecílio (2004) considerar os seguintes aspectos: não se pode compreender a doença tão somente por meio das medições fisiopatológicas que são realizadas, pois os fatores responsáveis por estabelecer o estado da doença são a dor, o sofrimento, o prazer... enfim, os sentimentos e valores que são expressos pelo corpo que adocece. Já a saúde é algo silencioso, não percebida em sua plenitude, normalmente, revelando-se a sua perda somente quando advém a doença. Trata-se. Na visão dos autores, de uma experiência de vida, que é vivenciada, por sua vez, no âmbito do corpo individual.

Para Brêtas e Gamba (2005), uma boa estratégia para se garantir a saúde com qualidade seria ouvir o corpo, na medida em que não é possível estabelecer um limite com precisão entre a doença e a saúde, mas, sim, reconhecer que há uma reciprocidade entre ambas. De igual modo, também não se tem como fincar limites entre a patologia e a normalidade, tendo em vista que os mesmos fatores que possibilitam bem-estar ao homem, tais como água, alimento, clima, ar, trabalho, habitação, relações sociais e familiares e tecnologia) podem causar doenças a ele (PUCCINI; CECILIO, 2004).

Tal relação tem a sua demarcação feita pelos determinantes sociais, psicológicos e biológicos e pela forma de vida dos seres humanos. Esta constatação, de acordo com Brêtas e Gamba (2006), serve como reflexão de que o processo saúde-doença-adoecimento se dá de forma desigual entre as classes, os indivíduos e os povos, sendo impactado diretamente pelo local ocupado pelos seres na sociedade.

Em importante aporte, Puccini e Cecílio (2004) sustentam que o processo saúde-doença é expressão cujo uso se dá para se referir a todas as variáveis que envolvem a doença e a saúde de uma população ou indivíduo, considerando que ambas estão interligadas, sendo consequência dos mesmos fatores. Conforme tal conceito, o estado de saúde de uma pessoa contempla determinação complexa, que abrange variados fatores (PUCCINI; CECILIO, 2004). Nesse sentido, expõe Carvalho (2013) que, atualmente, para designar o conceito de saúde-doença, tem-se feito uso da teoria da multicausalidade, em contraponto com a unicausalidade, que era muito aceita no início do século XX, e que dispunha ser um agente etiológico, que poderia ser uma bactéria, um vírus ou protozoários, como único fator causador de doenças.

Contudo, como bem destaca Carvalho (2013), não se pode considerar que o conceito de multicausalidade exclua a presença de agentes etiológicos em uma pessoa como fator de surgimento de doenças. Ao contrário, ainda segundo o autor, além dos agentes etiológicos, abrange também o psicológico do paciente, bem como seus recursos financeiros, seus conflitos familiares, seu nível de instrução, dentre outros. Tais fatores, inclusive, a seu ver, não são dotados de estabilidade, podendo variar com o decorrer dos anos, bem como de uma etnia ou região para outra.

Rosa et al (2007), por sua vez, ressalta que, a seu ver, não é possível considerar que doença e saúde sejam faces de uma mesma moeda. Isso porque, por exemplo, ao se considerar um sistema de saúde, como o SUS (Sistema Único de Saúde), pode-se verificar que as ações que se voltam tanto para o diagnóstico como para o tratamento das doenças consistem em somente duas de suas atividades. Isso porque, de igual modo, a promoção da equidade, a inclusão social e a promoção da cidadania e visibilidade são também consideradas ações de saúde.

Desse modo, ainda segundo os autores, o entendimento que contempla a saúde como um dispositivo social relativamente autônomo quanto à noção de doença, bem como as repercussões trazidas por este novo entendimento para as práticas cotidianas em geral, para as práticas dos serviços de saúde e para a vida social descortina novas possibilidades em se conceber o processo saúde-doença. Diante disso, para eles, é certo sustentar que o processo saúde-doença se encontra diretamente relacionado com a forma com a qual o ser humano, ao longo de sua existência, se apropriou da natureza para transformá-la, procurando, com isso, satisfazer as suas necessidades.

Desse modo, na análise de Carvalho (2013), é possível destacar que este processo diz respeito ao conjunto de variáveis e relações, que tem a capacidade de produzir e condicionar o estado de doença e saúde de uma população, que experimenta modificações nos mais variados momentos históricos e de desenvolvimento científico pelo qual perpassa a humanidade. Sendo assim, não se pode compreendê-lo como um conceito abstrato; antes, cumprir defini-lo no contexto histórico de dada sociedade e em certo momento de seu desenvolvimento, a ser conquistada pela população cotidianamente.

Sustenta o autor, ainda, que a noção de saúde não contempla um conceito estável e imutável: ao contrário, abrange aspecto que varia de acordo com a época vivida, bem como com os interesses prevalentes nos mais diversos grupos sociais. Diante disso, ainda conforme o autor, é possível verificar a intrínseca relação entre os DSS e a relação saúde-doença, tendo em vista que se tratam de fatores com poder de impactar o estado do indivíduo, conduzindo-o à saúde ou à doença.

Segundo Nunes (2017), a prestação de serviços de saúde e os custos que a “sobrevivência” acarreta são problemas que nos acompanham há muito tempo. Viver significa se colocar em risco, tanto riscos que o ambiente em que vivemos oferece, bem como os que trazemos conosco em nosso nascimento. Sobre os riscos que ambiente nos oferece, diz Nunes (op. cit):

Nas sociedades pré-históricas, situações de doença, acidente ou envolvimento em confronto físico com outros seres, em muito condicionaram a atividade dos indivíduos e ameaçaram a sua integridade, pelo que situações de debilidade mais ou menos permanente seriam a norma, não a exceção.

Portanto, o “cuidado” com o outro sempre fez parte de nossa história. E se no passado, a integridade física era a mais ameaçada, hoje podemos somar a ela a integridade “mental”. Infelizmente, conforme relataram Gonçalves e Machado (2007), muitas pessoas que procuram os serviços básicos de saúde com sintomas de depressão, por exemplo, não recebem diagnóstico e tratamentos corretos.

Seja a falta de recursos, seja a falta de preparo dos profissionais, o fato é que podem haver problemas na prestação de cuidados originados de vários fatores: dos papéis que cada indivíduo desempenha, dos recursos que possuem, bem como da forma que a saúde é tratada em determinado contexto. Segundo Nunes (2017), “independentemente da razão pela qual os cuidados são prestados, é sempre necessário alterar rotinas, criar papéis mais ou menos especializados, ou desenhar formas organizacionais que permitam a sua concretização”.

Uma questão problemática, especialmente na rede pública de saúde, é a falta de recursos. E, se não há recursos suficientes, como é possível atingir objetivos? Como é possível traçar metas?

Nunes, baseado nos estudos de Dettwyler (1991) afirma que, “contextos de escassez de recursos questionam as motivações inerentes à prestação de cuidados, ao mesmo tempo em que desafiam os modelos organizacionais concebidos para suportar esta prestação”

Neste sentido, a análise feita por Nunes em relação aos neandertais pode nos auxiliar a entender os tipos de cuidados existentes em sociedades que nos antecederam e os avanços da civilização. Segundo o autor, baseado na arqueóloga Penny Spikins (2018), havia uma preocupação no cuidado com o outro entre os neandertais, sem a necessidade do “reembolso” e independentemente da gravidade de uma lesão. Na análise da arqueóloga foram encontradas provas de que muitas lesões duraram por longo tempo antes da morte e os cuidados com os doentes ocorriam pelos outros indivíduos da sociedade, não importando a forma de “reembolso” ou compensação. Interessante ressaltar na análise arqueológica as evidências de que, ferimentos que causavam dores, sangramentos e até mesmo imobilidade eram, de alguma forma, compensados pelas mudanças de atitude de um grupo, ou mesmo, em formas que pudessem ajudar e auxiliar o indivíduo que se encontrava em dor ou limitações em diversas partes em que esses povos habitavam, mostrando o quão complexo é a análise do comportamento que envolve o “cuidar” do outro.

O que se nota nas diferentes pesquisas é que é necessário elaborar um quadro de referência que fundamente melhor as semelhanças e diferenças entre as organizações públicas e privadas, bem como os

resultados que podem ser gerados em cada uma delas, o que pode ser evidenciado como ineficiência nos gastos e na ausência de acesso da população aos serviços de saúde.

Em revisão bibliográfica, Jung (2010) observou a medição de perfis de desempenho como sendo uma ferramenta fundamental para melhoria da qualidade. A maioria dos estudos nesta revisão levantou questões sobre a existência de um grau suficiente de variação, particularmente no nível do fornecedor individual, para justificar a medição da qualidade nesse nível. As conclusões foram feitas quase exclusivamente com base na proporção da variabilidade explicado em um determinado nível. No entanto, alguns autores também discutiram situações em que esforços direcionados a alguns níveis as intervenções podem ser necessárias, apesar da baixa variabilidade proporcional se a variabilidade total de uma medida for ampla. Nesses casos, mesmo uma pequena proporção de variação em um determinado nível pode se traduzir em grandes diferenças absolutas entre as unidades.

Essas situações destacam a importância de expressar variação em unidades diretamente interpretáveis, por exemplo dólares, porcentagem de pacientes ou unidades fisiológicas como mmHg, usando estatísticas como a intervalo interquartil ou desvios-padrão, para ajudar a determinar se o spread e o intervalo no desempenho são suficientemente grandes para ser clinicamente significativo.

Em nível mundial, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), milhões de pessoas não têm acesso a serviços de saúde que poderiam ser dispensados por prestadores de cuidados primários. Análise minuciosa identificou que 40% de todos os gastos com saúde são desperdiçados por ineficiência, e de 421 milhões de hospitalizações efetuadas globalmente por ano, 10% resultam em algum dano para o doente (World Health Organization, 2018).

O que se pode concluir a partir dos estudos realizados é que o controle do poder público acaba por minimizar equívocos dos governantes no uso do dinheiro público, levando-o, também, à punição, quando houver erro. Além disso, os erros podem auxiliar os legisladores e os burocratas a melhorarem e a modificarem o que funciona de forma ineficiente.

Desse modo, a hipertrofia do Executivo e o ultra presidencialismo no plano estadual, como exemplos evidenciados nos casos das OS paulistas na área da Saúde, constituem enormes obstáculos à efetiva modernização do Estado brasileiro (Sano, 2008).

O governo de São Paulo, aliás, implementou posteriormente ao surgimento das OS o contrato de gestão para algumas unidades da administração direta. O ideário da Nova Gestão Pública (NGP), a teoria da Administração Pública que traz incorporados valores ideológicos e administrativos que estão vinculados ao modelo de Estado ultraliberal, que serve de referência para a elaboração do "Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado" (PDRAE), hoje é compartilhado, inclusive, por parte daqueles que foram contrários à implantação das OS, tanto na União como nos estados, como no caso da proposta do ministro da Saúde, José Gomes Temporão (Ministro de 2007 a 2011), de substituir o modelo atual de gestão dos hospitais pela chamada fundação estatal.

Entretanto, os instrumentos de accountability foram pouco utilizados no controle das OS paulistas.

Assim sendo, não é supérfluo insistir que a hipertrofia do Executivo vigente no Brasil, presente na forma de ultra presidencialismo, é um grande obstáculo para reformas democratizadoras da administração pública.

A leitura de alguns artigos revelou que as instituições de controle têm sido pouco efetivas na responsabilização das OS em uma região do País. Por outro lado, constatou-se que a implantação desse modelo objetivou mais o problema fiscal do que as premissas da NGP. Mesmo sendo mais permeável ao controle do que o restante das experiências estaduais, o governo paulista, quando acionado por formas de cobrança e fiscalização, respondeu inadequadamente aos controladores. A pergunta que fica ao final é a seguinte: qual seria a importância da accountability para a melhoria da gestão pública.

O paradigma da learning organization, um dos principais postulados de autores que têm refletido sobre a NGP, só pode ser obtido com diminuição da concentração de poder, bem como a atenção dos responsáveis no manejo do dinheiro público. Isso baseado nos modelos de Governança existentes.

No setor de saúde, existem quatro tipos de Governança: corporativa, clínica, ético-legal e da informação. Governança em saúde, compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em

prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da direção do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de saúde à sociedade.

A governança organizacional em saúde não se confunde com governança em rede do SUS, que, em seu cerne, remete a uma lógica de articulação entre os entes federativos para a consecução de políticas públicas de saúde. Também não se confunde com a gestão, que é responsável por planejar, executar e controlar as ações e os serviços. Os conceitos apresentados impõem que haja segregação das funções de governança e de gestão na saúde. A legislação em vigor atribui aos conselhos de saúde a condição de principais atores da governança organizacional, enquanto a gestão fica a cargo do Ministério e das Secretarias de Saúde. Medições da capacidade das práticas de governança e gestão podem sinalizar as causas dos gargalos na prestação de serviços públicos de qualidade. (Brasil, 2018)

No Brasil, as associações entre progresso e saúde não são recentes; eles já estavam presentes nos discursos de Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek nas décadas de 40 e 50. Nas duas décadas seguintes, as teorias do desenvolvimento inspiraram estudos médicos e intelectuais sobre saúde e relações econômicas e sociais. Questões como direito à atenção médica, socialização dos serviços de saúde e nacionalização da indústria farmacêutica foram estudadas por autores como Samuel Pessoa, Mario Vitor de Assis Pacheco, Mário Magalhães, Álvaro de Faria e Carlos Gentile de Mello (SCOREL, 2009).

O conhecimento herdado nos permitiu revisar as relações entre os setores de saúde e desenvolvimento. O conceito positivo de saúde - como condição inerente ao bem-estar social e ao pleno exercício da cidadania - trouxe consigo questões sobre a correlação instrumental entre saúde e desenvolvimento, o que implicou o desenvolvimento de diretrizes que norteiam a reforma sanitária brasileira (concebida com base em criticar modelos preventivos e medicalizantes) e a percepção de que mudanças estruturais nas relações estabelecidas entre sociedade, mercado e estado eram essenciais (AROUCA, 2013).

Entenda que as condições de saúde dependem de fatores nacionais mais amplos - vinculados ao modelo de desenvolvimento e integração autônoma e competitiva na economia global - com repercussões em aspectos como distribuição de renda, pobreza, alimentação, higiene e modelo de crescimento econômico (socializar ou marginalizar), implicava o reconhecimento de que a setorização da saúde é uma limitação tanto para o campo científico quanto para a qualidade de vida da população (AROUCA, 2013; LOTTA, 2019).

As previsões baseadas exclusivamente em reiteraões de assimetrias sociais anteriores ou oportunidades de alavancagem financeira presumida de subsetores econômicos na atual crise econômica devem, portanto, ser problematizadas, questionando-se as políticas em que se baseiam e legitimando-as; sobretudo considerando a importância de seguir uma trajetória de desenvolvimento capaz de levar a uma crescente homogeneização da sociedade brasileira (FURTADO, 2002), atravessando a ruptura dos processos que alimentam a persistência da polarização da modernização-marginalização que marcou a história da desenvolvimento contemporâneo. Brasileiro (SCOREL, 2009; LOTTA, 2019).

A realização da existência de uma união inseparável entre formas econômicas e sociais implicava a necessidade de libertação do "círculo vicioso" ao qual o país é submetido por sua herança colonial e sublinhava a necessidade de mudanças que atravessassem a economia - onde seria a origem. dos obstáculos então enfrentados e esse seria o lugar de sua superação - já que o modelo de desenvolvimento brasileiro apresenta limites críticos (GADELHA, 2003; SCOREL, 2009).

As análises de saúde e desenvolvimento realizadas a partir dos anos 2000 incluem pesquisas sobre os vínculos entre direitos sociais, inovação e a estrutura dinâmica do complexo econômico e industrial da saúde (CEIS), cuja formulação teórica trata da inter-relação sistêmica entre segmentos produção nos setores secundário e terciário envolvidos na cadeia produtiva da saúde (GADELHA, 2003).

Os interesses políticos, econômicos e sociais guiados por essa base são variados e frequentemente conflitantes. Sobretudo porque refletem as forças culturalmente dominantes - neste caso, dados os interesses de acumulação comandados pelas multinacionais -, podemos dizer que as técnicas não são neutras (FURTADO, 2002).

À luz das tensões entre desenvolvimento social e poder, inovação e democracia e as consequências na produção e acesso a bens e serviços de saúde, a reflexão sobre as bases produtivas envolvidas em um sistema de saúde é essencial para orientar e financiar políticas públicas, setoriais e intersetoriais (LOTTA, 2019).

O progresso tecnológico pode apoiar o desenvolvimento econômico e aumentar as desigualdades sociais - se a promoção, a prevenção e a assistência à saúde forem fornecidas com base no acesso injusto a novas tecnologias e na criação de diferenciais na exposição aos riscos causados por intervenções ambiental e procedimentos iatrogênicos. Além disso, as discrepâncias entre acesso, qualidade e custo das inovações colocam o tema no centro do debate sobre a efetividade e sustentabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS), o que mostra sua importância para a política de saúde (AROUCA, 2013).

O Sistema Único de Saúde - SUS, criado no Brasil pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, também denominada "Lei Orgânica da Saúde", é a mais perfeita tradução da aplicação do princípio constitucional da saúde como sendo direito de todos (universalidade) e dever do Estado. Em seu artigo 7º, dispõe que "[...] as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal" (BRASIL, 1990), obedecendo-se, ainda, aos seguintes princípios:

Art. 198 [...]

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (BRASIL, 1988).

Portanto, de acordo com Sala et al (2011), as diretrizes do SUS podem ser entendidas como o conjunto de recomendações técnicas e organizacionais focadas em problemas específicos, produzidos pelo Ministério da Saúde, com a competição de especialistas reconhecidos na área de competência, de âmbito nacional, e que servem de guia para a configuração geral do sistema em todo o território nacional, respeitando as especificidades de cada unidade da federação e de cada município.

À luz desses pontos, podemos ver o SUS como a expressão mais completa dos esforços do Brasil para garantir o acesso universal de seus cidadãos aos cuidados de saúde de que precisam para ter uma vida mais longa, mais produtiva e saudável.

Embora se saiba, de acordo com Lotta (2019), que bons indicadores de saúde dependem de uma ampla gama de políticas econômicas e sociais mais amplas (emprego, moradia, saneamento, boa nutrição, educação,

segurança etc.), A importância de uma política de saúde que, além da universalidade, garanta equidade, integralidade e qualidade dos cuidados de saúde prestados a seus cidadãos.

Portanto, todos os investimentos e esforços para implementar a estratégia de saúde da família (ESF) do país só podem ser entendidos no contexto da consolidação do SUS e da extensão de seus benefícios a milhões de brasileiros (LOTTA, 2019).

Historicamente, como apontado por Kleba, Zampirom e Comerlato (2015), o SUS atual tem um aspecto importante em sua constituição, que consiste em políticas de combate às grandes endemias que inauguram a genealogia das políticas de saúde no Brasil no final do ano . Século XIX Um bom exemplo disso foi a polêmica campanha contra a febre amarela realizada por Oswaldo Cruz naquele século, com suas próprias armas para a saúde pública, em particular o uso de epidemiologia e saúde em geral, vacinas e educação em saúde, muito menos que cuidados médicos. em si.

Seria, portanto, possível construir outras "linhas do tempo" nas quais a própria questão dos cuidados de saúde seria menos importante. De fato, o SUS pode ser visto como uma drenagem de uma "linha do tempo" que enfatiza a dimensão da assistência - como a apresentada neste texto - e de uma "linha do tempo" que contaria a história da epidemiologia e vigilância . e sua contribuição para o que chamamos agora de "vigilância em saúde". Sabe-se, no entanto, como também defende Minayo (2013), que esses dois fios do SUS ainda permanecem como água e óleo, ou seja, não podem realmente se misturar para produzir um cuidado completo.

O sistema de saúde brasileiro é composto pelo SUS e pelo setor privado, representado por planos de saúde e por profissionais autônomos. Para a realidade brasileira, o SUS representa significativo avanço na saúde pública. (Brasil, 2018)

Hoje, dos 200 milhões de habitantes no Brasil, $\frac{3}{4}$ são diretamente dependentes do sistema público de saúde - o outro quarto, isto é, os outros 51 milhões usam a chamada saúde suplementar. O SUS veio da evolução de um direito chamado direito à saúde, que há pouco tempo foi definitivamente estabelecido no Brasil. Para compreendermos a saúde pública brasileira, é importante contextualizar sua trajetória, iniciando nossa análise com a chegada dos europeus em terras brasileiras, anteriormente habitadas pelos chamados "índios", denominados assim porque os portugueses que aqui chegaram pensaram ter chegado à Índia.

Como assinalamos anteriormente, sempre houve riscos à nossa saúde, riscos esses provenientes do ambiente em que se vivia. Com os indígenas não era diferente.

Entretanto, com a chegada da colonização portuguesa, os povos indígenas que já apresentam suas próprias enfermidades, passaram a lidar com outros desafios: as "doenças de branco". Em contato com novas doenças e sem imunidade para lidar com elas, milhares de indígenas foram levados à morte.

Segundo Mereles (2019), tanto no Brasil Colônia quanto no Brasil Império, ou seja, durante 389 anos, quase nada foi feito em relação à saúde. A saúde da população não era algo que preocupava quem governava. Não havia uma preocupação com políticas públicas de atendimento.

Se a população indígena já havia sido atingida pela morte e/ou pela doença, o que poder-se-ia dizer em relação aos escravos jogados à senzala?

A classe social determinava quem ou que grupos teriam acesso aos cuidados médicos. Sem cuidados e sem condições mínimas de sobrevivência, muitos escravos também padeceram com a falta de cuidado e de tratamento, sendo levados, como os indígenas, à morte.

Com os nobres e colonos brancos, a situação era diferente. Como afirma Mereles (2019), quanto maiores eram as posses, maiores as condições no acesso aos remédios e aos médicos. Assim, com maior cuidado, a chance de sobrevivência aumentava.

Contudo, algumas situações foram modificadas com a vinda da Família Real Portuguesa, em 1808. Não se poderia admitir uma Corte que não se aproximasse, minimamente, das condições europeias. Assim, com a fundação de cursos universitários, foram criados também cursos na área de Medicina, Química e Cirurgia. Mereles (op. cit.) cita como sendo pioneiras as seguintes instituições: a Escola de Cirurgia do Rio de Janeiro e o Colégio Médico-Cirúrgico no Real Hospital Militar de Salvador. Com essas escolas, foram sendo formados médicos no Brasil, substituindo-se gradualmente, os médicos que vinham de Portugal.

Tanto a história da educação como da saúde no Brasil estão ligadas diretamente aos Jesuítas. Assim, a Igreja Católica e, posteriormente, outras instituições religiosas, se espalham pelo território brasileiro. (Mereles, 2019)

Ainda, segundo Mereles (2019) dentre as entidades que realizavam a assistência médica, destacavam-se as Santas Casas de Misericórdia, sendo essas a única opção para tratamento das pessoas de classe social desfavorecida, portanto, sem acesso a tratamentos e medicamentos. Por serem ligadas a entidades religiosas, tinham fundamentalmente caráter assistencial, de promover a caridade, especialmente do século XVIII ao XIX (até, pelo menos o ano de 1837). Desde sua origem, até o início das relações com os governos (especialmente na década de 1960), as Santas Casas foram criadas e mantidas pelas doações das comunidades, vivendo períodos áureos, em que construíram seus patrimônios, sendo boa parte destes tombados como patrimônio histórico.

Apesar de não terem organização institucional inicialmente, elas já desempenhavam suas funções. No entanto, no ano de 1824, com a Constituição, há uma organização jurídica do país. Segundo Mereles (2019), no período compreendido entre 1838 e 1940, essas instituições passaram a sobreviver por meio da filantropia, na qual era uma preocupação o bem-estar das pessoas e sua orientação para o futuro.

Lembrando que a escravidão só foi abolida em 1888, outros imigrantes chegavam ao país para garantir a mão de obra para cuidar da lavoura, sobretudo a cafeeira. Era importante realizar reformas urbanas e também sanitárias, demolir cortiços e desinfetar ruas e residências.

No início do século XX, sobretudo nos primeiros 20 anos, o Brasil República tem como um de seus protagonistas as questões sanitárias. Rodrigues Alves, presidente à época, nomeou o médico Oswaldo Cruz como diretor do Serviço de Saúde Pública.

Oswaldo Cruz enfrentou epidemias de febre amarela, que foi controlada com o isolamento dos doentes e o extermínio dos mosquitos, e da peste bubônica, que combateu com a desinfecção de ruas e casas e o extermínio de ratos e pulgas. A terceira epidemia – a de varíola – teve como consequência uma revolta da população. Pereira Passos, prefeito à época, queria transformar o Rio de Janeiro em uma “Paris” e tomou várias medidas antipáticas que modificaram a vida cotidiana dos habitantes da cidade. Proibiu a criação de porcos, proibiu que se cuspsse nas ruas, retirou os mendigos das ruas, colocando-os em asilos, entre outras ações.

A Revolta da Vacina, no ano de 1904, foi um marco. Embora várias tentativas de tornar a vacina obrigatória tenham fracassado, neste ano, com o Decreto no 1.261 de 31 de outubro de 1904, a vacinação e a revacinação contra a varíola tornaram-se obrigatórias. Contudo, a ordem e a imposição causaram reações na população, que lutava por seus direitos. Pessoas contrárias à imposição realizaram um tipo de “tempestade” ideológica que fomentou a revolta. Diarreia, convulsões, sífilis, meningite, entre outras doenças, foram apontadas como reações causadas pela vacina. Mas a verdadeira reação veio do povo ao não aceitar a tentativa de tornar a vacina obrigatória. Até mesmo a possibilidade de “desnudar” braços femininos das esposas e filhas para tomar a vacina foi argumento usado contra a obrigatoriedade. (Verardi, 2019)

A Revolta mobilizou o povo. Ter sua casa invadida e desrespeitada provocou uma reação bastante violenta dos que sentiram seus direitos civis violados. E o governo, ao tentar impor a vacinação, tornou-se inimigo do povo. Embora a República tenha prometido mais do que feito, o povo mostrou que não aceitaria qualquer imposição gratuitamente. (Verardi, 2019)

Em 1909, Oswaldo Cruz deixou a Diretoria Geral de Saúde Pública, mas continuou a colaborar no Instituto de Manguinhos que posteriormente foi rebatizado com seu nome.

Mesmo que a vitória não tenha sido traduzida em mudanças políticas imediatas além da interrupção da vacinação, ela certamente deixou entre os que dela participaram um sentimento profundo de orgulho e de autoestima, passo importante na formação da cidadania (Verardi, 2019).

Embora possamos citar vários feitos do Instituto e das pesquisas coordenadas por Oswaldo Cruz, não se nota uma política pública que atinja todo o povo até 1953, quando foi criado o Ministério da Saúde (MS), que teria políticas públicas voltadas também para a área rural. (Brasil, 2012)

Para Mereles (2019), “enquanto a ditadura militar existia, o movimento sanitário foi ‘testando’ uma série de hipóteses a respeito do seu entendimento de saúde”. Os projetos desenvolvidos tinham como foco questões

comunitárias (saúde comunitária), pesquisas e clínica de família. Ainda, segundo Mereles (2019), ao término do período de ditadura, foi produzido um documento intitulado “Saúde e Democracia”, enviado para o Legislativo.

Em 1986, realizou-se a 8ª Conferência Nacional da Saúde, com a participação da sociedade civil organizada. O tema da Conferência - “saúde como direito de todos e dever do Estado” acabou por produzir uma espécie de primeira versão do que viria a ser o SUS.

A conferência ampliou os conceitos de saúde pública no Brasil, propôs mudanças baseadas no direito universal à saúde com melhores condições de vida, além de fazer menção à saúde preventiva, à descentralização dos serviços e à participação da população nas decisões. O relatório da conferência teve suas principais resoluções incorporadas à Constituição Federal de 1988. (Mereles, 2018)

Com a Constituição de 1988, a saúde passa a ser direito de todos os cidadãos e dever do Estado. Segundo Mereles, o Dr Drauzio Varella coloca em discussão a expressão “dever do Estado”, pois, para ele é também dever do cidadão zelar por sua própria saúde. (Mereles, 2018)

O SUS é um sistema de saúde público que tem como princípios a gratuidade, a qualidade e a universalidade, ou seja, precisa ser gratuito e acessível a todos os cidadãos brasileiros ou aos que residem em território nacional. (Brasil, 2012)

No Brasil, o SUS é uma política pública que busca garantir a todos os cidadãos brasileiros o direito de assistência à saúde previsto na Constituição de 1988 (Brasil, 2018). Desde a sua criação, houve muitos avanços e desafios a superar. Algumas estratégias e políticas vêm sendo reformuladas e implantadas, em busca de mudanças que melhorem as condições de saúde da população, de forma a viabilizar a universalidade do acesso aos serviços bem como os outros princípios que regem o SUS (Nonnenmacher et al., 2011).

A Constituição de 1988 representou um instrumento de mudança e movimento social que estabeleceu a saúde como um direito da população brasileira, incorporando elementos importantes da declaração dos direitos do homem e da alma - Declaração no contrato social. Também implantou a cobertura universal de saúde, com o objetivo de melhorar os resultados num sistema de saúde altamente fragmentado e caracterizado por grandes desigualdades. Desde a sua criação em 1990, o SUS mostrou progressos no acesso ao sistema de saúde para a população brasileira, contribuindo para reduzir as desigualdades no acesso aos cuidados de saúde e realização de melhores resultados, mas não sem desafios. (Brasil, 2012)

A defesa da saúde como um direito, combinada com a criatividade e a capacidade de superar a adversidade, fez do SUS um exemplo de inovação do sistema de saúde para a América Latina e uma referência para o mundo. Esse legado não pode (e não deve) ser desperdiçado. Olhando para o futuro, como o novo contexto, o efeito das novas políticas em prol da saúde os resultados, as disparidades e o bem-estar da sociedade devem ser examinados criticamente para avaliar as consequências fiscais, econômicas, ambientais, educacionais e políticas de saúde na população brasileira. (Brasil, 2012)

O SUS é fruto da luta democrática no país, mas ainda não está totalmente consolidado. O SUS consolidado significa o cumprimento, no cotidiano, de sua missão de assegurar uma atenção de saúde para todos, de forma universal, integral, equânime, descentralizada, resolutive, gratuita, de qualidade e com controle social. Não se trata de uma utopia, mas de um objetivo estratégico a ser perseguido pelos e para brasileiros e brasileiras.

Um retrato dos serviços de saúde no Brasil mostra que o SUS tem forte inserção na Atenção Básica (AB), mas detém apenas 35,4% dos leitos hospitalares e 6,4% dos Serviços de Apoio Diagnóstico e Terapêutico (SADT). Historicamente, a média e a alta complexidade recebem uma considerável parte dos recursos federais, com privilégio das regiões economicamente mais desenvolvidas. A defasagem na cobertura do setor público, neste nível de atenção, permite que as ações mais caras sejam ofertadas pelo setor privado, conferindo grande rentabilidade em um mercado em constante expansão. (Brasil, 2012)

Em 1995, teve início no Brasil a Reforma da Gestão Pública ou Reforma Gerencial do Estado com a publicação do Plano Diretor da Reforma do Estado e o envio para o Congresso Nacional da Emenda da Administração Pública, que se transformaria na Emenda Constitucional 19/1998.

A Administração Pública vem se transformando desde então e, entre as mudanças, está a interação com o setor privado, uma parceria cada vez maior. Nesse contexto, surgiram as Organizações Sociais não estatais, que

prestam serviços a entidades públicas. O processo de compras públicas é um dos elementos principais do normativo da Administração Pública, que estipula uma série de obrigações e ritos para se firmar um contrato ou realizar uma compra. Para a Administração Direta, a Lei nº 8.666/1993 é aplicada em sua integridade, gerando menor flexibilidade. No caso da Fundação Estatal, organismo da Administração Indireta, supõe-se maior celeridade em função da edição de regulamento próprio para as licitações, ainda que regidas pela Lei nº 8.666/1993. Em relação às OSS, percebe-se certa flexibilidade por não estarem submetidas às normas do direito público, com suas obrigações sendo estabelecidas com base em contratos de gestão. Por fim, as compras realizadas pelas PPPs não estão sujeitas às restrições impostas às demais modalidades.

A contratação de OS para executar serviços de saúde pública, popularmente conhecida como “Gestão por Organizações Sociais”, que conforme dispositivos legais deveria ser um serviço complementar ao SUS, tem sido contratada em alguns Estados como a substituição da Gestão da Administração Direta. O que temos no Brasil é a disseminação de grupos empresariais figurando como OS, de grupos que atuam de forma cada vez mais ampla assumindo gradativamente a função da Secretaria de Saúde. (Brasil, 2018)

Assim, pode-se dizer que o sistema público de saúde no Brasil, um dos maiores do mundo, ainda padece pela má gestão e pela falta de investimentos. Quem sofre é a própria população que enfrenta a escassez de serviços e pouca ou quase nenhuma qualidade no atendimento. Há falta de médicos (acredita-se que a proporção médico paciente seja de 1:470); falta de leitos, falta de investimentos e falta ou grande espera para atendimento. (Brasil, 2018)

Entendo, desta forma, que embora a prestação de cuidados e o atendimento a todos, sem privilégio, seja um objetivo a ser atingido, ainda estamos muito distantes desta realidade. Faltam leitos, sobretudo nas Unidades de Terapia Intensiva (UTI), faltam atendimentos médicos especializados (atenção terciária) e faltam marcações de consultas de forma eficiente.

Independentemente do setor público ou privado, é importante ressaltar que os gestores podem criar estratégias e modificar questões de acesso, custos e qualidade de atendimento. No entanto, é também importante destacar que nem sempre está nas mãos do gestor modificar a qualidade, pois há situações que estão acima de suas possibilidades de resolução, como por exemplo, escassez de leitos, recursos financeiros restritos, burocratização dos sistemas entre outros.

3 CONCLUSÃO

Este artigo teve por objetivo geral analisar aspectos relacionados à pandemia do COVID-19, destacando especialmente seu impacto jurídico no sistema constitucional vigente. Os principais resultados obtidos demonstraram que, decorrente deste sistema, tem-se um federalismo descentralizado e assimétrico, com dificuldades para lidar com problemas sanitários decorrentes da crise instalada pelo coronavírus, que representou, na verdade, uma oportunidade para se repensar, de forma crítica, o próprio direito à saúde no Brasil, bem como a visão que a tradição jurídica hegemônica tem dele a partir de uma perspectiva colonial.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Flavia. Descomplicando Direito Constitucional. 3. ed. Recife: Armador, 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2015.
- BOURDIEU, Pierre. A Distinção: crítica social do julgamento. 1979.
- COSTA, F. V.; PINTO, A. A. Discurso de ódio e os limites jurídico-constitucional-democráticos da imunidade parlamentar na Constituição Federal de 1988. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 43, 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3ª Ed. Curitiba: Positivo, 2020.

JACQUES, Paulino Ignácio. Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. Constituição Do Brasil Comentada e Legislação Constitucional. 9ª ed. São Paulo, 2013. (Editora Atlas S.A.).

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MOTTA, Sylvio. Direito constitucional. São Paulo: Forense, 2019.

MORAES, A. de. Direito constitucional. 36. edição, São Paulo: Atlas, 2020.

NASCIMENTO, Paulo Afonso. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PADILHA, Rodrigo. Direito constitucional. São Paulo: Forense, 2018

ROCHA, Ari Ferreira de. Direito constitucional. 13 ed. rev., ampl. e atual. até fevereiro de 2017.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. Saraiva, 2022.

20A PROTEÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS

Mônica Cameron Lavos Francischini
Ana Karla Aiolfi Hurtado

RESUMO: O presente trabalho visa, inicialmente, abordar os direitos fundamentais dos idosos, demonstrando brevemente as proteções previstas na Constituição Federal, bem como, demonstrar-se-á a evolução, o conceito do envelhecer e os posicionamentos doutrinários a respeito dessa população. Em seguida, será abordado a questão das políticas sociais sobre os direitos dos idosos utilizados no Brasil para proteção e divisão de responsabilidades perante a proteção dos idosos, quais sejam, a Constituição Federal, o Estatuto do Idoso, o Plano Nacional do Idoso e instrumentos e conselhos de direito do idoso, abordando a questão de assistência social básica que deve ser aplicada efetivamente no dia a dia da população brasileira idosa. Por fim, além das obrigações e deveres previstos em Lei, será brevemente demonstrado a obrigação do Estado, no que tange ao dever de controle da atividade social e da fiscalização da aplicação dos direitos dos idosos, não obstante, o dever e a obrigação familiar perante o idoso.

PALAVRAS-CHAVE: Idosos. Direitos. Proteção. Legislação.

ABSTRACT: The present work aims, initially, to approach the fundamental rights of the elderly, briefly demonstrating the protections provided for in the Federal Constitution. As well as the evolution, the concept of aging and the doctrinal positions regarding this population will be demonstrated. Then, the issue of social policies on the rights of the elderly used in Brazil for protection and division of responsibilities for the protection of the elderly will be addressed, namely, the Federal Constitution, the Elderly Statute, National Plan for the Elderly and instruments and advice of rights for the elderly, addressing the issue of basic social assistance that must be effectively applied in the daily life of the elderly Brazilian population. Finally, in addition to the obligations and duties provided for by law, the State's obligation will be briefly demonstrated, with regard to the duty to control social activity and to supervise the application of the rights of the elderly, notwithstanding, the family's duty and obligation to the old man.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Seniors. rights. Protection. Legislation.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

De todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, o presente trabalho abordará o ponto em relação a assistência aos desamparados, elencado no rol de direitos sociais, precisamente em seu artigo 203, que estabelece que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Em seguida, destacar-se-á uma relevante questão social, mais precisamente em relação a população idosa. Embora o idoso possua proteção Constitucional, bem como proteção no Estatuto do Idoso, através da Lei nº 10.741/03, considerando a necessidade de ser implantado mecanismos que atentem quanto às necessidades das pessoas idosas, a fim de obter estratégias de preparação das pessoas para a fase idosa, pois, não basta apenas

criar programas que arrecadam fundos, necessita-se de programas que realmente apliquem os fundos arrecadados.

No mesmo esboço, será demonstrado a evolução das políticas sociais relacionadas aos direitos dos idosos, voltada a atenção no Estatuto do Idoso, considerando o grande avanço na legislação brasileira. Nesse sentido, Teixeira (2008, p. 296) destaca que o Estatuto constitui uma “nova cultura de fazer política social, aquela que divide responsabilidades sociais no trato das refrações da questão social.

Não obstante, os pontos acima mencionados, vale ressaltar que como complementação dos direitos e garantias da população idosa no Brasil, a assistência social, possui um papel importante (em conjunto) com o dever da sociedade, da família e do Estado, considerando que seus programas de mediação possuem grande força na participação e gestão dos serviços disponibilizados pelo Estado.

Assim, após abordar todos os pontos norteadores das proteções e garantias dos idosos, se destacará, o papel da família em relação a proteção e amparo as pessoas idosas, não somente demonstrando as obrigações legais, mas também, levantando a questão de que, a família cabe a obrigação moral, pois a pessoa idosa, hoje, necessita de cuidados das pessoas que um dia dedicou sua vida para cuidar e educar.

Portanto, além da obrigação Estatal, conforme disposições expostas na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso, há a obrigação conjunta, da sociedade, da família, e a do Estado. A balança não pode pesar somente para um lado, ela tem que se manter equilibrada, para que assim, nenhum lado seja punido, e nenhum idoso sofra as consequências de um desamparo injusto.

Com a finalidade de alcançar os objetivos propostos, o método escolhido para elaboração do presente trabalho foi a utilização de pesquisa bibliográfica e abordagem dedutiva, tendo em vista os estudos abordados sobre o assunto que compreende a posição doutrinária a respeito da temática abordada.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS

Os direitos fundamentais dos idosos estão tutelados na Constituição Federal de 1988, e também em legislações infraconstitucionais posteriores, em especial o Estatuto do idoso, que será abordado neste presente trabalho posteriormente.

Neste primeiro capítulo, além da análise dos dispositivos legais referentes ao tema, observará a evolução da proteção dos idosos, que contribuíram para a tutela e efetivação dos direitos fundamentais dos idosos.

Os Direitos Fundamentais tem como finalidade principal o respeito a sua dignidade, proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Nesse mesmo sentido, Flávia Piovesan (2014, p. 2) aduz que esses direitos “refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social”. Fazendo o uso das palavras de Joaquim Herrera Flores, a autora afirma que “os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana”.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 vem servindo como parâmetro de validade para todas as demais espécies normativas. Ela classifica o gênero “direitos e garantias fundamentais” em importantes grupos, quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º), direitos sociais (artigos 6º e 193 e seguintes), direitos de nacionalidade (artigo 12), direitos políticos (artigos 14 a 17).

Os direitos fundamentais estão diretamente ligados a vários princípios, mas em especial, ao princípio da dignidade da pessoa humana, que abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade, segundo Ingo Sarlet (2021, p. 67).

No primeiro artigo da Constituição Federal está previsto o princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, consagrado pelo constituinte como valor nuclear da ordem constitucional. Há uma íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito (DIAS, 2019, p. 65)

A Constituição Brasileira de 1988 é resultado de um processo de redemocratização do país, conhecido como “Constituição Cidadã”, por ser considerada a mais completa entre as constituições brasileiras e destacar garantias ao acesso à cidadania.

O primeiro dos direitos individuais e coletivos é o direito à vida, previsto de forma genérica no caput do artigo 5º da Constituição Federal. Tal disposição não se refere apenas ao direito de continuar vivo, como também ao direito de ter uma vida digna.

O princípio da igualdade (também constante no artigo 5º da Constituição Federal) visa buscar não somente a aparente igualdade formal, mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades (LENZA, 2011, p. 861)

De todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, destaca-se, nesse momento, a assistência aos desamparados, elencado no rol de direitos sociais, precisamente em seu artigo 203, que estabelece que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Os direitos sociais são necessários para a população idosa, visto que estes necessitam da prestação de serviços do Estado, amparando e protegendo suas necessidades e direitos, ou seja, em inúmeros casos, os idosos são dependentes da assistência do Estado para sobrevivência.

De acordo com Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014, p. 73-74):

[...] e tornar-se velho é um direito humano fundamental, já que é a própria expressão do direito à vida, que precisa ser garantida até quando a programação biológica permitir. Ademais, a velhice é decorrência de condições sociais favoráveis de existência ou dos avanços da tecnologia médica ou ainda de ambos. Se resultado de condições favoráveis de existência, ótimo, o Estado cumpriu seu papel; se não, a dignidade humana está sendo aviltada, porque o modelo social tendo permitido que as pessoas vivam mais, precisa assegurar-lhes condições mínimas de existência, dentro das conquistas incorporadas ao patrimônio comum da humanidade. Sendo assim, a velhice é um direito humano fundamental, porque expressão do direito à vida com dignidade, direito essencial a todos os seres humanos. Ademais, a velhice cumpre uma função social de extrema importância, que é justamente a de facilitar a continuidade da produção humana na ordem dos valores, daquilo que pode justificar a vantagem de viver e assegurar a qualidade de vida.

Logo, se todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal for observado e respeitado, como a dignidade da pessoa humana e outros, alcançar na “velhice” além de ser uma vitória, terá como base o direito fundamental do ser humano, mas, para que isso ocorra com saúde, seus direitos respeitados, e a devida assistência do Estado prestada, é primordial a conscientização da sociedade no sentido de que a terceira idade é uma fase que atingirá a grande maioria, e que garantir uma vida digna aos idosos é proteger seu próprio futuro.

A PROTEÇÃO DOS IDOSOS PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 observou recentemente o surgimento de novas legislações que protegem com exclusividade os idosos, prevendo direitos e políticas públicas que preconizam o bem-estar, saúde, inclusão social, dentre outros fatores que lhe garantem a todos uma vida com dignidade.

Com o advento da Constituição de 1988 foi possível prever os direitos fundamentais do idoso, momento em que o legislador apontou a dignidade do ser humano como um dos pilares basilares da República Federativa, e ainda, reconhecendo as limitações e dificuldades vivenciadas pelos idosos para sua sobrevivência.

Nesse mesmo sentido, dispõe o art. 230 da Constituição Federal:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (grifo nosso)

Da análise do art. 230 da Constituição Federal, verifica-se que o preceito não diz respeito apenas à assistência material ou econômica, mas também às necessidades afetivas e psíquicas dos idosos.

A Constituição da República prevê ainda em seu artigo 1º, e em seus incisos I e III, os princípios fundamentais, afirmando que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Com a previsão na Constituição, o exercício da cidadania permite que o cidadão idoso participe da sociedade política, tornando, assim, a dignidade da pessoa humana como fundamental para garantir diversos direitos a todas as idades, em especial aos idosos.

O artigo 3º, inciso IV da Constituição, tem como objetivo tutelar o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, de modo a atingir também população idosa, que deve ser respeitada, tutelada e jamais discriminada.

Já o artigo 5º inciso XLVIII, no mesmo sentido, destaca a igualdade perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, e ainda, garante o direito de ter-se resguardada a integridade física em razão da idade em estabelecimentos prisionais.

Após a Constituição Federal de 1988 ocorreu a edição de dois importantes textos legislativos brasileiros, que trataram exclusivamente do tema referente ao idoso, quais sejam, a Lei 8.842 de 4 de janeiro de 1994, que instituiu a Política Nacional do Idoso, e a Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003, que sobreveio praticamente 10 (dez) anos após a primeira, com um caráter um pouco mais afirmativo, nesse mesmo sentido Ruth Santos (2005, p. 88):

De um modo geral, podemos perceber que a questão do envelhecimento no Brasil, nesses últimos 30 anos, deu um verdadeiro “salto qualitativo”, se comparado aos anos anteriores, pois aos poucos conseguiu acrescentar na agenda da política social do país o atendimento às pessoas idosas. Primeiro, com a criação de medidas previdenciárias de ampliação das formas de proteção social ao segurado idoso. Em seguida, com a criação de organismos de representação social e política, fóruns para assegurar, constitucionalmente, proteção social e, finalmente, a criação da Política Nacional do Idoso.

Para Ramos (2014, p.157) as Leis 8.842/94 e 10.741/03 merecem maior destaque, pois “essas duas leis foram essenciais para a consolidação no Brasil de que as pessoas idosas são sujeitas de direitos e merecem a máxima proteção da sociedade e do Estado”, sendo leis que vieram a reforçar a natureza da própria Constituição, sendo fiéis aos seus valores, princípios e fundamentos.

Segundo Ruth Santos (2005, p. 39), com o advento dos direitos dos idosos, foi necessário criar um vocabulário para designar mais respeitosa a representação dos “jovens” aposentados, já que “velhice” era associado a pessoas pobres e inativas. Ainda sobre o surgimento do termo “terceira idade”, a autora consignou:

Para alguns estudiosos do envelhecimento, a Terceira Idade seria uma invenção recente das sociedades ocidentais capitalistas para conceituar uma nova etapa de vida entre a idade adulta e a velhice. Nova etapa que estaria empurrando para mais adiante a concepção de velhice e abrigaria até a existência de um sentido de negação da velhice. Para atender a esse novo segmento da sociedade, “os jovens aposentados”, fez-se necessária a criação de um novo mercado: turismo, produtos de beleza e alimentares, bem como novas instituições e categorias profissionais: gerontólogos, geriatras, centros de convivência, de lazer e outros desse tipo.

A Constituição brasileira é a base principal da proteção dos idosos. Segundo Ramos (2017, p.120), os fundamentos da República, expressos na Constituição Federal, são de capital importância para que os velhos sejam vistos pela sociedade brasileira como titulares de direitos, direitos esses que não prescrevem com a idade.

Contudo, não basta apenas legislar sobre a proteção aos idosos na constituição ou legislação infraconstitucional, infelizmente não é garantia de sua devida eficácia. Ao criar as disposições legais, é preciso ainda, que o ordenamento jurídico tenha força normativa, que os agentes responsáveis pelo seu cumprimento

efetivamente o coloquem em prática, além de objetivo de proteger os que necessitam, respeitem o seu direito a uma vida digna.

Nesse sentido, a Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Rosana Beraldi Bevervanço (2020) acrescenta que:

O maior desafio reside no cumprimento dos preceitos constitucionais e legais pelos governantes, em todas as esferas. Também, no que diz respeito ao Judiciário, em uma interpretação progressista, no sentido de que fixe como algo inafastável as políticas públicas fundamentais, necessárias para conferir às pessoas uma vida digna. Essas políticas não vêm sendo cumpridas pelo Executivo, nos diferentes níveis: federal, estadual e municipal. Algumas atualizações na legislação são necessárias, mas o fundamental é o cumprimento dos preceitos constitucionais já estabelecidos. Um exemplo: na área do idoso, o Ministério Público do Paraná defende incansavelmente a instituição de alternativas ao asilamento, tomando o asilamento sempre como exceção. O poder público precisa instituir essas formas alternativas ao asilamento. Entretanto, há grande dificuldade de assimilação disso por parte do Executivo, apesar de elas serem mais dignas para o idoso e mais baratas para o poder público. Falta um aprimoramento cultural da nação para que seja cumprida a Constituição Cidadã. (MPPR, 2020)

Nesse mesmo sentido, Ana Maria Viola de Souza (2011, p.9):

A preocupação com a real situação dos idosos em nosso país nos levou a repensar formas ou meios que conduzissem o legislador e o aplicador do direito a fazer justiça a essa camada crescente em nossa sociedade. [...] Contudo, direitos apenas formalmente inseridos na lei não conferem aos idosos a dignidade, o respeito, e a integração no novo modelo da sociedade atual e nem mesmo na futura.

O Ministério Público do Estado do Paraná, em matéria produzida pela Procuradora de Justiça Rosana Beraldi Bevervanço (2020) informou que o envelhecimento chegou no Brasil, e Projeções do Iperdes (Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social) indicam que em 2040 a proporção de idosos no Paraná passará dos atuais 9,2% da população para 19,9%, ultrapassando a faixa de pessoas de até 14 anos, que deverá cair de 20,8% para 14,6% no mesmo período, aduziu ainda que:

Apesar desse envelhecimento, as políticas públicas voltadas ao idoso pouco evoluíram. É preciso ressaltar que a Constituição de 88 trouxe a questão da cidadania participativa, abrindo caminho para a criação dos conselhos de direitos, que possibilitam a participação da sociedade em decisões de formulação de políticas públicas, como acontece nos conselhos (nacional, estaduais e municipais) de direitos do idoso e da pessoa com deficiência. Isso vem trazendo uma conscientização muito grande, um clamor pela efetivação dessas políticas, mas ainda há lentidão na sua execução (MPPR, 2020)

Portanto, considerando o fato de que a população idosa é uma população vulnerável perante os demais, verifica-se que embora estejam tutelados na Constituição Federal, estes merecem e necessitam, pelo princípio da dignidade humana, que seus direitos sejam efetivados e realmente aplicados, com a criação de departamentos com pessoas capacitadas e aptas a proteger e aplicar os direitos dos idosos.

A EVOLUÇÃO DO ENVELHECIMENTO NO BRASIL

O ciclo da vida, como evolução do envelhecimento, é considerado um fator primordial para efetivação de vida com qualidade, para que essa fase seja vista como uma possibilidade de vida.

Sendo assim, oportuno introduzir os aspectos relevantes do processo de envelhecimento no Brasil, para que assim, seja observado a importância dos direitos a serem tutelados para essa fase da vida.

A GERONTOLOGIA SOCIAL

O processo de envelhecimento não é padronizado, não é tabelado, cada ser humano terá um processo de envelhecimento, tornando essa fase um período conflitante. Pode-se dizer, que não há um consenso sobre quando iniciará o envelhecimento, no entanto, há uma série de conceitos e estudos que levam a gerontologia a duas ponderações:

A filosofia, as artes e a literatura de alguma maneira recorrem a esta bagagem. Dentro delas, uma linha de pensamento reflete a crença de que prolongar a vida não é possível, nem desejável, outra linha alternativa enfatiza o desejo de prolongar a vida. São duas formas de pensar que se encontram enraizadas com as teorias passadas e atuais sobre o envelhecimento, duas formas opostas de pensar que recorrem à realidade e o desejo, que formam parte de numerosos mitos e idéias culturais sobre o envelhecimento (DUARTE, 1999, p. 37)

Os estudos da gerontologia possibilitaram o entendimento das alterações estruturais do organismo, limites entre senescência e senilidade, processos patológicos que são comuns nas idades mais avançadas da vida, entre o envelhecimento saudável ou bem-sucedido, motivos pelos quais a morbidade e a taxa de mortalidade são maiores nos idosos que nas outras pessoas (BORGONVI, 2002, p. 179)

Fraiman (1995, p. 26) afirma que “Gerontologia é uma macrociência que estuda o envelhecimento nos seus múltiplos aspectos biopsicossociais, enfocando tanto os grupos de idades, quanto as fases ou ciclos do desenvolvimento humano”.

No entanto, considerando o Estado Democrático de Direito em que a sociedade brasileira se encontra desde séculos atrás, importante ressaltar, que nesse percurso houveram muitos impedimentos para que os avanços fossem mais produtivos, como a falta de recursos financeiros, a ausência de capacitação que direcionassem práticas experimentais e o comprometimento da classe médica.

De acordo com Borgonvi (2002, p.4) o investimento numa criança tem um retorno potencial de 50 a 60 anos de vida produtiva, enquanto cuidados médicos sociais direcionados à manutenção de uma vida saudável de um idoso não podem ser encarados como investimento. São, na verdade, um dever da sociedade para com aqueles que deram tanto de si para as gerações futuras.

Além de se ponderar a questão do dever da sociedade, destaca-se que a sociedade também deve dispor de meios, ferramentas, estudos entre outros mecanismos, para garantir uma vida digna aos idosos, para que quando haja decisão sobre a questão financeira dos idosos, não haja discrepância, como se não tivessem as mesmas necessidades nem os mesmos sentimentos dos outros indivíduos. Nesse caso, bastaria conceder-lhes benefícios em forma de direitos para que a sociedade se sinta desobrigada em relação a eles.

[...] a imagem que a sociedade propõe ao idoso é a do sábio aureolado de cabelos brancos, rico em experiência e venerável, que domina de muito alto a condição humana; se dela se afasta, cai no outro extremo: a imagem que se opõe à primeira é a do velho louco, que caduca e delira e de quem as crianças zombam (BEAUVOIR, 1990, p. 51)

Por essa razão, é que se considera, a importância das políticas sociais que atendam a população idosa, tanto na legislação quanto na vida cotidiana, como direito e benefício de prestação continuada de serviços para os que mais necessitam.

O ENVELHECER E SEUS CONCEITOS

No homem, o envelhecimento, chamado de senescência, vem acompanhado da diminuição das capacidades e reservas biológicas, aumentando a vulnerabilidade às alterações orgânicas e funcionais (BEAUVOIR, 1990)

De acordo com Dardengo et al. Mafra (2018) uma das conquistas da humanidade foi o aumento dos anos de vida, além de uma melhoria na saúde da população idosa. Chegar à velhice, que antigamente era privilégio de

poucas pessoas, hoje é comum, mesmo em países subdesenvolvidos. Porém, esta conquista se transformou em um dos grandes desafios para o século XXI.

Há alguns séculos, a “velhice” era vinculada à pobreza, à inatividade, à quietude. Somente a partir da década de 1960 novas imagens são integralizadas e associadas ao processo de envelhecimento, quais sejam, a saúde, atividade, aprendizagem e satisfação pessoal (SIMÕES, 1998).

Os sinais característicos da mudança do corpo do ser humano ao envelhecer é nítido, ao ponto que em alguns destacam-se as mudanças físicas, em outros as mudanças psicossociais, e até mesmo as mudanças funcionais e socioeconômicas, que, querendo ou não, influenciam muito no decorrer da vida, fazendo com que possa envelhecer até precocemente.

A velhice, segundo Dardengo e Mafra (2018):

Apresenta à humanidade uma etapa representativa da decadência, declinação e que antecede a morte. A palavra velhice é carregada de significados como inquietude, fragilidade, angústia, ou seja, é rodeada de concepções falsas, temores, crenças e mitos. A imagem que se tem da velhice, através de fontes históricas, varia de cultura em cultura, de tempo em tempo e de lugar em lugar. Esta imagem reafirma que não existe uma concepção única ou definitiva da velhice, mas sim concepções incertas, opostas e variadas através da história.

Na concepção de Rodrigues e Soares (2006) a abordagem do conceito do envelhecimento inclui a análise dos aspectos culturais, políticos e econômicos, valores, preconceitos e símbolos que atravessam a história das sociedades, por isso é um processo contínuo.

Ainda é preciso ver o processo de envelhecimento como uma fase normal e produtiva do ser humano, na qual a pessoa pode ter ganhos e perdas. Os ganhos, nem sempre realçados nesta etapa, podem permitir que as perdas não fiquem tão evidentes, mobilizando o sujeito em processo de envelhecimento buscar um novo sentido nesta etapa do curso da vida (RODRIGUES; SOARES, 2006).

Estudos têm dividido o envelhecimento em diversos processos, o doutrinador Neri (2001, p.10) sistematiza esse período de vida em três etapas:

Envelhecimento Primário, como sendo influenciado por fatores genéticos que são normais a todos os seres humanos após período pós-reprodutivo, que afeta o organismo, diminuindo a capacidade de adaptação. O Envelhecimento Secundário ou Patológico refere-se a alterações causadas por doenças associadas ao envelhecimento (esclerose múltipla, demência senil). O Envelhecimento Terciário ou Terminal indica um grau intenso de perdas físicas e cognitivas em um período curto que leva à morte.

De modo geral, entende-se a velhice como sendo um conjunto de fatores dinâmicos, em constante mudança, visto através de um contexto histórico e cultural, ligado a fatores psicológicos, genéticos, emocionais e sociais (DARDENGO;MAFRA, 2018)

Outros aspectos sociais que envolvem o envelhecer são marcados pelo alto índice de feminização desse segmento e o aumento de casos de violência contra o idoso, “as relações de violência social, na ausência de recursos internos e de condições institucionais, inibem a qualidade de operações mentais e dimensionam restritivamente a afetividade” (BOTH, 2000, p. 30).

A repercussão quanto à importância e consequências que o aumento da expectativa de vida retrata na sociedade brasileira, pode ser melhor clarificada quando se percebe o impacto em termos quantitativos do crescimento do segmento idoso conforme indica o item que segue, pois o idoso “e as suas formas de entender o mundo é mais uma questão de existência que flui de acordo com oportunidades e escolhas na interação do sujeito com outros” (BOTH, 2000, p. 30)

Segundo Renato Veras (2007):

“O Brasil é um jovem país de cabelos brancos. Todo ano, 650 mil novos idosos são incorporados a população brasileira, a maior parte com doenças crônicas e alguns com limitações funcionais. Em menos de 40 anos, passamos de um cenário de mortalidade próprio de uma população jovem para um quadro de enfermidades complexas e onerosas, típicas da terceira idade, caracterizado por doenças crônicas e múltiplas, que perduram por anos com exigência de cuidados constantes, medicação contínua e exames periódicos. O número de idosos passou 3 milhões em 1960, para 7 milhões, em 1975, e de 17 milhões em 2006- um aumento de 600% em menos de cinquenta anos.” (VERAS, 2007, p. 2464)

Sendo assim, há a necessidade de ser implantado mecanismos que atentem quanto às necessidades das pessoas idosas, a fim de obter estratégias de preparação das pessoas para a fase idosa, pois, não basta apenas criar programas que arrecadam fundos, necessita-se de programas que realmente apliquem os fundos arrecadados a favor do envelhecimento saudável e digno.

A EVOLUÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS RELACIONADAS AOS DIREITOS DOS IDOSOS

No Brasil, inicialmente os direitos da população idosa era prevista somente na Constituição Federal. No entanto, ao longo dos anos a sociedade observando a necessidade de complementação e especificação, foi instituída legislação específica foi criada para garantir ainda mais a aplicabilidade dos direitos dos idosos.

Em 1º de outubro de 2003, foi aprovado no Congresso Nacional a Lei nº 10.741, para reforçar os direitos dos idosos, determinando ações e procedimentos que visam a abertura de uma sociedade civil voltada a proteção do idoso, normatizando as diretrizes da política setorial e responsabilizando a sociedade civil sob o fundamento da participação social.

A Lei no 10.741/2003 estrutura-se enquanto “Estatuto” para referendar seu alto teor de relevância e significação quanto ao atendimento prestado ao idoso, como mecanismo de promoção de comportamento eticamente mais avançado. Baseado na compreensão consciente da necessidade de se respeitar e promover os direitos da população idosa como uma nova possibilidade de respeito a esse processo, “não se cria o respeito aos mais velhos, isso só será obtido culturalmente com a educação da população [...] mas suscita o hábito e, com isso, e o passar do tempo, talvez logre copiar a Europa e o Japão” (MARTINEZ, 2004, p. 14)

O comprometimento com os mais velhos, mesmo que haja determinações legais já instituídas para sua execução, depende da força dos movimentos reivindicadores; “a organização dos agentes sociais e especialmente dos mais velhos, com seus projetos convenientes, é o primeiro passo para a gestão social promotora de regulamentações com novas imagens de identidade tardia” (BOTH, 2000, p. 185)

O Estatuto destaca o Plano Nacional do Idoso, que diz respeito ao controle social e fiscalização, quando define a responsabilidade do governo; conforme dispõe o artigo 9º: “É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade” (BRASIL, 2003)

Além do referido plano, a Lei prevê instrumentos e conselhos de direito do idoso, instituídos a fim de priorizar a preservação dos vínculos familiares, as participações em atividades comunitárias e preservação de identidade e respeito a sua dignidade.

Ademais, a Lei nº 10.741/2003 prevê as penalidades para a família, sociedade civil e entidades que não cumprem com os seus deveres, tanto por meio de advertências, multas e suspensões de repasse de verbas, e ainda, possíveis interdições e reclusões em casos extremos.

Neste sentido, Teixeira (2008, p. 296) destaca que o Estatuto constitui uma “nova cultura de fazer política social, aquela que divide responsabilidades sociais no trato das refrações da questão social”

O DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Assistência Social, pela mediação dos seus programas, pode criar condições efetivas de participação de seus usuários na gestão e controle dos serviços que produz e opera, contribuindo, desse modo a ruptura da cultura

da tutela que permeia as ações assistenciais e, ao mesmo tempo, para a emancipação de seus assistidos (SPOSATI, 2001, p.15).

A política de Assistência Social é baseada pela Constituição Federal de 1988, Lei Orgânica de Assistência Social – Lei no 8.742/93 – e pela Norma Operacional Básica de 2005, que disciplina a operacionalização da gestão da política de assistência social por meio da construção do Sistema Único de Assistência Social (PÊSSOA, 2010, p.117).

A função da assistência social é a de prover proteção à vida, reduzir danos, monitorar populações em risco e prevenir a incidência de perigo à vida, ante as situações de vulnerabilidade da pessoa idosa.

Historicamente as políticas públicas brasileiras se renovam, conservando em sua instituição e execução o caráter fragmentário, setorial e emergencial, “sempre sustentada pela imperiosa necessidade de dar legitimidade aos governos que buscam bases sociais para manter-se e aceitam seletivamente reivindicações e até pressões da sociedade” (VIEIRA, 1997, p. 68).

Nesse sentido, pode-se dizer que há necessidade de cobrança social, considerando que:

O Estado, com suas funções executiva, legislativa e judiciária, move-se na gestão social de acordo com as exigências dos cidadãos. A qualificação do período compreendido pela terceira idade da vida adulta e das suas várias idades depende da força dos protestos reivindicativos e dos resultados práticos nas diversas áreas de carência. A sistematização de programas na área da educação, da saúde, da seguridade social, da inserção social incentivada, da habitação e da habitabilidade pode revelar uma nova face humana para a velhice (BOTH, 2000, p. 183-4).

Dessa forma, pode-se dizer que a Assistência Social necessita de fortalecimento, mudanças, melhorias, para que a população idosa consiga acesso aos serviços fornecidos pelo Estado e Município:

O Sistema Único de Assistência Social indica a necessidade de fortalecimento de uma rede socioassistencial como um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, que ofertam e operam benefícios, serviços, programas e projetos, o que supõe a articulação dentre todas estas unidades de provisão de proteção social com base no território, para superar a fragmentação na prática dessa política, o que supõe constituir ou redirecionar essa rede, na perspectiva de sua diversidade, complexidade, cobertura, financiamento e do número potencial de usuários que dela possam necessitar. Dividiu-se a política de atendimento em níveis de gestão inicial, básica e plena (em que o atendimento pode ser de proteção de média e alta complexidade). Cabe aos municípios adequarem-se aos requisitos que cada nível de gestão exige para ter acesso a verbas e execução de programas e projetos (...) (PÊSSEGO, 2010, P.119)

Portanto, há necessidade de melhorias nas políticas públicas em relação a assistência social, considerando que os idosos possuem direitos e necessidades a serem observadas.

PROTEÇÃO SOCIAL BÁSICA

Não basta apenas previsão legal dispor a respeito de direitos, garantias e deveres quanto a proteção básica da população idosa, necessita-se também, da proteção social básica, em conjunto, para que não somente haja responsabilidade da sociedade e da família, mas também, que o Estado, considerando os direitos fundamentais dos idosos previstos na Constituição Federal, tenha papel fundamental, tanto no controle quanto na fiscalização da aplicabilidade das garantias de sobrevivência digna dos idosos.

O PAPEL DO ESTADO NO CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO DE ATENDIMENTO AO IDOSO

O Conselho Federal, o Estadual e o Municipal não só fiscalizam, mas acompanham e avaliam a política nacional do idoso, dentro de suas áreas de atuação. Acima de suas atribuições, ainda, os conselhos formulam, coordenam e supervisionam também a política do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas (PÊSSEGO, 2010, p.131).

Os Conselhos do Idoso no Brasil, previstos em lei específica para exercer a supervisão, o acompanhamento, a fiscalização e a avaliação da política nacional do idoso, no âmbito da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, constituem uma nova categoria de órgão deliberativo, de caráter público e representação paritária, de grande aceitação nacional (PÊSSEGO, 2010, p.131)

O Estatuto do Idoso determina aos Conselhos do Idoso, como gestores de política pública, a responsabilidade de realizar “a supervisão, o acompanhamento, a fiscalização, e a avaliação da política nacional do idoso” (PEREIRA, 2007, p. 10).

O Estatuto do Idoso define como critérios às entidades de atendimento ao idoso as responsabilidades a seguir:

Oferta de acomodações apropriadas para recebimento de visitas; proporcionar cuidados à saúde, conforme a necessidade do idoso; promoção de atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer; propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças; proceder o estudo social e pessoal de cada caso; comunicar à autoridade competente de saúde toda ocorrência de idoso portador de doenças infectocontagiosas; providenciar ou solicitar que o Ministério Público requisite os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem, na forma da lei; fornecimento de comprovante de depósito dos bens móveis que receberem dos idosos; arquivo de anotações no qual constem data e circunstâncias do atendimento, nome do idoso, responsável, parentes, endereços, cidade, relação de seus pertences, bem como o valor de contribuições, e suas alterações, se houver, e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento; e formação de quadro de pessoal de profissionais com formação específica (BRASIL, 2003)

Assim, a função de supervisionar a aplicabilidade dos direitos previstos na Constituição Federal, bem como no Estatuto do Idoso, é obrigação do Estado e da sociedade, é obrigação também assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis, conforme dispõe o art. 10 do referido Estatuto.

O PAPEL DA FAMÍLIA

De acordo com a Constituição Federal, em seus artigos 229 e 230, a família possui a obrigação de amparar seus familiares idosos, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar, para que assim, seja garantido o direito à vida.

Não obstante, preconiza o §1º do artigo 230 que, a execução dos programas de amparo aos idosos deve ser realizado preferencialmente em suas casas.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) apresenta inúmeros direitos e prerrogativas dos idosos, reconhecendo as necessidades especiais das pessoas com sessenta anos ou mais e determinando às pessoas (família, comunidade) e ao Estado deveres e posturas (ANGIOLETTI, 2020).

Sobre o tema, afirma Alonso (2005, p.171):

O amparo ao idoso é, assim, responsabilidade primária da família, onde a internação asilar só deve ser realizada em hipóteses últimas, nos casos em que haja impossibilidade da família em prestar o atendimento adequado ou em circunstâncias em que seja necessário o acompanhamento profissional em instituições especializadas

De acordo com Débora Gozzo (2021) o país conta com aproximadamente vinte e oito milhões de pessoas acima de 60 (sessenta) anos, o que corresponde a cerca de 13% por cento da população do país.

Quando falamos no direito dos idosos e deveres dos filhos e familiares, o Código Civil, segundo Ariane Angioletti (2020) destaca a obrigação de natureza alimentar entre ascendentes e descendentes. Importante frisar que os alimentos serão fixados considerando as necessidades de quem precisa e da capacidade de pagamento daquele que é obrigado a fornecer os alimentos.

Conforme Kaloustian (1998, p.50), é a família que propicia os aportes afetivos e, sobretudo, materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar de seus membros. Ela desempenha um papel decisivo na socialização, com a educação formal e informal; em seu espaço são absorvidos os valores éticos e humanitários, onde se aprofundam os laços de solidariedade. Além de ser em seu interior que se constroem as marcas entre gerações e são observados valores culturais.

Além de possuir essas obrigações, independente do que dispõe a lei, cabe a família cuidar da pessoa idosa, considerando que esta foi quem deu todo o suporte e cuidado durante seus anos de vida a quem, no hoje, deve retribuir o cuidado. Não se trata apenas de obrigação legal, e sim de reciprocidade moral.

A obrigação de cuidar do idoso, é de seus filhos. E, havendo mais de um filho, cada um responderá de maneira proporcional a sua capacidade. Não havendo filhos ou estes não tendo condições de oferecer os cuidados e/ou alimentos necessários, chamam-se os netos (ANGIOLETTI, 2020).

Se o idoso não necessitar de cuidados profissionais (considerando doenças ou algo relacionado), não há motivos para abandono em casas de abrigo.

Assim, quem não prover a manutenção das necessidades básicas do idoso, poderá ser preso por não cumprir sua obrigação, conforme dispõe o art. 13 do Estatuto do Idoso.

Deste modo, cabe a família e ao Estado prover as necessidades básicas para a sobrevivência e a qualidade de vida da pessoa idosa, sendo a família como obrigação moral, e ao Estado como obrigação legal.

CONCLUSÃO

Com o envelhecimento da população brasileira e considerando o conseqüente cenário em que se encontra o País, tornou-se necessário uma atenção maior aos que mais necessitam de cuidados, principalmente, pelo fato de que além de terem seus direitos amparados pela Constituição Federal possuem seus direitos por todo o cuidado e amparo que deu durante a sua vida aos que hoje possuem o dever de retribuir o cuidado.

Através das pesquisas bibliográficas realizadas para elaboração do presente trabalho, verificou-se que embora exista proteção ao idoso previsto na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso, sua efetivação ainda encontra obstáculos, sendo elas, dificuldades de acesso, de amparo e respeito.

Além disso, observou-se ausência de esforços pelo Estado em aplicar no dia a dia os direitos dos idosos, independente da demanda. O Estado não supre as necessidades básicas dos idosos da forma com que deveria e é obrigado, deixando pesar a balança somente de um lado

Se há penalização as famílias que não provem as necessidades básicas das pessoas idosas, porque não há “penalização” ao Estado na mesma imediatidade que ocorre quando é a família que se torna negligente? Ocorre que, a lei existe e, é aplicada para todos, mas não na mesma proporção ao Estado.

Para que a situação se modifique, cabe a sociedade e ao Estado a aplicação das medidas sociais existentes de forma efetiva, uma maior conscientização da sociedade, das famílias, a fim de que o mais importante aconteça, que é a proteção a pessoa idosa.

Conclui-se assim, que, infelizmente são necessárias novas medidas que garantam a efetivação dos direitos fundamentais dos idosos, e que as medidas existentes e que forem criadas sejam atribuídas a pessoas competentes. Pois, garantir uma vida digna, com alimentação saudável, amor e saúde, é o mínimo a ser observado, tanto pelas famílias quanto ao Estado.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Fábio Roberto Bárbolo. Envelhecendo com Dignidade: o Direito dos Idosos como o Caminho para a Construção de uma Sociedade para Todas as Idades. Niterói: UFF, 2005. 171 p. Dissertação, Programa de PósGraduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2005, p. 126.

ANGIOLETTI, Ariane. Quem tem obrigação de cuidar do idoso? 2020. Disponível em: <Quem tem a obrigação de cuidar do idoso? (arianeangioletti.com)>. Acesso em 20 de setembro de 2022.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abril. 2021.

- BRASIL. Estatuto do idoso. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.
- BEAUVOIR, Simone de. A velhice. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.
- BOTH, Agostinho. Conversas sobre a terceira idade ou fragmentos para uma gerontologia. Passo Fundo: Gráfica UPF, 1997.
- BORGONNOVI, Nelson. Biologia e teorias do envelhecimento. In: PAPANETO NETTO, Matheus. Gerontologia - a velhice e o envelhecimento em visão globalizada. São Paulo: Atheneu, 2002.
- DARDENGO, Cassia Figueiredo Rossi; MAFRA, Simone Caldas Tavares. Os conceitos de velhice e envelhecimento ao longo do tempo: contradição ou adaptação?. 2018, Disponível em: <https://periodicos.ufv.br>. Acesso em 18 de setembro de 2022.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65
- DUARTE, Lúcia Regina Severo. Idade cronológica: mera questão referencial no processo de envelhecimento. In: UNIVERSIDADE Federal do Rio Grande do Sul. Estudos Interdisciplinares sobre o envelhecimento. Porto Alegre: UFRGS, 1999. v. 2.
- FRAIMAN, A. P. Coisas da idade. São Paulo: Gente, 1995.
- GOZZO, DÉBORA. Rede de apoio familiar ao idoso e a responsabilidade dos filhos maiores. 2021. Disponível em: <Rede de apoio familiar ao idoso e responsabilidade dos filhos maiores - Migalhas>. Acesso em 20 setembro de 2022.
- KALOUSTIAN, M. (org.) (1998). Família brasileira a base de tudo. São Paulo, Cortez.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 861.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentário ao estatuto do Idoso. São Paulo: LTr, 2004.
- MPPR, Ministério Público do Paraná. Constituição Federal - Idoso - Dispositivos referentes à pessoa idosa. 2020. Disponível em: <Constituição Federal - Idoso - Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça dos Direitos do Idoso (googleusercontent.com)>. Acesso em 10 de setembro de 2022.
- PÊSSOA, Elisângela Maia. Assistência social ao idoso enquanto direito de proteção social em municípios do Rio Grande do Sul. / Elisângela Maia Pessôa. - Porto Alegre, 2010. 243 f.
- PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. São Paulo, 2006. Revista USP n.69. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13511/15329> > Acesso em: 19 abril. 2022, p. 2
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Curso de direito do idoso. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RODRIGUES, L. de S.; SOARES, G. A. Velho, Idoso e Terceira Idade na Sociedade Contemporânea. Revista Ágora, Espírito Santo, n. 4. 2006. Disponível em: <<https://ufes.br/gppghis/agora/>>. Acesso em: 18 setembro de 2022.
- SANTOS, Ruth Brito dos. De volta à cena: um estudo com idosos que trabalham. Fortaleza: UEC, 2005. 148 p. Dissertação, Curso de Mestrado Acadêmico em Políticas Públicas e Sociedade da Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.67.
- SIMÕES, J. A. Velhice e espaço político. In: LINS DE BARROS, M. (Org.). Velhice ou Terceira Idade? Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998.
- SOUZA, Ana Maria Viola de. Tutela Jurídica do Idoso: a assistência e a convivência familiar. 2. ed. Campinas: Alínea, 2011, p. 9
- SPOSATI, Aldaíza de Oliveira. A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise. São Paulo: Cortez, 2003.
- VIEIRA, Evaldo. As políticas sociais: concepção e modelos analíticos. Revista Serviço Social e Sociedade, São Paulo: Cortez, ano XVIII, n. 53, mar. 1997.
- VERAS, Renato. Fórum envelhecimento populacional e as informações de saúde do PNAD: demandas e desafios contemporâneos. Rio de Janeiro: Cad. Saúde pública, 2007.

21 NOÇÕES DE JUSTIÇA EM ARISTÓTELES: A EQUIDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

GUTEMBERG FREIRE
SERGIO AUGUSTO MEDRADO JUNIOR

RESUMO: O presente trabalho se justifica em virtude da preocupação com relação a justiça no âmbito jurídico, demonstrando assim a devida importância social que a mesma possui intrínseca em si, pois aos aplicadores do direito é de responsabilidade observar e analisar as nuances com relação a efetiva aplicabilidade das normas na sociedade em questão, tendo como objetivo verificar sua maior efetividade e coerência. Será necessário analisar os paradigmas em torno das desigualdades da sociedade, a aplicabilidade quanto a equidade, as ações afirmativas para o combate das injustiças vivenciadas pela sociedade. Esta pesquisa poderá ainda buscar compreender melhor o que se entende atualmente por justiça de acordo com Aristóteles, para que assim possa ser possível realizar um melhor entendimento com relação ao tema proposto.

Palavras-chave: Justiça. Aristóteles. Desigualdades

ABSTRACT: The present work is justified due to the concern with respect to justice in the legal scope, thus demonstrating the due social importance that it has intrinsic in itself, since it is the responsibility of the law enforcers to observe and analyze the nuances in relation to the effective applicability of the law. norms in the society in question, with the objective of verifying their greater effectiveness and coherence. It will be necessary to analyze the paradigms around the inequalities of society, the applicability in terms of equity, affirmative actions to combat the injustices experienced by society. This research may also seek to better understand what is currently understood by justice according to Aristóteles, so that it may be possible to achieve a better understanding of the proposed theme.

Keywords: Justice. Aristotle. inequalities

1 INTRODUÇÃO

A humanidade vem a tempos buscando ideias e métodos para reduzir a desigualdade na sociedade, não foi agora que chegamos à conclusão que vivemos em uma sociedade desigual, seja por qual motivo for, existe desigualdade nas relações. Analisando a sociedade desde os primórdios encontramos diversos personagens da História que se preocuparam em buscar o conceito de justiça e de métodos para que se aplicassem o justo na sociedade, de forma que se encontrasse um modo de agir frente as diferenças encontradas na sociedade que possam prejudicar um indivíduo ou um grupo em relação a outros quando colocados em lados opostos em busca de um mesmo objetivo.

Desigualdade entre membros de uma mesma sociedade não é difícil de se encontrar, mesmo depois de tantas evoluções e marcos históricos ainda temos que lidar com esse problema social. Vivendo em sociedade cabe ao Estado muitas das vezes lidar com o desequilíbrio nas relações e tentar ao máximo igualá-las, entretanto há dificuldade em definir qual deve ser o método utilizado. Aristóteles diz que devemos tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade, o tratamento utilizando equidade ao invés de igualdade parece ser o mais correto para combater as desigualdades encontradas.

Ações afirmativas para o combate à desigualdade vivida, é de grande importância para a efetividade da justiça igualitária, essas ações são o que tiram a justiça do âmbito formal e traz para o material, ter

descrito a igualdade no âmbito formal é de grande importância na sociedade em que vivemos, porém ter políticas públicas ativas para que se façam efetivas as normas é primordial.

DESENVOLVIMENTO

1 DA JUSTIÇA DE ARISTÓTELES

1.1 CONCEITO DE JUSTIÇA

Neste primeiro tópico, será analisado o conceito de justiça, tendo em vista a visão de Aristóteles e ao conceito de justiça de modo geral. Destarte é possível analisar que Segundo Aristóteles, a justiça pode ser entendida como virtude, em relação ao saber prático, demonstrando que o indivíduo só aprende “fazendo”, trazendo em questão que o indivíduo somente entendera com relação ao que realmente é de fato, se viver a situação na prática. Portanto partindo deste pressuposto, pode se entender que para o filósofo Aristóteles, a justiça é considerada uma virtude, estando ela evidenciada a injustiça pelo excesso de injustiça por falta, é a igualdade. Sendo definida na visão filosófica de Aristóteles, da seguinte forma:

[...] em cada espécie de ação em que há mais ou menos. Há também o igual. Se então, injusto é inique, sendo o justo equitativo, como aliás concordam todos. E como o igual é o ponto intermediário, o justo será meio termo (ARISTÓTELES)

Pode-se observar ainda sobre o conceito de Justiça, da seguinte forma:

Essa forma de Justiça é, portanto, uma virtude completa, não em sentido absoluto, mas nas nossas relações com os outros. É por isso que muitas vezes a Justiça é considerada como virtude mais perfeita e nem a estrela vespertina e nem a estrela matutina são mais admiradas que ela”. (PEGORARO, 1995)

Pode-se perceber a partir do estabelecido de acordo com a visão de Aristóteles, que existem pressupostos que estabelecidos para justiça, e que todo o conceito de Justiça se fez relação ao conceito de polis criado, demonstrando que se deu em decorrência do exercício da política, e na formação de um meio justo.

Por fim, neste tópico pode se observar que o conceito de justiça está ligado a particularidade do que é justo e correto, respeitando a igualdade de todos os cidadãos, sendo o termo visto ainda como um princípio básico que mantém a ordem social através dos direitos em sua forma legal

1.2 NOÇÕES DE JUSTIÇA NA SOCIEDADE

Na sociedade em que conhecemos atualmente, podemos verificar que o conceito de Justiça para alguns indivíduos está diretamente ligado, aos princípios morais e políticos, e partir da ideia de igualdade e solidariedade, com relação a figura do próximo, tal situação que se desenvolveu no século XIX.

É possível perceber que a ideia de justiça está ligada a busca dos indivíduos da sociedade por igualdade, é cabível observar que os conceitos existentes de justiça devem buscar alcançar ferramentas que venham trazer a diminuição das desigualdades existentes na sociedade que atualmente são diversas.

Para o filósofo Aristóteles as noções de justiça, podemos evidenciar que são extremamente vastas, podemos entender melhor sobre justiça, diante do exposto da da seguinte forma:

“... as leis visam à vantagem comum, seja a de todos, seja a dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo semelhante, de tal modo que, em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade os elementos que a compõem para a sociedade política”.

Por último, cabe analisar a teoria da justiça desenvolvida por Rawls (1985), e que deve ser compreendida no contexto atual da evolução do pensamento liberal, no qual são repensados os problemas sociais, o papel do Estado e o conceito de cidadania.

2 SURGIMENTO DAS DESIGUALDADES

O conceito de ideologia pode ser definido de acordo o estabelecido pela ideologia antiga, da qual foi responsável por evidenciar que as situações existentes das quais a desigualdade se justificava pelo domínio de uma classe sobre a outra.

De acordo com o analisado durante o século XVII, o filósofo Jacques Bossuet, pode afirmar em seus estudos que os reis possuíam o direito divino de governar, da tal afirmação trazia por consequência que os mesmos deveriam aceitar que a existência de uma aristocracia, onde o padrão seria viver o padrão que os servos daquela época enfrentavam, onde se faz necessário abordar que os padrões de riqueza por eles experimentado eram custeados pelos impostos pelos servos.

No entanto para o filósofo Herbert Spencer, sociólogo este responsável por fundar a teoria mais conhecida como Darwinismo social, foi um dos defensores de uma ideologia que buscava explicar a desigualdade existente, entre os diferentes tipos de sociedade. De acordo com o filósofo, toda a miséria que os povos habitantes do Sul enfrentavam poderia ser explicada pelos mesmos possuírem um déficit em seu desenvolvimento intelectual e genérico, e que os brancos europeus se mantinham superiores a eles, de acordo com sua teoria. É possível perceber que a teoria de Herbert, evidencia o preconceito com relação a diferença étnica de cada povo.

É de suma importância trazer em evidencia a teoria de Karl Marx, com relação a desigualdade, pois mesmo fez relação a origem das desigualdades e as forças que a burguesia possuía, pois os mesmos tinham o controle para demonstrar sua força sobre o proletariado

Nota-se que ainda que as desigualdades podem ser consideradas como um dos maiores males do século, pois afeta todo o mundo. A desigualdade pode ser analisada a partir de várias vertentes pois se encontra de várias formas dentro da sociedade atual em que vivemos. Podemos perceber as desigualdades relacionadas as rendas, que por vezes são demasiadamente baixas, quando se faz relação à média de renda estabelecida, nos fatores ligados aos níveis de escolaridade de cada situação, que por vezes decorre da realidade pertencente a cada indivíduo, em relação ao acesso à cultura, os serviços básicos.

2.1 DAS IMPORTÂNCIAS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NAS SOCIEDADES

É de suma importância salientar como as ações afirmativas se fazem necessários dentro da sociedade, pois com as mesmas é possível a realizações ligadas a políticas públicas e privadas, unicamente voltadas para a equiparação dos indivíduos desiguais, e que por esta desigualdades são discriminados pela sociedade. Para que entendamos melhor o conceito de ações afirmativas, analisamos o disposto conforme explica Joaquim B. Barbosa Gomes:

“Consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física e situação socioeconômica (adição nossa). Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade

Existem pessoas que defendem a ideia de que as questões ligas as ações afirmativas, sejam inconstitucionais, pois estabelecem que atual conceito fere o princípio da igualdade de que todos são iguais perante a lei, principio este estabelecido na constituição federal em seu artigo. 7º

Artigo 7º: “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei”
(BRASIL, 1988)

No entanto de acordo com o estabelecido pelo nosso ordenamento jurídico é possível observar que a constituição federal, traz como possibilidade evidenciar a igualdade material, baseada nos ditames estabelecidos por Aristóteles de que “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.”, (ARISTÓTELES), sendo possível assim justificar-se a política de ações afirmativas dentro da sociedade

Por fim, de acordo com o evidenciado acima, pode se entender que a política de ações afirmativas é de grande importância, evidencia as ações como ferramentas de diminuição das desigualdades sociais e econômicas contidas no nosso país, cumprindo assim o objetivo de Justiça social, estabelecidos pela suprema constituição Federal.

2.2 DA JUSTIÇA E MORAL NA SOCIEDADE

“Se existe algo que a história do conhecimento humano nos pode ensinar é como têm sido vão os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo”. (Hans Kelsen)

Neste tópico trataremos de abordar a relação existente entre justiça e moral. Muito pode se falar da relação entre justiça e moral na sociedade. O conceito de justiça dentro na grande maioria das vezes, bem como o conceito de moral a ser consideravelmente vasto.

Com relação ao conceito de justiça Kelsen procurou definir como a felicidade, trazendo em questão que a mesma seria quais matemática se o sentido de felicidade não fosse tão complexo, quanto o conceito de Justiça.

Na obra fundamentos do Direito, Miguel Reale, tentaram explicar a relação existente entre o Direito e a felicidade:

“Se os homens fossem iguais como igual é a natural inclinação que nos leva à felicidade, não haveria direito positivo e nem mesmo necessidade de Justiça. A Justiça é um valor que só se revela na vida social, sendo conhecida a lição que Santo Tomás nos deixou ao observar, com admirável precisão, que a virtude de justiça se caracteriza pela sua objetividade, implicando uma proporção.

A partir da definição de Miguel Reale, ficou possível evidenciar que se as pessoas conhecessem e conseguissem atingir a felicidade não existiria a necessidade de que as mesmas buscassem o direito e a justiça, como meio necessário para igualar as diferenças sociais existentes na sociedade.

A palavra moral pode ser definida da seguinte forma:

designa a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é honesto e virtuoso, segundo os ditames da consciência e os princípios de humanidade” (SILVA, 1997)

Nota-se que diante deste sentido, a definição de moral é o conjunto de normas de comportamento, de procedimento, dos quais são estabelecidas e aceitas segundo um consenso visto como individual e coletivo.

Portanto destarte a estes conceitos, a moral, assim como a justiça, é baseada no mesmo princípio e a partir do mesmo sentido, demonstrando que a moral é o ponto de vista subjetivo de quem possuía a capacidade de julgar, sendo assim, cada atitude de acordo com o individual de cada um pode ser vista como algo certo, e para outro indivíduo pode ser entendida como algo errado.

Por fim, diante do evidenciado neste tópico, justiça e moral são de caráter subjetivo, pois é dependente do juízo do agente para que assim sejam definidos os conceitos inerentes a cada uma delas, entendendo que cada indivíduo da sociedade possuía a capacidade de julgar seus próprios atos

2.A moderna interpretação do pensamento Aristotélico

Na decorrência deste tópico, analisaremos como se deu a formação do pensamento aristotélico, da qual teve como formação exatos três momentos específicos. Cabe ainda mencionar a importância do início da formação do pensamento de Aristóteles como filósofo, que se deu quando o mesmo era discípulo de Platão, vivendo um período de 20 anos em aprendizado, estando ali até o período que sucedeu a morte de seu mestre, após este período, Aristóteles retornou a Atenas fundando assim sua própria escola, o Liceu, onde neste local se deu a criação de importantes obras existentes até os dias de hoje.

Em contrapartida a evolução de Aristóteles, Diógenes Laercio, explicou : “Aristóteles foi o mais genuíno discípulo de Platão”

Em virtude do pensamento de Aristóteles pode se entender que o mesmo seguia as ideias estabelecidas por seu mestre Platão, ate que ele se realiza a transição do que era considerado a ideia de Platão e a criar a ideia aristotélica, e a partir de todo adquirido seguir suas próprias concepções, ate atingir aquilo que se denominou como a filosofia aristotélica, popularmente repercutida na atualidade como um legado deixado para que a sociedade pudesse entender melhor seus ensinamentos.

Warner Jaeger, trouxe como critica o antigo método de interpretação, trazendo em consideração que o mesmo seria não-histórico, em troca disto, trouxe a proposta do novo método, que passou a ser chamado histórico genético, que tinha por objetivo considerar, ao se interpretar as obras aristotélicas, a gênese histórica e o desenvolvimento do pensamento do Filósofo, confirmou decidiu por evidenciar da seguinte fora:

A conclusão é óbvia. Se esta maneira de ver, intimamente consistente, é insustentável em conjunto; se Aristóteles começou por atravessar um período platônico, que durou vinte anos; se escreveu obras inspiradas pelo espírito de Platão e defendeu a visão de universo deste, são destruídas todas nossas ideias anteriores acerca da natureza de nosso homem e necessitamos desenvolver um novo conceito, de sua personalidade e de sua história, como das forças que moldaram sua filosofia. De fato, este mito de um Aristóteles frio, estático, imutável e puramente crítico, sem ilusões, experiências, nem história, cai feito pedaços abaixo do peso dos fatos suprimidos artificialmente até agora em favor da própria causa. (JAEGER, WERNER)

Tendo em vista os elementos aqui considerados, torna-se possível apresentar logo em seguida a lógica sistemática que permeia o pensamento de Aristóteles, fruto de seu processo evolutivo até o alcance de sua maturidade intelectual, no período do Liceu.

O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA ARISTÓTELES

No que se pode observar o Conceito de Justiça pra Aristóteles, pode ser considerado estrito, podendo ser considerado seria aquele hábito que ordena a vida na cidade, não tendo a justiça valor em si mesmo, como ocorre em toda a virtude, mas em seu fim, no bem para a qual ela orienta

Portanto seguindo os parâmetros estabelecidos pelos pensamentos Aristotélicos é possível perceber que o conceito de justiça, por isso, possui uma importante implicação política. Isso significa que a justiça se exercita e tem como referência a vida em sociedade, a vida na pólis.

3.2 A RELAÇÃO DE ÉTICA E MORAL NAS RELAÇÕES DA SOCIEDADE

Os conceitos de ética e de moral, são estabelecidos da seguinte maneira:

Segundo o dicionário Aurélio (1999), a ética é o “estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto”. A ética vem da conduta, do próprio ser humano, do que se aprende em casa; ou seja, ser ético seria fazer o certo mesmo que não haja ninguém para vangloriar-se e por motivo plausível e justo.

E o entendimento acerca do conceito de mora, pode ser entendido da seguinte forma, conforme explica:

“A moral é um conjunto de normas, aceitas livre e conscientemente, que regulam o comportamento individual e social dos homens”. (VAZQUEZ, 2003, P. 63).

É possível entender que à partir destes posicionamentos, se compreende que ética e moral caminham juntas, sendo as mesmas responsáveis pela formação do caráter humano, trazer ao mesmo como ele deve se comportar dentro de uma sociedade.

Segundo Vásquez (2003, p. 69) “a função social da moral consiste na regulamentação das relações entre os homens (entre os indivíduos e entre o indivíduo e a comunidade) para contribuir assim no sentido de manter e garantir uma determinada ordem social”.

Podemos entender que a relação de ética e moral dentro de uma sociedade traz à prática tudo que aprendemos desde crianças, as noções do que parece ser correto e a partir deste aprendizado refletimos na sociedade, e conforme a prática do que aprendemos somos recompensados ou até mesmo castigados, na sociedade atual por meio de leis, das quais foram criadas como instrumento de punição e correção por atos praticados em decorrência do que acreditamos ser certo ou errado.

4 DA EQUIDADE COMO NOÇÃO DE JUSTIÇA

Podemos perceber que o ramo do Direito traz uma responsabilidade para si ao buscar trazer a garantia de que justiça e igualdade possam caminhar juntas. o entanto devemos trazer em questão neste tópico, a relação que se faz a equidade e a justiça.

Destarte podemos entender que a equidade é um dos princípios que regem que todos devem ser regidos pelas mesmas regras, pelos mesmos direitos e que entre os mesmos não se haja distinção. Os conceitos estabelecidos e ligados igualdade estão intimamente ligados, a equidade como princípio de Justiça

No Brasil, podemos evidenciar o princípio da igualdade das leis que regem o nosso país, mais precisamente na Constituição Federal, em se art.5º, da seguinte forma:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, 1980)

Portanto, com este artigo de lei, podemos evidenciar que existe pressupostos estabelecidos que tem como finalidade garantir a devida efetividade, de que todos somos iguais, não devendo existir distinção alguma.

O grande filósofo Aristóteles, evidenciou ainda, seu conceito de igualdade, da seguinte forma:

“Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. (ARISTOTELES)

E possível ainda definir as noções de igualdade da seguinte forma:

a junção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio-termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional”. (SILVEIRA, 2001)

Diante deste trecho, se faz necessário evidenciar que Aristóteles ao fazer menção a Equidade desta forma, procurou explicar o que de fato é princípio da Igualdade. Cabe ainda salientar que tal princípio contribuiu com uma parcela significativa, para a criação da Teoria Jurídica, um dos Fundamentos do Estado Democrático de Direito.

De acordo com o evidenciado abaixo, é possível entender melhor o conceito de equidade estabelecido para Aristóteles, pois a mesma demonstra que os desiguais sejam tratados como iguais, conforme o próprio filósofo estabelece.



Fonte: Jornal Atual, 2019

4.1 A METAFÍSICA

O termo metafísica pode ser entendido por um conjunto de livros diferentes, do qual fizeram menção ao mesmo assunto, do qual foram escritos por Aristóteles. No entanto, Aristóteles definiu metafísica, da seguinte forma:

"Existe uma ciência que considera o ser enquanto ser e as competências que lhe competem enquanto tal. Ela não se identifica com nenhuma das ciências particulares: de fato, nenhuma das outras ciências considera universalmente o ser enquanto ser, mas delimitando uma parte dele, cada uma estuda as características dessa parte."

De acordo com a Teoria da Metafísica aristotélica, existem quatro causas fundamentais que explicam a origem de tudo o que conhecemos no mundo. São elas:

Causa material: diz respeito à matéria da qual algo é feito, como o mármore em uma estátua de mármore, ou a madeira, em uma cadeira de madeira. Causa formal: é a forma que um determinado objeto ou ser possui. Essa causa também é, de certo modo, a sua definição conceitual, visto que uma cadeira deve possuir a forma de cadeira, e uma estátua de mármore representando um deus grego, como Dionísio, deve ter a forma daquele personagem.

Causa final: como o próprio nome diz, essa causa diz respeito à finalidade ou à razão de existir de um determinado ser ou objeto. Pegando o exemplo da cadeira, a sua causa final é servir como assento. Causa eficiente: seria aquilo que deu origem a um determinado ser ou objeto, ou seja, a sua causa primeira. No caso da estátua de Dionísio, a causa eficiente seria o escultor. No caso da famosa tela Monalisa, a sua causa eficiente seria o pintor Leonardo da Vinci.

Aristóteles definiu a metafísica desta forma para que assim, conforme ficou classificada, cada objeto, possui sua função, e sua essencial em si, explicando ainda como se dá a metafísica:

“evidente, portanto, que a uma mesma ciência pertence o estudo do ser enquanto ser e das propriedades que a ele se referem, e que a mesma ciência deve estudar não só as substâncias, mas também suas propriedades, os contrários de que se falou, e também o anterior e posterior, o gênero e a espécie, o todo e a parte e as outras noções desse tipo” (ARISTÓTELES, 2002)

4.2 DOS TIPOS DE JUSTIÇA

5 DA JUSTIÇA RETRIBUTIVA

Podemos trazer em evidência que a definição de justiça distributiva pode ser vista como a definição de cargos dentro das polis, que antigamente eram as chamadas cidades da época, sendo a justiça distributiva vista como uma forma de controlar a igualdades dentro das formas de governo existentes.

Para que se entenda melhor sobre a conceituação do tema, Eduardo Bittar, define como justiça distributiva, da seguinte forma:

“O justo particular distributivo (díkaion dianemetikón) realiza-se no momento em que se faz mister haver uma atribuição aos membros da koinonía de bens pecuniários, de honras, de cargos, assim como de deveres, responsabilidades, impostos, encargos, tarefas, funções e poderes. Perfaz-se, portanto, numa relação da cidade para o cidadão, sendo que, aqui, a justiça e a injustiça do ato radicam-se na própria ação do governante dirigida aos governados. É tarefa dos governantes eleger os critérios pelos quais atribui e trata igualmente ou diferentemente, a cada um dos membros da cidade, e isso é propriamente governar. E o critério irá variar, conforme a forma de governo, e não será o mesmo na monarquia, na aristocracia, ou na politeia, para ficar com as formas retas e legítimas de governo.”(BITTAR, EDUARDO, 2016).

No entanto, de acordo com a definição de Luiz Fenando Barzotto, o conceito de Justiça distributiva, pode ser entendido à partir de outro pressuposto, podendo ser conceituado como:

“A justiça distributiva é aquela que implica a dar a cada um conforme seu valor (arethé), ou seja, proporcionalmente àquilo que cada um agregou à comunidade política. Essa justiça é a mais importante de todas, pois é responsável pela criação da ordem e da harmonia na comunidade (pólis)

No entanto para Aristóteles, existem elementos estabelecidos dentro da Justiça distributiva, trazendo em questão que as desigualdades podem ser entendidas em virtude ao mérito das pessoas como podemos ver no trecho abaixo:

“Isso (a desigualdade) pode ser mostrado pelo fato de que as distribuições levam em conta o mérito das pessoas. Todos os homens reconhecem, de fato, que a justiça na distribuição deve se basear em algum tipo de mérito, mesmo que não todos designem o mesmo tipo de mérito; os democratas o relacionam a uma condição livre, os partidários da oligarquia, com a riqueza, ou com a nobreza da raça, e os defensores da aristocracia, com a excelência (ARISTÓTELES)

Aristóteles entende que conceito de justiça distributiva é considerado o mais importante, tendo em vista que as pessoas têm qualidades diferentes e devem receber proporções diferentes. Ele pode afirmar que a justiça era considerada o “meio termo”, era o “igual” e o justo era o “meio termo” entre o “mais” e o “menos”. Este conceito traz em breve comparação entre dois elementos de tal forma o justo seria aquilo que estava no meio, e a proporção igual aos dois. Trata-se de um conceito matemático (ARISTÓTELES, p.96).

Portanto, de acordo com o evidenciado neste tópico com relação a justiça distributiva, pode-se observar que a mesma tem relação com a necessidade de se atender as características ligadas ao contexto social de cada pessoa, devendo por meio desta buscar o que for necessário para os mais fracos, seguir o parâmetro de igualdade.

5.1 DA JUSTIÇA CORRETIVA

Ao contrário do que se pode evidenciar com relação a Justiça Distributiva, os quesitos que devem ser atendidos com relação a Justiça Corretiva possuem seus diferenciais. Aristóteles explica que a justiça corretiva tem como fundamento analisar a relação jurídica social, da seguinte maneira:

Não faz diferença que um homem bom tenha defraudado um homem mau ou vice-versa, nem se foi um homem bom ou mau que cometeu adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, se uma comete e a outra sofre injustiça, se uma é autora e a outra é vítima do delito. (ARISTÓTELES, 1991, p 102).

A justiça corretiva decorre a partir do pensamento filosófico de que as transações tanto voluntárias, quanto involuntárias, deve, seguir a proporção denominada por Aristóteles de aritmética, da qual possui a responsabilidade intrínsecas de estabelecer a igualdade.

Para que se entenda melhor, percebe-se que um juiz detentor de poder, realiza a aplicação desta justiça, estabelecendo assim o considerado justo, ou até mesmo a igualdade, da qual foi violada por uma das partes, partindo deste pressuposto o juiz do qual já referido é detentor de poder, poderá o mesmo por meio de penas igualar as desigualdades entre as partes, de acordo ainda com o pensamento de Aristóteles, tal situação narrada evidencia que a justiça corretiva estabelece igualdade da seguinte forma:

O juiz restabelece a igualdade, como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e ele retirasse a diferença pela qual o segmento maior excede a metade para acrescentá-la ao menor. E quando a todo foi igualmente dividido os litigantes dizem que receberam “o que lhes pertence”. (ARISTÓTELES, 1973, p.1132 -a-5)

Portanto, conforme evidenciado acima, fica claro que a justiça corretiva tem eficiência aquela que exerce uma função corretiva nas relações entre os indivíduos.

CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo deste trabalho, com relação ao pensamento Aristotélico com relação as desigualdades e os conceitos de justiça à partir da visão do referido filósofo, podemos observar que o pensamento de Aristóteles, temo como ideia central a virtude, como peça central, para que o indivíduo entenda, que somente poderá entender com a prática.

O pensamento Aristotélico, estabelece que o indivíduo deve ter conhecimento da prática de ser um indivíduo justo, e que à partir deste momento poderá entender o que de fato é ser um bom cidadão. Foi possível ainda com este trabalho entender as causas relacionadas as desigualdades existentes, bem como seus conceitos e definições

Evidencia que a definição de ser justo, parte do pressuposto de que o indivíduo deve obedecer às leis, que a criação das mesmas se deu com o intuito de se preservar a sociedade em que os indivíduos ali existentes vivem. E trazendo diante desta que o indivíduo que faz ao contrário deste fato, tem como característica inerente a do ser injusto.

Podemos observar ainda, com relação aos conceitos de justiça existentes, e evidenciando ainda que cada grupo, possui sua classificação para melhor atender os contextos sociais necessários, sendo os mesmos responsáveis por analisar e assim igualar toda a sociedade. Por fim, o filósofo traz a importante reflexão de como as normas específicas devem ser aplicadas, para que se mantenha o equivalente de cada indivíduo, e garantindo que não sejam praticados atos que possam fugir, dos conceitos que ao longo deste trabalho foram abordados, e ainda evidenciando a realidade com relação as desigualdades enfrentadas por cada indivíduo inserido na sociedade.

Por fim, ao longo deste trabalho podemos concluir que o pensamento Aristotélico, trouxe grandes acréscimos para a sociedade atual, podemos ainda entender que tais ensinamentos por ele ensinados trouxeram para a sociedade crescimento pessoal, e entendimento com relação aos conceitos em virtude das desigualdades

existentes atualmente, podendo evidenciar que a existência da mesma se dá em decorrência ao modo de pensar com que vemos o próximo, dentro da sociedade.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Maria Stephania da Costa Flores. Princípios, v. 1, 2021. 256 p.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2ª ed. tradução, introdução e comentários de Giovanni Reale. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 131."
- AZEVEDO, Mário Luiz Neves de. *Igualdade e equidade: qual é a medida da justiça social?*. Scielo. Disponível em Acesso em 4 jul de 2022.
- ALVES, Rogerio Pacheco. *O conceito de Justo em Aristóteles*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: 12/09/2022. Acesso em: 15/09/2022
- Brasil Escola. *Desigualdade social*. Disponível em: brasilecola.uol.com.br. Acesso em: 15/09/2022.
- COMIN, Larissa; LORENZO, Wambert Gomes Di. *A justiça Corretiva em Aristóteles*. Disponível em: <http://www.ncominadvocacia.com.br/wp-content/uploads/2018/08/A-JUSTIC%CC%A7A-CORRETIVA-EM-ARISTO%CC%81TELES-2.pdf>. Acesso em: 21/09/2022.
- CHAVES, Nestor Silveira. *Aristóteles - A política*. Rio de Janeiro: Escala, 2007.
- NETO, Benedito Augusto da Silva. *Justiça e Amizade na Ética Aristotélica*. Fortaleza. 2007. Disponível em: [http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/filosofia.moderna.do.direito/justica.e.amizade.na.etica.aristotelica\[2007\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/filosofia.moderna.do.direito/justica.e.amizade.na.etica.aristotelica[2007].pdf). Acesso em: 20/09/2022.
- FRIZON, Nelson Natalino. *A teoria na filosofia de Aristóteles: Uma contribuição para a atuação Jurisdicional do Operador do Direito*. Itajaí. 2006.
- FILHO, Sergio Cavalieri. *Direito, Justiça e Sociedade*. Estacio de sá. Revista da EMERJ, v.5, n.18, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf. Acesso em: 20/09/2022
- GUIMARÃES, Mauricio Moura. *Uma Introdução da ideia de Justiça em Aristóteles*. 2016. Disponível em: Uma introdução da ideia de justiça em Aristóteles - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em: 15/09/2022.
- LIMA, Carlos Magno Moulin. *A Justificação Aristotélica de Questões da Modernidade: (O conteúdo de Justiça segundo Aristóteles)*. 45 p. Disponível em: Disponível em : <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57263778/Acoes_afirmativas_Aristoteleslibre.pdf?1535502817=&response-contentdisposition=inline%3B+filename3DA_JUSTIFICACAO_ARISTOTELICA_DE_QUESTOES.pdf&Expires=1657490443&Signature=HLZbgwf3-3s7dZJXNjV5jotISx90QyApd80nqtZMRwD-F0dDgoUQHqJw36rU0oiB3elQivJydKZTWFfyY9rWLqW2TVDo0MhS5FMI3RNP0k0aLNIkPYtx5e00OuDJZGUuiThlflbxCklssQw6iCDLb3ZoU0x7BZr6P2NVYSPxsdzjdxmlBPYvPiMxrdTddxPpp6yVKjOJJEXow7odvuNpkfLWKJ3NeB5R3VYZdE22NUNelr9HvouaiYdwoV97jEAeK37qMREUF5kWcZxMXvh3p-ho2-FXRCb-KPH0IbXKrSjwHy9GBMz5YN2DPf00a2Zq90gBL-rDJJfPVWCmg__&Key-PairId=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA> Acesso em 4 jun. 2022.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E UNESCO. *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília, v. 5, 2007. 394 p. (Coleção Educação para Todos)
- OLIVEIRA, Vitor Hugo Diniz. *Os conceitos da Justiça em Aristóteles: A construção dos conceitos de Justiça apresentando no quinto livro da Ética á Nicômano*. Belo Horizonte.2018.
- OLIVEIRA, Mailson Rodrigues. *Justiça Social: Conceito e importância*. 2017. Disponível: <https://www.politize.com.br/justica-social-o-que-e/>. Acesso em: 15/09/2022
- OLIVIERI, Antônio Carlos. *Aristóteles – O mundo da experiência, as quatro causas, ética e política*, Da pagina 2 *Pedagogia & Comunicação*. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/aristoteles-o-mundo-da-experiencia-as-quatro-causas-etica-e-politica.htm>. Acesso em: 22/09/2022

PESARO, Floriano. A Busca pela equidade social. Disponível em: <https://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/1658.pdf>. Acesso em: 12/09/2022.

PISKE, Oriana. A noção de Justiça e a Concepção Normativista – Legal do Direito – Juíza Oriana Piske. 2010. Disponível em: 20/09/2022

PRODIGOS, Kellen Carolina Miranda. A importância de ações afirmativas no Brasil: O caso das cotas raciais de acesso à Universidade. Brasília. 2017. Disponível em: https://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/revista_hegemonia_21/Kellen_Miranda.pdf. Acesso em: 10/09/2022

RIBEIRO, Edilma Felix. Ética e Moral e sua Influência sociedade. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/34855/etica-e-moral-e-sua-influencia-na-sociedade>. Acesso em: 19/09/2022.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1998.

RIOS, Vinicius de CARVALHO. AQUINO, Jonas Silva; CARVALHO, Pamela Carolina de Sousa Pacheco. Teoria da justiça por Aristóteles. Juiz de Fora(MG). 2020. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/4682215/teoria-da-justi%C3%A7a-por-arist%C3%B3teles.pdf>. Acesso em: 11/09/2022

SANTOS. Tiago Mendonça, O conceito de Justiça na filosofia Aristotélica. Itajaí. 2010.

SANTOS, Eduardo Sens. Justiça e Moral. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12/justica-e-moral>. Acesso em: 17/09/2022

STACCIARINI, Samantha. TEORIA DA JUSTIÇA EM ARISTÓTELES. Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 261–281, 2015. DOI: 10.14210/rdp.v2n1.p261-281. Disponível em Acesso em 10 jul. 2022.

STRUCKER, Bianca; MAÇALAI, Gabriel. O princípio da Igualdade Aristotélica e os seus debates atuais na sociedade brasileira. Ribeirão Preto. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/JACK/Downloads/juvenio,+O+PRINCIPIO+DA+IGUALDADE+ARISTOT%C3%89LICO+E+OS+SEUS+DEBATES+ATUAIS+NA+SOCIEDADE+BRASILEIRA.pdf>. Acesso em: 15/09/2022

NUNES, Cláudio Pedrosa. O conceito de Justiça em Aristóteles. Revista do TRT da 13ª Região - 2000.

22 PESCADORES ARTESANAIS: AS DIFICULDADE PARA O ENQUADRAMENTO COMO SEGURADO ESPECIAL

Monica Cameron Lavor Francischini
Thamy Marques Dada Mendes

RESUMO: Este estudo visa destacar as dificuldades pelas quais passa o trabalhador/pescador para alcançar a seguridade especial (trabalhador que exerce atividades de forma individual ou em regime de economia familiar, e, a partir dessas atividades, extrai o seu próprio sustento e/ou o sustento de sua família). Por que, embora visto como importante dentro do cenário econômico pátrio, o pescador enfrenta dificuldades para o seu enquadramento enquanto segurado especial mediante a Lei n. 8.213/1991? Justificando-se a abordagem desta temática em virtude de que, a utilização de mão-de-obra no âmbito da própria família cuja principal preocupação seria o sustento familiar e, apenas a parte excedente da produção seria disponibilizada para fins de comercialização e viabilização da aquisição de outros bens necessários à família, existindo a ausência do produto e, existindo enfermidades ou o envelhecimento do trabalhador, há, então, a extrema necessidade para assegurar a manutenção e reprodução social dessa categoria trabalhadora. Assim, este estudo apresenta como objetivo geral: levantar quais as condições para que os pescadores artesanais tenham acesso aos direitos da seguridade social, especialmente os previdenciários, considerando as particularidades, a inclusão e a equidade desses trabalhadores no acesso às políticas públicas. E, como objetivos específicos: destacar conceito de aquicultor ou pescador no cenário da economia brasileira, buscar as previsões legais e ordenativas acerca de seguridade social para esta categoria de trabalhador, e, ressaltar o papel da mulher pescadora nesse cenário. Para os alcances desta pesquisa, as buscas foram realizadas em sítios de leis, no Google Acadêmico, em repositórios de universidades, dentre outros, logo, se tratando de pesquisa exploratória, descritiva, qualitativa, bibliográfica. A qual conclui que, o pescador embora considerado já na CRFB de 1988 como segurado especial, enfrenta dificuldades para o enquadramento e alcance de aposentadoria em tal classificação. Principalmente a mulher pescadora que, em decorrência da desinformação, pobreza e dificuldade de acesso aos serviços que poderiam auxiliar no conhecimento de direitos, enfrenta maiores obstáculos que o homem pescador.

PALAVRAS-CHAVE: Seguridade Social. Segurado especial. Pescador.

ABSTRACT: This study aims to highlight the difficulties that the worker/fisherman goes through to achieve special security (worker who carries out activities individually or in a family economy regime, and, from these activities, extracts his own sustenance and/or from your family). Why, although seen as important within the country's economic scenario, the fisherman faces difficulties to qualify as a special insured by Law n. 8.213/1991? The approach to this theme is justified because, the use of labor within the family itself, whose main concern would be the family support, and only the surplus part of the production would be made available for commercialization purposes and viability of the acquisition. of other goods necessary for the family, in the absence of the product and, in the event of illness or aging of the worker, there is, therefore, an extreme need to ensure the maintenance and social reproduction of this worker category. Thus, this study has as a general objective: to raise the conditions for artisanal fishermen to have access to social security rights, especially social security rights, considering the particularities, inclusion and equity of these workers in accessing public policies. And, as specific objectives: to highlight the concept of aquaculture farmer or fisherman in the scenario of the Brazilian economy, to seek legal and ordering predictions about social security for this category of worker, and, to emphasize the role of the fisherwoman in this scenario. For the scope of this research, the searches were carried out in law sites, Google Scholar, in university repositories, among others, therefore, in the case of exploratory, descriptive, qualitative, bibliographic research. Which concludes that, the fisherman, although already considered in the CRFB of 1988 as a

special insured, faces difficulties for the classification and reach of retirement in such classification. Especially the fisherwoman who, as a result of misinformation, poverty and difficulty in accessing services that could help in the knowledge of rights, face greater obstacles than the fisherman.

KEYWORDS: Social Security. Special insured. Fisherman.

1 INTRODUÇÃO

Há funções e áreas de trabalho, no Brasil, as quais se configuram em base da economia e do desenvolvimento social.

De tal modo, pode-se destacar, dentre muitos, aqueles sistemas produtivos familiares de base agroaquícola, estes encerrando um conjunto de características e uma multiplicidade de funções que conferem às suas atividades econômicas um caráter multifocado, fortemente interconectado, cujos princípios seriam semelhantes aos sistemas tradicionais e neles se inspiram, introduzindo-lhes novos elementos que fortalecem sua capacidade de produção e de reprodução econômica, social, técnica e ambiental.

Especificamente, a aquicultura ou pesca (a atividade de cultivo de organismos cujo ciclo de vida em condições naturais se dá total ou parcialmente em meio aquático, implicando a propriedade do estoque sob cultivo, equiparada à atividade agropecuária), no Brasil, enquanto uma das atividades destes sistemas produtivos familiares, seria um tipo de cultura desenvolvida em rios e ao longo da costa marítima brasileira, pode ser realizada por grupos de famílias (pequenos aquicultores e alguns empregados), da qual os produtos servem de alimentos para eles e ainda, para o consumo de parte da população, cujas definições e amplitudes estão previstas no Código de Pesca, Lei n. 11.959 de 29 de junho de 2009.

Assim, uma vez considerado o aquicultor ou pescador pertencente à uma categoria, como um trabalhador com direitos e garantias, por que, embora visto como importante dentro do cenário econômico pátrio, esses enfrentam dificuldades para o seu enquadramento enquanto segurado especial mediante a Lei n. 8.213/1991?

Justificando-se a abordagem desta temática em virtude de que, a utilização de mão-de-obra no âmbito da própria família cuja principal preocupação seria o sustento familiar e, apenas a parte excedente da produção disponibilizada para fins de comercialização e viabilização da aquisição de outros bens necessários à família, existindo ausência do produto e, existindo enfermidades ou o envelhecimento do trabalhador, há, então, a extrema necessidade para assegurar a manutenção e reprodução social dessa categoria trabalhadora.

Entendendo que, a pesca artesanal pode ser considerada uma atividade de grande importância para a sobrevivência das populações tradicionais que habitam próximos aos mares e rios, pois, além de ser a principal fonte de alimento, contribui para o desenvolvimento da economia, visto que os produtos são vendidos nos mercados e feiras da região.

Uma vez que se trata de atividade que envolve todos os membros da família, por meio da qual o conhecimento adquirido é passado de forma oral de geração a geração, muitos pescadores artesanais vivem em condições de extrema pobreza, não sabendo nem ler nem escrever, tornando o acesso à saúde, à educação, à assistência, à previdência social uma realidade distante.

Pode-se inferir também que, a pesca artesanal poderia ser entendida como uma atividade com um alto risco decorrente da precariedade dos equipamentos utilizados, de um elevado grau de insalubridade, além de uma grande instabilidade na renda obtida pelos pescadores. Assim, as medidas de proteção social para este segmento emergem de grande importância.

Esta pesquisa apresenta-se como qualitativa, de modalidade teórica, focada em revisão e baseado em análise bibliográfica, cujo método utilizado para a elaboração textual será o de levantamento de publicações com base em banco de dados nacionais como o Google Acadêmico, revistas de Direito, dentre outros, acerca da matéria abordada.

Para tanto, foram realizadas buscas e utilizados artigos, revistas e periódicos, estudos e manuais disponíveis em ambiente eletrônico, em bibliotecas virtuais e em repositórios de universidades evidenciando as

dificuldades pelas quais o pescador enfrenta para alcançar status desde aspectos como seguridade, previdência social e, principalmente, seguro especial.

2 SEGURIDADE SOCIAL: ECONOMIA FAMILIAR, SEGURADO ESPECIAL E A CATEGORIA DO EQUICULTOR (PESCADOR)

Conforme doutrina Agostinho (2020, p. 6), pode-se entender enquanto Seguridade Social enquanto a ordem jurídica vigente, “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade nas áreas da saúde, previdência e assistência social, cuja estrutura administrativa apresenta por atribuição executar as políticas no âmbito da segurança social”, inserida na estrutura do Poder Executivo pátrio.

Das muitas categorias de atividades produtivas, no Brasil, alcançar que, a produção familiar agroaquícola seria portadora de grande eficácia coletiva não apenas no campo econômico, uma vez que, por meio de um conjunto de atividades agrícolas, equi-extrativistas e não-agrícolas, esta forma de produção provê além de serviços ambientais, contribuições ao desenvolvimento local, logo, um bem público de elevado valor agregado, ecológico, social e econômico (desde a preservação e uso sustentado dos recursos da biodiversidade, redistribuição local das rendas geradas na comunidade, dentre outros) (ALMEIDA, 2019, p. 1).

O conceito de economia familiar é recente no Brasil, existe há alguns anos. Antes disso, falava-se em pequena produção, fosse ela uma unidade produtiva urbana ou rural. Em linhas gerais, hoje, entende-se por economia familiar, um empreendimento com duas características principais: gestão ou administração familiar e trabalho predominantemente familiar. Trata-se, por assim dizer, de uma unidade de produção, de consumo e de reprodução social (PAIXÃO, 2019, p. 1).

Economia familiar esta que, de acordo com Brito (2016, p. 1), constitui a base econômica de 90% dos municípios brasileiros com até 20 mil habitantes, nisto respondendo por cerca de 35% do produto interno bruto nacional, sem contar que, absorve 40% da população economicamente ativa do país.

De tal modo, a atividade prestada pelos pescadores seria importante para todo um cenário econômico, cultural. Todavia, o pescador, assim como os demais trabalhadores, não estaria ileso de adventos de adoecimento ou conseqüências do envelhecimento. E, de tal maneira, carecer da assistência e da seguridade social.

Valendo ser destacado, oportunamente que, a atividade pesqueira, assim como todo o processo de exploração dos recursos pesqueiros, nisto compreendendo enquanto atividades de pesca, a aquicultura, a conservação, o processamento, o transporte e a comercialização do pescado, como todo ato tendente a capturar, extrair ou recolher organismos animais ou vegetais que tenham, na água, seu normal ou mais frequente meio de vida. E, enquanto aquicultura como sendo a criação de organismos cujo ciclo de vida, em condições naturais, ocorre total ou parcialmente em meio aquático (BRASIL, 2009).

Lembrando que, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS fora fundado em 27 de junho de 1990, cuja função estaria na operacionalização do reconhecimento dos direitos dos segurados do Regime Geral de Previdência Social – RGPS que, em números, assiste há mais de 50 milhões de segurados, logo, prestando seus serviços a cerca de 33 milhões de beneficiários (BRASIL, 2017).

Também, a Constituição Federal de 1988 dispõe que, a seguridade social se configura como conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, com o objetivo de assegurar aos cidadãos direitos à saúde, à previdência e à assistência social (BRASIL, 1988).

De tal modo, a Seguridade Social estaria embasada nos seguintes princípios: universalidade na cobertura; uniformidade e equivalência dos benefícios à população urbana e rural; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado na administração (BRASIL, 1988, art. 194, parágrafo único).

Neste caso específico, conforme aduz Badari (2022, p. 1), trabalhadores como os pescadores, (assim como o produtor rural, o seringueiro, o assentado, dentre outros) são considerados segurados especiais, posto que se utilizam da pesca, sem o uso de embarcação ou com o uso de embarcação de pequeno porte, em regime de economia familiar, para fins de subsistência.

Sobretudo, “a lei visa garantir a proteção previdenciária destes trabalhadores, que diariamente trabalham no sol, chuva, poeira, exercendo trabalho braçal para garantir seu próprio sustento, e o nosso também” (BADARI, 2022, p. 1).

Os segurados especiais são dotados de peculiaridades que definem as circunstâncias para a concessão do benefício previdenciário, após análise da comprovação da profissão, do tempo de atividade e condição pessoal do profissional, os quais produzem em regime de economia familiar, sem utilização de mão de obra assalariada (exceto contratações esporádicas), logo, categoria esta na qual estão inclusos também os cônjuges, os companheiros e os filhos maiores de 16 anos que trabalham com a família em atividade rural (BRASIL, 1991).

Entendendo-se que, há categorias trabalhistas assistidas pela Previdência Social brasileira, das quais destaca-se que, o aqüicultor (termo estabelecido no chamado Código de Pesca – Lei 11.959/09) ou pescador, cujo direito a se aposentar seria de 5 (cinco) anos mais cedo que o trabalhador urbano (homem aos 60 anos de idade, e, a mulher aos 55 anos, assim como o trabalhador rural) (BRASIL, 2009) (WINTER, 2018, p. 1).

Previsto em diplomas infralegais, o pescador, para ser considerado pelo sistema previdenciário pátrio enquanto segurado especial, precisa comprovar o trabalho como pescador artesanal ou outra atividade relacionada (marisqueiro, catador de caranguejo, pescador de camarão ou limpador de pescado, por exemplo) durante 15 anos (WINTER, 2018, p. 1).

Pode ser enquadrado como pescador artesanal aquele que, mesmo sem usar embarcação própria (de até duas toneladas brutas de tara), faz da pesca sua profissão habitual ou meio principal de vida, inclusive em regime de parceria, meação ou arrendamento (WINTER, 2018, p. 1).

De tal modo, para comprovar o exercício nesta atividade, se faz necessário apresentar documentos que comprovem a atividade de pesca artesanal como profissão habitual, ou principal meio de vida, sendo necessário também estar matriculado na Capitania dos Portos ou no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA, além de figurar declaração de três testemunhas acerca do fato (WINTER, 2018, p. 1).

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURIDADE SOCIAL

Historicamente, a sociedade brasileira em suas disparidades, apresentava a necessidade de regulamentar sistemas de proteção que tinham como principal objetivo, solucionar questões comuns, como a fome e equilibrar a discrepância social existente no país, fato que, conforme aduz Carlos Mendonça (2019, p. 5), “os primeiros registros de proteção social foram em 1543, pela Santa Casa da Misericórdia dos Santos, que nessa oportunidade, era voltada para os enfermos e os inválidos, seguido do Plano dos Oficiais da Marinha, em 1795, que asseguravam as viúvas e filhas dos oficiais falecidos”.

Visando acertar a legislação, uma iniciativa fora tomada no ano de 1824, com a Constituição Federal da época, que trouxe o instituto dos socorros públicos, seguidos pelo Montepio Geral dos Servidores do Estado, em 1835, pela Caixa de Pensões dos Operários da Imprensa Nacional (MENDONÇA, 2019, p. 7).

Edito alterado em 1889 e com a edição da Constituição Brasileira de 1891, a qual inovou com o advento da aposentadoria por invalidez (aquela causada por acidente de trabalho aos funcionários públicos) (MENDONÇA, 2019, p. 7).

Em se tratando de evolução histórica da previdência social e da proteção do segurado especial, a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, trouxe consigo o instituto da Seguridade Social (conceituada no caput do artigo 194) (BRASIL, 1988).

3 PREVIDÊNCIA SOCIAL

O Regime Geral da Previdência Social (RGPS) abrange tanto o trabalhador urbano quanto o rural, submetidos ao contrato de trabalho, cujas características são: ser pessoa física, realizar o trabalho de modo personalíssimo, prestar serviço de natureza não eventual, receber salário pelo serviço prestado, trabalhar sob dependência do empregador (subordinação) (BRASIL, 1999).

É considerado para o reconhecimento do vínculo de emprego o trabalho produtivo, logo, vínculo do qual emerge fonte de recursos econômicos para o trabalhador, nisto, inicialmente, excluindo o trabalho por caridade ou solidariedade, e, diferindo-se das atividades de lazer. Então, desse vínculo, o trabalhador deve ter o objetivo de receber uma contraprestação pelo serviço prestado.

A subordinação, entretanto, é a característica fundamental que distingue a relação de emprego das demais, significando a submissão do trabalhador às ordens do empregador, bem como ao seu poder hierárquico/disciplinar; por ser o empregador o dono dos meios de produção, determina ao empregado a execução da prestação de serviços (CANELLA et al, 2019, p. 56).

A legislação trabalhista utiliza os termos empregador e empresa como sinônimos, e, a previsão constante da Lei n. 8.212/91 utiliza a expressão empresa, abrangendo tanto a pessoa física quanto a jurídica (inclusive entes de direito público), que contrata, dirige e remunera o trabalho.

São considerados empregados para fins previdenciários e, logo, segurados obrigatórios do RGPS, as pessoas físicas elencadas no inciso I do art. 9 do Decreto n. 3.048/99, quais sejam, entre outras: aquelas que prestam serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado; aquelas que, contratadas por empresa de trabalho temporário, por prazo não superior a três meses, prorrogável, prestam serviço para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço de outras empresas, na forma da legislação própria; o brasileiro ou o estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado no exterior, em sucursal ou agência de empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no país (BRASIL, 1999).

De tal maneira, pode-se observar que, o sistema da seguridade social se configura enquanto um braço do Estado, isto devendo alcançar todo cidadão que, deveria, tanto em tese quanto na prática, encontrando abrigo e proteção quando dos momentos de fragilidade social, econômica ou de saúde (COSTA; GOUVEIA, 2017, p. 1).

3.1 A FIGURA DOS SEGURADOS

A qualidade de segurado se configura numa condição atribuída a todo cidadão filiado ao INSS que possua inscrição junto à Previdência Social, e, realize pagamentos mensais, cuja contribuição seria gerida pelo seguro social, responsável em conceder e pagar as aposentadorias e outros benefícios previdenciários (BALERA, 2020, p. 81).

Em decorrência do advento da Emenda Constitucional n. 103/2019, Balera (2020, p. 19) postula que, pode-se entender enquanto “aposentadoria por invalidez permanente aquele benefício previdenciário concedido ao segurado portador de incapacidade física ou psíquica, a qual o desabilite permanentemente para o exercício de quaisquer atividades laborativas”. Sobretudo que, aposentadoria por tempo de contribuição sem quaisquer outros requisitos.

Doravante, os trabalhadores deverão observar, cumulativamente, a idade mínima prevista e o tempo de contribuição mínimo estipulado em lei.

Conforme presumido em lei (Lei n. 8.213/1991), então, todo cidadão que contribui, mensalmente, para a Previdência Social (INSS) pode ser chamado de segurado, e, justamente por isso, tem direitos aos benefícios e aos serviços oferecidos pelo INSS (aposentadoria, auxílio-doença e reabilitação profissional), os quais são classificados em: obrigatórios (como o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual, o trabalhador avulso e o segurado especial) e facultativos (como ilustrado na imagem 1).

Imagem 1 – Beneficiários do Regime Geral de Previdência Social do INSS.



Fonte: FELICIANO (2019, p. 1)

Acerca da classificação do segurado especial, pode-se verificar que, este seria o único segurado que tem sua definição no próprio corpo do texto constitucional, cuja determinação evoca para um tratamento diferenciado ao trabalhador que exercer atividade como produtor, parceiro, meeiro e o arrendatário rurais, o pescador artesanal, bem como, os seus respectivos cônjuges, os quais exerçam suas atividades em regime de economia familiar (BRASIL, 2009).

Estes não devendo possuir empregados de forma permanente, cuja contribuição para a seguridade social se faz mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção, de al modo, fazendo jus aos benefícios nos termos da CRFB/88, artigo 195, § 8 (BRASIL, 1988) (COSTA; GOUVEIA, 2017, p.1).

Salientam Canella et al (2019, p. 69) que, ainda que se considere “indevida, a exigência de que há que ser demonstrada considerável produção para ter reconhecida sua condição de segurado especial para aquele que tem algum parente componente do núcleo familiar exercendo atividade urbana, é inaceitável exigir início de prova material de tal produção”.

Conforme aduz Costa e Gouveia (2017, p. 1), nesse sentido, faz-se necessário apresentar as peculiaridades do pescador artesanal, trabalhador este que, embora enquadrado como segurado especial, em decorrência de sua ótica socioeconômica, passa por dificuldades para, quando do momento de recorrer à seguridade e previdência social não consegue demonstrar seu efetivo labor, “tendo em vista a predominância da informalidade e carência de material probatório satisfatório que tenha o condão de evidenciar sua qualidade de segurado especial e posterior gozo dos benefícios previdenciários”.

Uma vez que, a pesca seria a atividade comercial praticada ao longo de todo o litoral brasileiro, a qual se estende por mais de 8.500 km de Costa, apresentando, portanto, elevada importância social e econômica para enorme contingente de trabalhadores nas regiões, além de que, a atividade pesqueira é regida pela Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009, o chamado Código de Pesca, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, no Brasil (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, vale ser destacado que, um dos fatores que contribuem, e muito, para as dificuldades do enquadramento de atividades como a do pescador artesanal enquanto segurado especial estaria no fato de a informalidade ainda ser bastante difundida no Brasil, o que dificultaria em demasia o acesso deste trabalhador aos benefícios previdenciários (COSTA; GOUVEIA, 2017, p. 1).

Diante do que fora brevemente exposto, o conceito de segurado especial ainda é muito amplo e desafiador, há muito a se evoluir no que tange ao reconhecimento da condição do segurado especial, cujo intuito principal seria alcançar se o segurado realmente preenche os requisitos necessários estampados na lei.

3.1.1 segurados obrigatórios

Versa a Lei n. 8.212/91, artigo 12 que, para alguém ter a condição de segurado do RGPS, este dever ser pessoa física, dado que é inconcebível a existência de segurado pessoa jurídica, além de que, faz-se necessário ainda exercer uma atividade laborativa, remunerada e lícita, visto que o exercício de atividade com objeto ilícito não tem amparo na ordem jurídica (BRASIL, 1991).

O segurado obrigatório exerce, ao menos, uma atividade remunerada, seja com vínculo empregatício, urbano, doméstico ou rural, seja sob regime jurídico público estatutário (desde que não possua regime próprio de previdência social), seja como trabalhador avulso, empresário, segurado especial ou trabalhador autônomo ou trabalho a esse equiparado (BRASIL, 1991).

3.1.2 segurados facultativos

Os segurados facultativos são aqueles que não fazem parte da atividade econômica, entretanto, buscam uma proteção previdenciária, de tal modo, faz a inscrição no sistema pela livre escolha, e, cujo enquadramento como segurado facultativo será permitido a partir dos 16 anos completos, e, desde que não exerça atividade remunerada que o inclua entre os segurados obrigatórios do RGPS ou de Regime Próprio de Previdência Social (BRASIL, 1991).

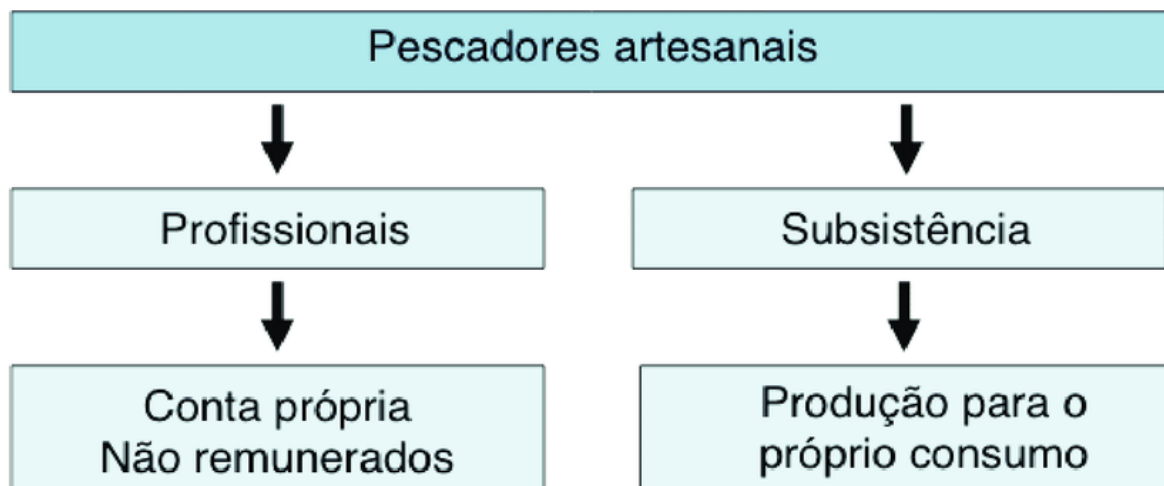
Seu salário de contribuição será o valor por ele declarado, desde que entre o piso e o teto do INSS. O salário de contribuição NÃO é o valor que será pago ao INSS. Para saber o valor de contribuição, é preciso aplicar uma porcentagem (alíquota) sobre o valor declarado, que varia entre 20%, 11% ou 5%, a depender do caso (BRASIL, 1991).

Nesse caso, o segurado facultativo poderá se aposentar apenas por idade ou por invalidez. Assim, de acordo com o art. 21, § 2o, I, da Lei n. 8.212/91, a alíquota será de 11% sobre o salário mínimo. As alíquotas de 11 e 5% são válidas apenas para os segurados que contribuam sobre o salário mínimo. Caso o salário de contribuição seja superior ao salário mínimo, o percentual será de 20% (BRASIL, 1991).

3.1.3 o pescador artesanal como segurado especial

Garcia (2022, p. 1) assinala que, pode-se entender por pesca artesanal o modo de extração do alimento que pode ou não utilizar embarcações, sendo que, quando ocorre o uso de embarcações (menores que 8 metros), estas são embarcações pequenas que não se utiliza de sistema de bordo para conservação do pescado, sendo que a autonomia desses barcos é reduzida, além de que, a área de atuação pesqueira fica limitada à áreas costeiras (rios, lagos, lagoas, estuários, enseadas, baías e praias), logo, a extração do recurso pesqueiro fica limitada localmente, sendo que o recurso não é processado.

Organograma 1 – Tipos de pescadores artesanais.



Fonte: ZACARDI (2020, p. 1).

Costa e Gouveia (2017, p. 1) expressam que, “o pescador artesanal se enquadra em uma classe de trabalhador formada, principalmente, por pessoas muito humildes, cujas possibilidades de acesso ao estudo e melhora de vida são escassas”.

De acordo com o pressuposto por Oliveira e Tchakevian (2020, p. 299), o pescador artesanal, como segurado especial, é definido como aquele que exerce sua atividade de forma profissional e, ininterruptamente, individualmente ou em regime de economia familiar, logo, cabendo-lhe a previsão legal enquanto segurado especial.

Para Cuesta (2022, p. 1), esse tipo de segurado e seus familiares têm que sobreviver da própria produção rural, sem que haja a finalidade de comércio ou, então, de turismo. De modo que, um dos motivos de dúvida para muitos segurados especiais, versa sobre a perda desta qualidade de segurado, uma vez que, se o pescador artesanal for um segurado especial e contratar, por exemplo, uma pessoa para auxiliar o seu trabalho, haverá a possibilidade de contratação, desde que a limitação de 120 dias de contrato seja respeitada, além de que, o pescador artesanal explora vários ambientes aquáticos, sozinho, em parceria ou com a ajuda do grupo familiar, na captura de muitas espécies variadas de pescado, cujos os instrumentos são diversificados e, sobretudo, com base nos conhecimentos tradicionais, estes adquiridos sobre a natureza, de geração em geração.

No entanto, o pescador artesanal, como segurado especial, deverá estar cadastrado no Registro Geral de Atividade Pesqueira (RGP), na categoria de Pescador Profissional Artesanal, cujo pedido de inscrição no RPG deverá ser dirigido à Superintendência Federal de Agricultura, Pecuária e Abastecimento, cuja a agência deve ser o mais próximo do local do domicílio deste trabalhador (BRASIL, 2009).

Segundo previsto na Instrução Normativa nº 77/2015, art. 45, que estabelece que o pescador artesanal, enquanto trabalhador rural, para ter acesso aos seus direitos previdenciários, deverá proceder sua inscrição no INSS e adquirir o Número de Inscrição do Trabalhador (NIT), o que permitirá a identificação do segurado no momento de solicitar qualquer benefício; a inscrição do filiado será feita de forma a vinculá-lo ao seu respectivo grupo familiar e conterá, além das informações pessoais, a identificação da forma do exercício da atividade; da condição no grupo familiar, se titular ou componente; do grupo e do tipo de ocupação; do tipo de embarcação em que trabalhe (BRASIL, 2015).

Desse modo, para que o aquicultor ou pescador dê início à comprovação da atividade enquanto pescador artesanal para fins de inclusão dos dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, esta é feita mediante a apresentação da declaração do sindicato ou colônia que represente os pescadores, desde que homologada pelo INSS (CUESTA, 2022, p. 1).

Com a Constituição de 1988, foi ampliado o seguro-desemprego tanto para os trabalhadores urbanos, quanto aos trabalhadores rurais. Todavia, foi a partir da década de 1990, durante o governo Collor, através da Lei nº 8.287/1991, que os pescadores artesanais passaram a ter acesso ao seguro-desemprego, no valor de um salário mínimo, mas naquele momento ficou restrito aos pescadores marítimos (BRASIL, 1991).

O Seguro Desemprego do pescador é parte integrante do Programa de Seguro Desemprego regulamentado pela Lei nº 7.998/90, também conhecido como “seguro defeso”. A Política de Seguro Desemprego do Pescador Artesanal (PSDPA) é uma assistência financeira temporária concedida aos pescadores profissionais artesanais que, durante o período de defeso, são obrigados a paralisar a sua atividade para preservação da espécie (BRASIL, 1990).

4 DAS PROVAS DA CONDIÇÃO DE SEGURADO ESPECIAL PERANTE A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Aposentadoria por idade rural está regulamentada pela Lei 8.213/91, artigo 48, no qual, a lei possibilita a computação do tempo de atividade rural para a concessão da aposentadoria. O direito dos trabalhadores rurais à aposentadoria como segurados especiais se dá aos 60 anos ao homem e aos 55 anos às mulheres, conforme a referida lei (BRASIL, 1991).

Sobretudo, em se tratando do enquadramento do pescador enquanto segurado especial, vale ser destacado que, os Tribunais aceitam as mais diversas provas, desde que hábeis e idôneas. Devem, entretanto, representar um conjunto, de modo que, quando integradas, levem à convicção de que efetivamente houve a prestação do serviço (CUESTA, 2022, p. 1).

De tal modo, segundo assinala Leite (2014, p. 1) acerca da classificação e diferenciação do trabalhador como segurado especial, implica alcançar as condições ambientais e de trabalho a que o pescador foi submetido por anos, principalmente quando seu trabalho se efetiva em regime de economia familiar, logo, voltado para a subsistência da sua família.

A atividade da pesca se efetiva, muitas vezes, sob sol e chuva, durante vários anos, sendo o benefício da aposentadoria enquanto segurado especial não como um privilégio para esses trabalhadores, antes, sim, como um direito que permite o acesso à assistência quando em vales de vulnerabilidade, mesmo que não tenha contribuído continuamente como se exige do trabalhador urbano, uma vez que, o pescador artesanal, este, ocupa uma posição de desigualdade cultural, social e econômica em relação ao trabalhador urbano, sendo aqueles seus direitos previdenciários tardiamente reconhecidos em editos e diplomas normativos pátrios.

Versa o art. 106, da lei 8213/91, um rol de provas plenas para a comprovação da atividade como segurado especial.

Além dos riscos que esses trabalhadores estão diariamente expostos, principalmente os riscos físicos, devido ao trabalho em alto mar e rios, que demanda muito esforço, também existe a precariedade em termos de equipamentos, e, na maioria das vezes, até nem existem.

Desse modo, a aposentadoria por idade rural, permite a garantia de uma renda ao segurado diante da idade avançada que o impossibilita de exercer sua atividade como antes exercia, proporcionando assim o merecido descanso após anos de trabalho.

Sendo assim, se faz necessário alguns requisitos já mencionados anteriormente: idade mínima e carência, comprovando a qualidade de segurado especial durante referido período, ou seja, demonstrar o enquadramento como trabalhador rural, seringueiro ou pescador artesanal.

Para a aposentadoria por idade rural, a carência, de acordo com art. 25 da Lei 8.213/91, para recebimento do benefício é de 180 contribuições mensais, equivalente assim há 15 anos, diante da peculiaridade do trabalhador rural a carência é diferenciada, devendo assim comprovar o efetivo exercício da atividade rural, pelo prazo de carência necessário, ainda que de forma descontínua no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício (BRASIL, 1991).

Vale ressaltar que, a regra de transição trazida pelo art. 142 da Lei 8.213/91, que promove a inclusão para os trabalhadores rurais que não recolheram contribuição previdenciária no período anterior ao advento da referida lei, assegurando assim a cobertura previdenciária independentemente de contribuição (BRASIL, 1991).

A exigência de contribuição é apenas para aqueles que se filiarem ao sistema após a entrada em vigor da Lei 8.213/91, assim, para aqueles que já exerciam atividade rural antes da referida Lei, ainda que de forma descontínua, não é exigido o recolhimento de contribuição previdenciária (BRASIL, 1991).

Sendo assim, para que seja devidamente comprovado o exercício de atividade rural em regime de economia familiar se faz necessário, um início de prova documental ratificada com a prova testemunhal, porém, os segurados encontram dificuldades, na grande maioria, ao fazer o levantamento de comprovação da atividade rural (CANELLA et al, 2019, p. 81).

Também, encontram barreira administrativa ao requerer o benefício nas agências do INSS, visto que, o próprio órgão, muitas vezes, desconsidera o rol de documentos admitidos como início de prova de atividade rural, considerando o artigo 106 da Lei de Benefícios como rol taxativo, quando na verdade é meramente exemplificativo, cabendo assim ao segurado, apresentar os demais documentos que não se encontram nessa lista, a fim de comprovar o tempo de atividade rural, e, a qualidade de segurado especial, provando o período de carência exigido (CANELLA et al, 2019, p. 82).

A realidade da população da pesca, de tal modo, há muito, ainda seria um retrato da zona humilde do país, onde há situação de pobreza, decorrentes das consequências de dificuldades de acesso aos serviços públicos como

saúde, saneamento, educação, alimentação, e informação, os quais poderiam levar a esses trabalhadores o conhecimento a respeito dos seus direitos.

5 DO RECONHECIMENTO DAS MULHERES PESCADORAS

A partir da constatação do histórico de divisão sexual do trabalho, e, conseqüentemente a geração de uma dupla jornada de trabalho para as mulheres, identificam-se os impactos gerados na esfera trabalhista e previdenciária na vida, sobretudo, das pescadoras artesanais. Principalmente, com o foco no percebimento do seguro-defeso e nos pedidos da aposentadoria por idade por tempo reduzido (LIMA; LEITÃO, 2012, p. 8).

Verificando-se, de tal maneira, o que pressupõem Lima e Leitão (2012, p. 3) que, apesar de as mulheres pescadoras realizarem, predominantemente, um trabalho terrestre.

Trabalho este que efetiva tarefas tais como a confecção de trastes de pesca, conserto e conservação, o beneficiamento do pescado (salga, secagem e armazenamento), e, ainda, a venda do produto (LIMA; LEITÃO, 2012, p. 3)

Ainda que não se lancem ao mar ou aos rios para efetivar a pesca, propriamente dita, as mulheres pescadoras executam estas funções (fato bem ilustrado na imagem 3, que segue abaixo).

Funções estas também abarcadas na Lei 11.959/2009 como atividade pesqueira, embora que, algumas delas não gerem renda de imediato.

Demandando assim, a concessão de direitos trabalhistas e previdenciários ao(à) segurado(a) especial que a exerce, sem discriminação.

Imagem 3 – A cadeia produtiva da pesca, na realidade, é efetivada por 90% de mulheres.



Fonte: RODRIGUES (2021, p. 8).

Ademais, a atuação em atividades da pesca em terra trata-se de uma participação imprescindível para a perpetuação da produtividade, não obstante haja diversos empecilhos de ordem burocrática para a concessão do seguro-defeso às pescadoras artesanais, que compreendem desde a caracterização da mulher como “ajudante” e não como pescadora, até a falta de documentação da pescadora em nome próprio (titularidade individual da licença ambiental de pesca).

[...] dificuldade vivida pelas mulheres é quando tentam se aposentar ou reivindicar auxílio doença e muitas vezes os médicos do INSS não acreditam que elas são pescadoras, pois estão

arrumadas, limpas e com unhas feitas, sempre pedem para elas mostrarem as mãos e muitas não ganham o seu benefício de direito (LIMA; LEITÃO, 2012, p. 9).

A garantia do seguro-defeso às mulheres pescadoras trata-se de direito fundamental social, garantidor do mínimo existencial, às comunidades pesqueiras, sendo indispensável o reconhecimento da mulher nesses espaços como sujeito de direitos.

Uma vez identificados os obstáculos para este reconhecimento e analisados os aportes legais para a concessão do referido benefício previdenciário, analisar-se-ão possíveis caminhos como formas de empoderamento às mulheres pescadoras, para a superação da lógica patriarcal de divisão do trabalho formal e informal e, além disso, a emergência de um empoderamento político, com o intuito de conferir voz àquelas que passaram longos anos sem o alcance dos direitos sociais e, até políticos, dentro da comunidade pesqueira (MENDES; COSTA, 2018, p. 2).

No que diz respeito ao aspecto previdenciário, para que esses pescadores percebam o seguro-defeso, a pesca deve ser a principal atividade realizada pelo(a) segurado(a) especial, exercendo-a de maneira ininterrupta entre os períodos de defeso ou piracema, isto é, interim destinado à reprodução das espécies aquáticas em que a pesca resta proibida (BRASIL, 2009).

A previsão do seguro-defeso, como é popularmente chamado o seguro-desemprego do pescador artesanal, é constitucional, a partir do inciso II, do art. 7º, em que se menciona a hipótese de “desemprego involuntário”, com vias a conferir um mínimo existencial a esta parcela da população (BRASIL, 1988).

Merece atenção o art. 4º, parágrafo único, da Lei 11.959/2009, que dispõe que “consideram-se atividade pesqueira artesanal, para os efeitos desta Lei, os trabalhos de confecção e de reparos de artes e petrechos de pesca, os reparos realizados em embarcações de pequeno porte e o processamento do produto da pesca artesanal” (BRASIL, 2009).

Este trecho supracitado demonstra, assim, que as atividades de pesca exercidas em terra, realizadas majoritariamente por mulheres, não descaracterizam a referida atividade, embora este argumento seja recorrentemente utilizado para o indeferimento de pedidos de seguro-defeso para pescadoras mulheres (BRASIL, 2009).

Por outro lado, essa falta do reconhecimento da condição de segurado especial (conforme previsto no art. 11, inc. VII, da Lei n. 8.013/91) ocorre por diversas razões, que podem ser resumidas em duas questões centrais: a) o fato de a parte maior do labor estar em terra, tais como o descasque do camarão, a limpeza dos peixes pescados, dentre outros; b) a existência da prova documental, especialmente no que diz respeito aos livros de venda dos pescados, em nome do homem, não constando, conjuntamente, o nome da mulher pescadora (MENDES; COSTA, 2018, p. 4).

Assim, diante da inexistência da contribuição direta à Previdência Social, embora alcançados os 55 anos de idade (tempo reduzido em cinco anos em relação às trabalhadoras do Regime Geral de Previdência Social), as mulheres pescadoras artesanais não conseguem aposentar-se por idade.

CONCLUSÃO

O enquadramento de pescadores pode ocorrer em categorias diversas de segurados obrigatórios da previdência social, e, de tal modo, depende de regras sensíveis e, muitas vezes, desconhecidas pelos segurados.

Na realidade, muitos pescadores, em decorrência da dificuldade que têm em reunir documentos que os permitam o enquadramento até mesmo em outras categorias de segurados, revela que, o acesso ao ensino, aos serviços versados em leis têm ficado mais no campo das ideias do que na prática.

Em se tratando do trabalhador da pesca, principalmente para aqueles que prestam serviços de maneira ocasional, é mais um dos fatores que levam ao reconhecimento da maioria dos trabalhadores artesanais como segurados especiais devido à informalidade que norteia o labor.

Isto posto, depreende-se muito mais que, os óbices enfrentados pelas mulheres para a caracterização como pescadoras artesanais dizem respeito a um histórico de desigualdades perpetradas desde o âmbito da família até o mundo do trabalho.

A concepção do homem como o principal provedor do sustento da família, bem como o baixo nível de escolaridade no âmbito destas comunidades tradicionais corroboram com os percalços enfrentados pelas mulheres para a percepção do benefício de seguro-defeso, bem como nos pedidos da aposentadoria por idade por tempo reduzido (o que se estende também aos outros benefícios da Previdência Social, haja visto a alegação, por parte do INSS, da falta de qualidade de segurado destas trabalhadoras).

Logo, verifica-se que, parte significativa desta categoria profissional desconhece os direitos previdenciários a que faz jus enquanto trabalhador rural, principalmente se não for associado às Colônias, Sindicatos ou Associações de Pescadores, que de alguma forma, são importantes fontes de informação, já que uma grande maioria dos municípios brasileiros não dispõem de representação de agências do INSS.

As outras dificuldades estão relacionadas ao baixo nível de informação do pescador sobre os direitos previdenciários, especialmente sobre os procedimentos a serem adotados para acessá-los, sendo esta desinformação da categoria agravada pelo analfabetismo, pela precariedade no funcionamento das instituições responsáveis pela expedição de documentos, pela falta de documentos que comprovem a qualidade de segurado especial, principalmente na hora de requerer a aposentadoria.

Como foi possível observar, a desinformação predomina entre os pescadores e pescadoras, que, em linhas gerais, quase não se percebem os interesses das Colônias em orientar seus associados quanto aos direitos que detêm, fazendo com que os pescadores fiquem cada vez mais dependentes da “ajuda” dessas entidades, o que reforça aquela ideia de dominação e, sobretudo, das práticas clientelísticas.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro. Manual de Direito Previdenciário. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

ALMEIDA, Sílvio Gomes de. Economia familiar: modo de produção e modo de vida. Revista Eletrônica ASPTA, nov. 2019. Disponível em: <<https://aspta.org.br/article/economia-familiar-modo-de-producao-e-modo-de-vida/>> Acesso em: 24 ago. 2022.

BALERA, Wagner. Reforma da Previdência Social: comparativos e comentários à Emenda Constitucional n.103/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999 que aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm> Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.779, de 25 de novembro de 2003 que dispõe sobre a concessão do benefício de seguro desemprego, durante o período de defeso, ao pescador profissional que exerce a atividade pesqueira de forma artesanal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.779.htm> Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015 que estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750> Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015 que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm> Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Código de Pesca. Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009 que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, regula as atividades pesqueiras, revoga a Lei no 7.679, de 23 de novembro de 1988, e dispositivos do Decreto-Lei no 221, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/817808/codigo-de-pesca-lei-11959-09> > Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Agência Câmara de Notícias. Agricultura aprova definição de categorias de pescadores, jul. 2009. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/131404-agricultura-aprova-definicao-de-categorias-de-pescadores/>> Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Pesca no Brasil. Disponível em: <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/aquicultura-e-pesca/pesca/pesca-no-brasil>> Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social - INSS: breve histórico. Disponível em: <<https://www.gov.br/inss/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/breve-historico>> Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.287, de 20 de dezembro de 1991, revogada pela Lei nº 10.779, de 25.11.2003, que dispõe sobre a concessão do benefício de seguro-desemprego a pescadores artesanais, durante os períodos de defeso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8287.htm> Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990 que regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm> Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019 a qual altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm> Acesso em: 26 ago. 2022.

BADARI, João. Como comprovar a condição de segurado especial e como contribuir? ABL Advogados, mar. 2022. Disponível em: <<https://abladvogados.com/artigos/segurado-especial/>> Acesso em: 24 ago. 2022.

BRITO, Adolfo. O que é agricultura familiar? Organização das Nações Unidas para a alimentação e agricultura, 2016. Disponível em: <<https://www.fao.org/family-farming/detail/fr/c/454156/>> Acesso em: 24 ago. 2022.

CANELLA, Renata S. Brandão et al. Direito Previdenciário: atualidades e tendências. Londrina: Editora Thoth, 2019.

COSTA, Vítor Ilir Nogueira; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. A abrangência do início de prova material na comprovação da atividade do pescador artesanal como segurado especial para a concessão dos benefícios previdenciários. JUS.COM.BR, jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59361/a-abrangencia-do-inicio-de-prova-material-na-comprovacao-da-atividade-do-pescador-artesanal-como-segurado-especial-para-a-concessao-dos-beneficios-previdenciarios>> Acesso em: 24 ago. 2022.

CUESTA, Ben-Hur. Aposentadoria do pescador: como funciona? 2022. Disponível em: <<https://ingraco.adv.br/aposentadoria-do-pescador/>> Acesso em: 24 ago. 2022.

CUESTA, Ben-Hur. Como Comprovar Qualidade de Segurado Especial? 2022. Disponível em: <<https://ingraco.adv.br/qualidade-segurado-especial/#:~:text=O%20segurado%20especial%20%C3%A9%20o,o%20sustento%20de%20sua%20fam%C3%ADlia.>>> Acesso em: 25 ago. 2022.

FELICIANO, Maura. Beneficiários do RGPS, qualidade de segurado e carência. 2019. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/162193024-Beneficiarios-do-rgps-qualidade-de-segurado-e-carencia.html>> Acesso em: 26 ago. 2022.

GARCIA, José Henrique. Atividade pesqueira. Revista Eletrônica Infoescola, 2022. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/economia/atividade-pesqueira/>> Acesso em: 24 ago. 2022.

LEITE, Luzimario Gomes. O início de prova material da atividade rural para fins de reconhecimento da qualidade de segurado especial. JUSBRASIL, 2014. Disponível em: <<https://luzimariogomes.jusbrasil.com.br/artigos/111826572/o-inicio-de-prova-material-da-atividade-rural-para-fins-de-reconhecimento-da-qualidade-de-segurado-especial>> Acesso em: 25 ago. 2022.

LIMA, Claudia; LEITÃO, Maria do Rosário de Fátima Andrade. Mulher, pesca e cidadania: uma trajetória de luta. XV Encontro de Ciências Sociais do norte e Nordeste e Pré-Alas Brasil. Set. 2012. UFPI. Teresina – PI. Disponível em: <<https://livrozilla.com/doc/1683111/mulher-pesca-e-cidadania--uma-trajet%C3%B3ria-de-luta>> Acesso em: 25 ago. 2022.

MENDES, Beatriz Lourenço; COSTA, José Ricardo Caetano. A questão de gênero na pesca artesanal em Rio Grande: os desafios das mulheres pescadoras na garantia dos direitos sociais. VII Seminário Corpo, gênero e sexualidade, set. 2018. Disponível em: <<https://7seminario.furg.br/images/arquivo/231.pdf>> Acesso em: 24 ago. 2022.

MENDONÇA, Carlos. Direito Previdenciário Evolução Histórica da Proteção Social, Módulo 1. [s.l]: Gran Cursos Online, 2019. Disponível em: <<https://concursos.grancursosonline.com.br/hubfs/Direito%20Previdenci%C3%A1rio%20-%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20Hist%C3%B3rica%20da%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20Social%20-%20rev-1.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2022.

OLIVEIRA, Aristeu de; TCHAKERIAN, Guilherme. Nova previdência social e a Constituição Federal. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020.

PAIXÃO, Clodoaldo Almeida da Paixão. Economia familiar. 2019. Disponível em: <https://www.moc.org.br/download/eco_fam.pdf> Acesso em: 24 ago. 2022.

RODRIGUES, Jéssica Garcia. Mulheres na pesca: caracterização da atividade de beneficiamento de camarão em duas comunidades pesqueiras do Sudeste do Brasil sob a perspectiva de gênero. Dissertação (mestrado) apresentada ao Programa de Pós-graduação em Aquicultura e Pesca do Instituto de Pesca – APTA - Secretaria de Agricultura e Abastecimento, SP, 2021,73f.

WINTER, Ana. Aposentadoria do pescador artesanal. JUSBRASIL, 2019. Disponível em: <<https://anacwinter.jusbrasil.com.br/artigos/658602833/aposentadoria-do-pescador-artesanal>> Acesso em: 24 ago. 2022.

ZACARDI, Diego Maia. Tipos de pescadores artesanais (profissionais e de subsistência), na região do Baixo Amazonas, Pará. Disponível em: <https://www.researchgate.net/figure/Figura-4-Tipos-de-pescadores-artesanais-profissionais-e-de-subsistencia-na-regiao-do_fig1_341713687> Acesso em: 26 ago. 2022.

23 PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL E A APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

MATHEUS SALGADO MARIN
LUIZ GERALDO DO CARMO GOMES

RESUMO: O cenário das pessoas em situação de rua exige a produção e estudo de dados para que seja possível descobrir as causas determinantes do aumento do número de indivíduos que assim vivem. Dificuldade de inserção no mercado de trabalho, problemas financeiros, falha do Estado em promover políticas de habitação social, problemas de saúde (física e mental), esgotamento e violência no seio familiar são fatores de grande importância nesse contexto de exclusão. Diante disso, o olhar que pretendemos lançar sobre o tema, contido no objetivo deste estudo, é analisar os aspectos relacionados à situação de rua no Brasil e a aplicação dos direitos humanos. Os resultados obtidos permitem concluir que a discriminação e o preconceito contra a população em situação de rua são atitudes que têm sua origem na concepção de que o indivíduo é inteiramente responsável pela precariedade de suas condições de vida. No entanto, nem sempre é isso que acontece, pois, como demonstrado, são vários os fatores que levam uma pessoa a ficar em situação de rua. No entanto, mesmo nessa condição, não deixa ele de ser sujeito de direitos e deveres, o que o torna igualmente destinatário de ações governamentais para efetivar seus direitos fundamentais mais elementares e, portanto, dar-lhe uma sobrevivência digna.

Palavras-chave: Vulneráveis. Pessoas em Situação de Rua. Direitos Humanos.

ABSTRACT: The scenario of homeless people requires the production and study of data so that it is possible to discover the determinant causes of the increase in the number of individuals who live this way. Difficulty entering the job market, financial problems, the State's failure to promote social housing policies, health problems (physical and mental), exhaustion and violence within the family are factors of great importance in this context of exclusion. Therefore, the look that we intend to launch on the subject, contained in the objective of this study, is to analyze the aspects related to the street situation in Brazil and the application of human rights. The results obtained allow us to conclude that discrimination and prejudice against the homeless population are attitudes that have their origin in the conception that the individual is entirely responsible for the precariousness of their living conditions. However, this is not always what happens, because, as demonstrated, there are several factors that lead a person to be homeless. However, even in this condition, he is still a subject of rights and duties, which makes him equally recipient of government actions to implement his most elementary fundamental rights and, therefore, give him a dignified survival.

Keywords: Vulnerable. People in Street Situation. Human Rights.

1 - INTRODUÇÃO

O cenário das pessoas em situação de rua exige a produção e estudo de dados para que seja possível descobrir as causas determinantes do aumento do número de pessoas que vivem desta forma. Dificuldade de inserção no mercado de trabalho, problemas financeiros, falha do Estado em promover políticas de habitação social, problemas de saúde (física e mental), esgotamento e violência no seio familiar são fatores de grande importância nesse contexto de exclusão.

Esses aspectos, tipicamente de origem econômica, política, social e sanitária, apresentam desafios consideráveis para as instituições, pois, ao considerar esse grande contingente de pessoas em situação de rua, é preciso lembrar também que isso contribui para a criação de situações de violação dos direitos humanos, aos quais já não se pode ficar indiferente. Assim sendo, e sob o olhar das instituições competentes, eles devem compreender

e enfrentar esses desafios, investigando, analisando, planejando e implementando políticas públicas consideradas adequadas ao atendimento da população em situação de rua no Brasil.

Diante disso, o olhar que se pretende lançar sobre a questão, que se subsume no objetivo deste estudo, é analisar os aspectos relacionados à situação de Rua no Brasil e a aplicação dos direitos humanos.

2- DESENVOLVIMENTO

2.1 OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos passaram a ter grande importância a partir do legado histórico das grandes atrocidades ocorridas no mundo, principalmente durante a Segunda Guerra Mundial, que impossibilitaram a vida digna de pessoas semelhantes no mesmo ambiente. Devido a essas atrocidades cometidas nesse período, em meados do século XX, os direitos humanos se consolidam internacionalmente, dando origem a diversos sistemas para sua proteção (DOLINGER, 2003).

A preocupação com os direitos humanos está longe de estar esgotada. Embora inicialmente focada na questão da lógica e justificação dos direitos, com atenção especial aos especialistas em direito natural (Rousseau, Locke e Hobbes), entre os séculos XIX e XX a demanda por direitos cresceu, voltando a atenção para as possibilidades de proteção dos direitos adquiridos (CANOTILHO, 2003).

Um dos documentos mais relevantes em relação ao tratamento dos direitos humanos na história foi o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. De acordo com este importante documento, os direitos humanos seriam imediatamente aplicados pelos Estados, aos quais é confiada a tarefa de apresentar relatórios anuais com as medidas adotadas para proteger e implementar esses direitos em seus territórios. Esses relatórios seriam encaminhados ao Comitê de Direitos Humanos, órgão principal do pacto, que os examinaria e estudaria, fazendo comentários e observações gerais sobre suas disposições (PIOVESAN, 2003).

Em geral, portanto, pode-se dizer que as liberdades fundamentais e os direitos humanos têm sido constituídos por processos socioculturais, estando, no entanto, em contínua evolução. Não há, portanto, uma forma definitiva e estática para definir o que são. Ao contrário, é certo que eles incorporam um processo dinâmico, que acompanha as mudanças na realidade social na qual o objeto dessa proteção está inserido. Desta forma, é possível afirmar que sempre será necessário promover adaptações para que possam refletir o ambiente humano atual (DOLINGER, 2003).

A maior crítica à Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros tratados nela inspirados deriva da ideia de que esses direitos são uma construção ocidental, que, portanto, não se adaptaria a diferentes culturas e contextos (ARAÚJO, 2003).

Neste contexto, a chamada teoria relativista, que se opõe à teoria universalista, valoriza os mais variados particularismos culturais em detrimento de uma ética global. Com tal concepção, os costumes e valores de um povo não poderiam ser julgados por padrões universais. O argumento relativista baseia-se na necessidade de preservação dos culturalismos, rejeitando a premissa de que, apesar da diferenciação entre os seres humanos, é certo que todos fariam parte da mesma macrocomunidade, que é a humanidade (ARAÚJO, 2003).

De certa forma, a antropologia tentou, ao longo do século XX, trabalhar a consciência da humanidade para reconhecer e aceitar essa variedade existente de conceitos de perspectivas e bens culturais. O esforço, porém, chegou ao limite no momento atual, quando culturas tidas como mais distantes, do ponto de vista ocidental, começam a reconhecer a necessidade de estabelecer diálogos e negociar seus direitos nos fóruns instituídos por sua respectiva nação (SILVA, 2022).

A crítica de Trindade (1999) à organização dos direitos humanos em gerações sublinha o potencial conflito cultural que se revela pela universalidade consubstanciada na classificação que se estabelece de tempos em tempos, tendo em vista a sua dissociação da evolução dos Estados-nação não ocidentais e da suas culturas. Nesse sentido, o autor afirma:

Do ponto de vista jurídico, a teoria das gerações de direitos não tem nenhum fundamento. Vou dar dois exemplos práticos, concretos, sobre os perigos da teoria das gerações de direitos.

Primeiro, a concepção que prevalece no mundo ocidental e sobretudo ao norte do Equador, na América do Norte, onde, para a maioria das pessoas, os direitos humanos são sinônimos de civil rights e os direitos econômico-sociais seria puramente programáticos, o que ainda é a visão que prevalece em países como Estados Unidos e Canadá, como todos sabemos. Por outro lado, há a visão que prevalece no extremo oriente. Tive oportunidade de visitar a China duas vezes, através do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Na segunda visita, estive com um juiz da Corte Europeia. Foram dois convidados: um do sistema interamericano e um do sistema europeu (TRINDADE, 1999, p. 27).

Theodoro (2006) também apresenta importantes questionamentos sobre a proposta universal dos direitos humanos, assim dispendo em sua obra:

Uma cultura voltada para as guerras, para confrontos em torno da definição de fronteiras, da formação do Estado Nacional, da idéia de cidadania pressupõe como elemento básico obediência a certas regras, códigos, éticas pelos quais se humaniza o conflito: os direitos humanos formam o capítulo da tolerância transformada em norma. Ouvi, certa vez, uma história exemplar dos chineses. Ao serem indagados sobre como encaravam a Revolução Francesa e a idéia de cidadania, responderam de forma precisa e contundente: "Estamos observando". Mas, se esta mesma pergunta for feita para um brasileiro ou francês creio que as respostas partirão dos mesmos pressupostos. A Revolução Francesa é um marco de igual importância para nós e para eles. Por quê? (THEODORO, 2006, p. 13).

Segundo Araújo (2003), um exemplo clássico do relativismo estabelecido entre universalismo e culturalismo é o dos índios Uwa, da Colômbia. Isso porque eles tentaram articular os princípios de sua cosmologia tradicional com a linguagem dos direitos humanos para garantir o controle dos recursos naturais localizados em seu território, especialmente o petróleo. Nesse contexto, segundo as explicações do autor, a internacionalidade dos direitos humanos e a particularidade da cultura local se unem para sustentar a continuidade do grupo.

Tal atitude vai ao encontro das notas de Mazzuoli (2015), segundo as quais o que se tem é que admitir que os direitos humanos não são um conceito universal não significa que não se deve buscar uma forma de torná-los assim. Ou seja, deve ser relativizado para se chegar a um consenso, premiando a proteção dos direitos humanos fundamentais.

Para entrar nas considerações sobre os direitos humanos no Brasil, propõe-se, inicialmente, apresentar um conceito do que são esses importantes direitos, para destacar, logo em seguida, os tratamentos conferidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, deve-se primeiramente observar que, na legislação nacional, elaborada pela Constituição Federal de 1988, existem alguns direitos e garantias fundamentais a serem garantidos a todos, indistintamente, sem a aplicação de qualquer tipo de restrição.

Isso porque, como afirma Branco (2014), são direitos que surgem de um movimento de reação da pessoa contra a arbitrariedade do Estado, atuando assim em defesa das liberdades individuais. Portanto, consistem em direitos que, segundo o autor, asseguram uma existência livre, igualitária, equânime e solidária, tanto na ordem social quanto na ordem econômica ou política. Em cada um desses cenários, contudo, seu substrato seria a dignidade da pessoa humana.

Ainda nesse sentido, Sarlet (2012) inclui os direitos fundamentais como sendo o cumprimento de requisitos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, que, no direito brasileiro, tem sido colocado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme exposto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Para Masson (2015), por estarem ligados à essência do ser humano, não podem ser limitados ou afastados em sua aplicação a um grupo específico de pessoas. Pelo contrário, segundo o autor, eles têm um caráter universal, o que requer a sua aplicação a uma totalidade de pessoas, sem distinção.

Assim, segundo Branco e Mendes (2014), a Carta Magna de 1988 incluiu em seu texto a identificação explícita dos direitos a que todos teriam direito, sem qualquer discriminação, como residentes do país, haja vista que, por outro lado, o Estado tem o dever de garanti-los.

Silva (2022) afirma ainda que os direitos humanos são direitos fundamentais que correspondem, em especial, à dignidade humana e à liberdade, atributos essenciais inerentes à condição humana, que tornam o indivíduo capaz de desenvolver-se e de participar da vida no sentido mais pleno.

Para o autor, a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada uma criação constitucional; com efeito, revela-se como um conceito preliminar, que preexiste a qualquer experiência especulativa, como acontece com a própria pessoa humana. A mesma percepção é corroborada por Martins Filho (1999), que destaca o seguinte:

[...] declarar quais são os direitos humanos fundamentais significa reconhecer que eles preexistem a qualquer ordenamento jurídico nacional: são direitos que decorrem da própria natureza humana. Assim, a Constituição Federal de 1988 não constitui determinadas garantias pessoais em direitos; também ela, no que tange aos direitos humanos fundamentais, somente pode ter caráter declaratório. Aduz, ainda, que admitindo a Constituição o princípio da flexibilização para os Direitos Sociais, reconhece que não constituem cláusulas pétreas (CF, art. 60 § 4º), sendo passíveis de alteração e redução por Emenda Constitucional. Na realidade, o que se assegura ao trabalhador é o direito a um salário justo e a uma jornada de trabalho limitada, mas a quantificação desse direito é suscetível de adequação às circunstâncias de cada momento (MARTINS FILHO, 1999, p. 589).

Mazzuoli (2015) entende que direitos fundamentais e direitos humanos são, na verdade, partes de uma mesma moeda, mas vistas por ângulos diferentes. Isso porque, segundo o autor, os direitos humanos correspondem à proteção conferida na ordem internacional aos direitos essenciais para que o ser humano possa sobreviver com dignidade, como o direito à liberdade de expressão, à vida, à liberdade de ir e vir, etc.. Seria, portanto, a seu ver, um conceito vinculado à ordem internacional.

A esses mesmos direitos, porém, ao serem positivados na ordem interna de um país, corresponderiam à concepção de direitos fundamentais. No Brasil, por exemplo, encontrariam refúgio em meio à Constituição Federal de 1988, bem como em leis infraconstitucionais (MAZZUOLI, 2015).

Portela (2016) também argumenta nesse sentido, ressaltando que o que diferencia um direito fundamental de um direito humano é a forma como será buscada a proteção: se baseada na ordem interna (na Constituição Federal de 1988, por exemplo), será um direito fundamental; entretanto, se a proteção é estabelecida internacionalmente (por meio de tratados, por exemplo), tratam-se de direitos humanos.

De qualquer forma, o que se destaca é que os direitos humanos revelam a essência da dignidade da existência humana, razão pela qual ensejam a necessidade de proteção do Estado.

Portanto, considerando os apontamentos dos teóricos citados, é possível reconhecer os direitos fundamentais como os que se encontram positivados na ordem interna de um país, representando a realização da dignidade humana em nível nacional. Segundo Mazzuoli (2015) e Portela (2016), tratam-se de direitos essenciais para a sobrevivência humana com dignidade, como o direito à vida e a liberdade de ir e vir, por exemplo, analisados internacionalmente.

No âmbito internacional, segundo Mazzuoli (2015), os principais documentos elaborados em relação à proteção dos direitos humanos são os seguintes: Declaração Universal dos Direitos Humanos e Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos, ambas de 1948; Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 1966; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”; Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes, de 1975; e Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984.

A dignidade da pessoa humana ao longo dos séculos foi interpretada de várias maneiras: na Idade Média, por exemplo, o termo dignidade já existia, mas estava vinculado a um estado pessoal, totalmente diferente do conceito contemporâneo. Por isso, naquela época, tal concepção era utilizada para transmitir uma posição social ou política, bem como para qualificar algumas instituições, demonstrando a primazia de seus poderes, como a coroa ou o Estado (BARROSO, 2013).

Em 539 a.C., durante o reinado de Ciro, o Grande, primeiro rei da Pérsia, foram elaborados os primeiros documentos sobre direitos humanos. Nesse momento, Ciro libertou os escravos, estabeleceu a igualdade racial e declarou que todos tinham o direito de escolher sua própria religião. O documento de referência ficou conhecido como Cilindro de Ciro, por estar gravado em um cilindro de barro (em acadiano com escrita cuneiforme) (MAZZUOLI, 2015).

O Cilindro de Ciro foi descoberto em 1879 e, mais precisamente, em 1971, foi traduzido pelas Nações Unidas para todas as suas línguas oficiais - árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo -, além de ser reconhecido como a primeira declaração dos direitos humanos ao mundo. A ideia de direitos humanos, que começou na Babilônia se espalhou para muitos outros lugares, como Índia e Grécia, até Roma. Foi, porém, na civilização romana que surgiu o conceito do chamado "direito natural", que pode ser entendido como leis não escritas que foram seguidas pelas pessoas ao longo de suas vidas e que foram então amplamente estudadas, especialmente pela filosofia, que desenvolveu esse conceito por meio da teoria do direito natural, com ênfase em Francisco Suárez, Jean-Jacques Rousseau, John Locke, Hugo Grocio, Richard Hooker, Samuel Von Pufendorf, Thomas Hobbes e Tomás de Aquino (DOLINGER, 2003).

Posteriormente, houve vários momentos na história em que os diferentes conflitos da sociedade buscaram maiores garantias nos direitos humanos e melhorias na vida. Em 1215, na Inglaterra, tem-se a Magna Carta, que foi assinada pelo rei João depois de ter violado várias leis e costumes antigos já praticados por governos anteriores. Entre os direitos contidos na Magna Carta estavam o direito dos cidadãos livres de herdar e de possuir bens, bem como de estabelecer o princípio da igualdade perante a lei e do devido processo legal, entre outros (MAZZUOLI, 2015).

Posteriormente, novamente na Inglaterra (1628), a Petição de Direito foi apresentada pelo Parlamento inglês, com base em documentos anteriores, trazendo em si a afirmação e quatro princípios, a saber:

- (1) Nenhum imposto pode ser cobrado sem o consentimento do Parlamento;
- (2) Ninguém pode ser preso sem provar o motivo, reafirmando-se, assim, o direito ao habeas corpus;
- (3) Nenhum soldado pode ficar alojado na casa dos cidadãos; e
- (4) A lei marcial não pode ser aplicada em tempo de paz (BULOS, 2014).

Na luta pelos direitos humanos, Mohandas Karamchand Gandhi, mais conhecido como "Mahatma" (termo que significa "grande alma") Gandhi (1869-1948), nascido no oeste da Índia, estudou direito em Londres e retornou à Índia logo após concluir seus estudos para exercer a advocacia. Gandhi foi um grande apoiador do movimento pela paz e pregava a não-violência. Ele também organizou muitos desses movimentos, tendo, inclusive, sido preso algumas vezes. Ele queria a paz entre os povos, sendo sempre lembrado como um grande homem que, com todos os seus ideais, contribuiu para a raça humana (MAZZUOLI, 2015).

O reconhecimento da dignidade humana ganhou força até chegar ao conceito contemporâneo, com diferentes movimentos que contribuíram para o desenvolvimento dos direitos humanos, bem como momentos históricos que, de alguma forma, influenciaram a construção desse princípio. Nesse sentido, destacam-se a Segunda Guerra Mundial e o Iluminismo, sempre citados como momentos de grande importância para a evolução das garantias relativas aos direitos inerentes ao ser humano, sem esquecer a influência exercida pela religião e filosofia ao longo dos séculos (DOLINGER, 2003).

Na filosofia, uma das principais influências veio de Immanuel Kant (1724-1804), filósofo iluminista que desenvolveu seus estudos sobre a ideia de liberdade a partir do conceito de autonomia. Para Kant, a autonomia

humana é o que permite escolhas que mais tarde se tornarão leis universais, tendo desenvolvido a ideia de que o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo e não como um meio. Portanto, segundo a máxima kantiana, o homem nunca pode ser entendido como um instrumento, a ser explorado para se tornar algo, pois o ser humano é dotado de valores absolutos, intrínsecos, dotado de dignidade (BARROSO, 2013).

Embora tenha recebido várias críticas, como em Hegel, Kant tinha uma visão de dignidade baseada no fundamento da autonomia. Nesse sentido, desenvolveu o pensamento de que as coisas têm um preço, para que possam ser substituídas por outras. No entanto, em sua opinião, quando algo está acima de um preço e tem outros valores mais elevados, pode-se dizer que tem dignidade. “Como consequência, cada ser racional e cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa” (BARROSO, 2013, p. 72).

Antes mesmo de Kant, houve também a contribuição de Giovanni Pico della Mirandola (1463-1494), também chamado Conde da Concórdia, filósofo renascentista e grande estudioso da condição da dignidade humana. Embora tenha vivido pouco tempo, escreveu cerca de 900 teses, algumas das quais foram rejeitadas pela igreja; tem como referência a obra “Discurso sobre a dignidade do homem”, na qual considera o homem uma grande obra divina, situada no centro de tudo, superior a qualquer outro ser, que possui características muito importantes para a construção da dignidade humana, como, por exemplo, a capacidade de transformar, o que o torna um ser especial, capaz de se tornar cada vez melhor (MAZZUOLI, 2015).

A religião, em particular a judaico-cristã, exerceu por muitos anos grande influência na construção do pensamento sobre a dignidade humana, em particular em São Tomás de Aquino, baseado no fato de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, referindo-se à passagem bíblica que assim determina. No entanto, essa influência foi posteriormente questionada com alguma força, sob o argumento de que o Estado não deveria adotar qualquer tipo de crença, a fim de garantir a igualdade entre as pessoas, independentemente de sua cultura e/ou religião. Assim, várias outras teorias começaram a surgir para justificar a utilização desse princípio, porém, de uma perspectiva mais jurídica (BARROSO, 2013).

O conceito de dignidade da pessoa humana, bem como a própria ideia de direito natural, no contexto do pensamento do direito natural dos séculos XVII e XVIII, passou por um processo de dissolução e reformulação da religião, mantendo a ideia fundamental de que a dignidade e a liberdade devem ser a mesma para todos os homens. Assim, a partir da concepção de direito natural, portanto, concebeu-se que um sistema constitucional que incorpore a noção de dignidade da pessoa humana pressupõe que o homem possui direitos que devem ser respeitados e reconhecidos por todos, inclusive pelo Estado, independentemente de qualquer outra condição que não a humana (BULOS, 2014).

Mas foi após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), depois que o mundo presenciou tanta barbárie contra os seres humanos, principalmente na Alemanha nazista, que começaram a ser elaborados documentos para garantir ainda mais a dignidade humana. Neste contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, representou um marco para a garantia dos direitos humanos (BULOS, 2014). Isso porque é nesse documento que foi reconhecida a importância da dignidade para a sociedade, tendo-a estabelecido como um direito inalienável.

No artigo I da referida Declaração tem-se a afirmação de que todos nascem livres e iguais em direitos e dignidade. Assim, segundo o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos são dotados de consciência e razão, e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade. O fato é que, mesmo antes da Declaração, a dignidade humana já havia sido mencionada em outros importantes documentos jurídicos, como a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919. Mas foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que ela adquiriu expressão internacional (BARROSO, 2013).

Alguns anos depois, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos foi realizada em Teerã (1968), seguida pela Conferência de Viena (1993). Ambos os eventos confirmaram a preocupação da comunidade internacional com os direitos humanos, tendo servido para reforçar as garantias já estabelecidas na Declaração de 1948; as duas conferências, na visão de Giovannetti (2009), são partes integrantes de um longo processo de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos.

Desde então, o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo cada vez mais incorporado ao ordenamento jurídico dos países, tendo sido adotado principalmente por constituições democráticas e utilizado como referência em diversos julgamentos em várias partes do mundo. No entanto, é importante sublinhar que, apesar da existência de inúmeros atos jurídicos que asseguram e reafirmam os direitos humanos, é necessário refletir sobre a sua real efetividade, que, infelizmente, em pleno século XXI, muitas vezes não é respeitada, e os direitos fundamentais são ignorados, embora imprescindíveis para uma experiência humana digna (BARROSO, 2013).

2.2 AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA COMO SUJEITOS DE DIREITOS.

De acordo com Kashiura Jr. (2015), ao se fazer menção ao sujeito de direito, tem-se que sua concepção está relacionada ao contexto do regime capitalista. Tal afirmação, segundo o autor, encontra seu lugar se considerar que, em nenhuma sociedade histórica anterior à sua formação, houve uma elevação ilimitada dos homens à condição de titular de direitos, reconhecendo condições objetivas que favoreçam a elevação de tais direitos ao status de condição universal. Para este autor, tal universalização somente foi possível a partir da universalidade proposta para o tratamento das mercadorias, conceito estabelecido no capitalismo.

Portanto, pode-se dizer, com base no pensamento de Kashiura Jr. (2015), que a universalização da circulação de mercadorias ocorrida no capitalismo também propiciou o nascimento da concepção da existência de um sujeito de direitos, cuja personificação teria uma relação intrínseca com o modo de produção social capitalista.

Ribas (2019), por sua vez, destaca que, na visão de Karl Marx, as pessoas participam ativamente das relações de troca no mercado (compra e venda) por meio da força de trabalho, o que as faria se reconhecer como proprietárias das mercadorias, formando, desse modo, uma relação que não assume forma a partir da elaboração de um contrato.

Em Marx, portanto, segundo Ribas (2019), haveria uma perspectiva diferente daquela apresentada por Stutchka, para quem o direito aparece no meio de uma relação social específica, incluindo, no entanto, como em todas as relações sociais que ocorrem em geral, um sistema de relações sociais que corresponda aos interesses da classe dominante, garantido pelo Estado.

Também difere, novamente segundo Ribas (2019), do ponto de vista citado por Pachukanis, para quem haveria uma especificidade na forma jurídica que exige a existência de certo equivalente de natureza geral, consubstanciado no acordo de vontade, mediada por lei. Portanto, para Pachukanis, a forma jurídica seria reflexo das relações que se estabelecem entre os proprietários de diferentes bens – no caso, os meios de produção e a força de trabalho (RIBAS, 2019).

Segundo Kashiura Jr (2015), é preciso perceber um vínculo entre a questão do direito e o capitalismo desde a descoberta do fenômeno da organização social burguesa, trazendo-a até o conhecimento mais profundo de sua estrutura e seu aspecto transicional característico. Em sua opinião, a obra de Marx é a que melhor reflete o tema do direito e da universalização da pessoa, como se pode verificar no seguinte excerto:

Foi, para tanto, necessário aguardar pela obra de maturidade de Marx. Só então foi possível desvendar o “segredo” último da universalização da personalidade jurídica: a universalização do homem como sujeito de direito é, ao mesmo tempo, a sua universalização como mercadoria – à disposição do movimento de valorização do capital. Disto decorre que o processo histórico de afirmação do sujeito de direito se identifica com o processo histórico mais geral de afirmação do modo de produção capitalista. O pleno desenvolvimento das relações de produção capitalistas exige o advento do sujeito de direito em sua dimensão universal. O advento do sujeito de direito em sua dimensão universal expressa o pleno desenvolvimento das relações de produção capitalista. Noutro extremo, isto implica que os diversos modos pelos quais a filosofia do direito “interpretou”, ao longo de sua própria história, o sujeito de direito e o fenômeno jurídico como um todo expressam, ao seu próprio modo, algo da história real do surgimento e consolidação da sociedade capitalista (KASHIURA JR., 2015, p. 65).

Em Ribas (2019) há também a possibilidade de discutir, com base nos escritos de Marx, a identidade jurídica diante da subjetividade da circulação mercantil da força de trabalho, elemento considerado essencial para o progresso do capitalismo.

Kashiura Jr. (2015), por sua vez, analisa conjuntamente as obras de Kant e Hengel, com foco nas mudanças históricas até a universalização e no sujeito do direito, conforme segue:

Em Kant, pude destacar o delineamento de uma filosofia moral cujo fundamento é a ideia da universalidade de um sujeito moral autônomo, portanto cuja base real última é a circulação mercantil e a universalização da forma atômica do indivíduo isolado proprietário de mercadorias. Procurei, em vista desta figura, demonstrar que o sacrifício da universalidade do sujeito de direito introduz uma contradição com relação à autonomia do sujeito moral e pode ser explicada como uma tentativa, por parte de Kant, de “racionalizar” relações sociais ainda residualmente feudais. Isto imediatamente coloca a concepção jurídica de Kant em correspondência com o seu tempo histórico: a ausência do sujeito de direito universal na filosofia do direito kantiano é reflexo de um capitalismo que ainda está em vias de desenvolver-se por completo (KASHIURA JR., 2015, p.67).

Sendo assim, segundo Kashiura Jr. (2015), em Kant é possível identificar uma menção incompleta ao sujeito de direito, que, retratado de modo precário, com restrição da visão mercantil e da circulação, apresenta, em sua essência, resquícios de princípios feudais. Em contrapartida, em Hegel, conforme o autor, pode-se verificar uma completude das tratativas conferidas ao sujeito de direito. Ou seja, não se tem a limitação que foi identificada em Kant.

Esta constatação é decorrente da identificação de uma universalidade do sujeito de direito na proposta de Hegel, que o faz a partir da correspondência que estabelece com o seu tempo, equivalente a uma sociedade capitalista que se encontra plenamente desenvolvida. Por tal perspectiva, seria possível vislumbrar a concepção hegeliana como alta representante jurídico da abordagem característica da circulação mercantil universal, fazendo com eu o sujeito de direito fosse alçado à condição de proprietário de si próprio, realizando, assim, com plenitude, a vontade livre intangível e interior que o constitui (KASHIURA JR., 2015).

De todo modo, mesmo que Hegel venha a expor o sujeito de direito universal e livre, é em Marx que se identifica o sujeito como sendo detentor de direito de maneira mais contemporânea, completa e madura, na medida em que se verifica uma articulação da troca de mercadoria, sendo esta facilitadora da universalização no modo de produção capitalista. Assim, em Marx encontramos o sujeito de direito atrelado ao trabalhador, à submissão e à força de trabalho do capital (RIBAS, 2019).

Para Kashiura Jr. (2015), a universalização trazida pelo sujeito de direito, referida anteriormente, revela o processo de modificações históricas que fez com que a força de trabalho tomasse a forma de mercadoria. Assim, para o autor, a partir do momento em que os indivíduos se tornaram sujeitos de direito, passaram estes a ser, também, “vendedores” de sua própria força de trabalho no âmbito da organização mercantil, em uma sociedade que busca a liberdade e a equidade jurídica.

De outra banda, deve-se considerar que a existência do sujeito como sendo detentor de direitos não está relacionada à humanidade do indivíduo. Isso porque, historicamente, o que se tem é que nem sempre se vislumbrou o sujeito como um sujeito de direitos. Como ocorreu, por exemplo, com os escravos, que eram considerados objetos e não sujeitos de direito. Sob tal perspectiva, tem-se que foi apenas após o gozo, pela sociedade, do individualismo, com o estabelecimento do capitalismo como sistema regente das relações sociais, que se passou a formular noções de indivíduo moderno e, conseqüentemente, de sujeito de direito (KASHIURA JR. 2015).

Deste modo, como bem se verifica na obra de Kashiura Jr. (2015), pode-se afirmar que, em nenhuma outra sociedade histórica, exceto a capitalista, foi possível verificar a exaltação de determinações formais de igualdade e liberdade jurídicas, bem como de sujeito de direito, e de outros aspectos mais, tais como o voluntarismo e a personalidade, que guardariam intrínseca relação com uma circulação mercantil universalizada.

No Brasil, a população em situação de rua ultrapassa a marca de 100 mil, segundo levantamento publicado em 2016 pelo IPEA, com dados de 2015 (ORLANDI, 2022). De acordo com os resultados da Pesquisa Nacional, os moradores de rua são predominantemente homens (82%), sendo que, destes, 67% são negros (CNMP, 2022).

A maioria possui como fonte de renda atividades realizadas no mercado informal (55,2%): 27,5% são catadores de materiais recicláveis; 14,1%, "flanelinhas"; 6,3% trabalhadores da construção civil; 4,2%, faxineiros; e 3,1%, carregadores e descarregadores. A maioria nunca teve carteira assinada ou, então, não trabalha formalmente há muito tempo. Apenas uma minoria (15%) é composta por mendigos, o que demonstra que, na realidade, a condição dos que se encontram, atualmente, em situação de rua no Brasil é de trabalhadores que exerceram alguma profissão no passado e não mais a tem (CNMP, 2022).

Quanto ao aspecto educacional, 74% são alfabetizados (leem e escrevem), sendo que 63% não concluíram o ensino fundamental, 15% nunca estudaram, e 5% frequentaram a escola. Cerca de 25% dos entrevistados afirmou não possuir documentos pessoais, o que dificulta o acesso a programas governamentais e serviços públicos e a obtenção de emprego formal. A pesquisa indicou que os principais motivos pelos quais os entrevistados começaram a viver na rua foram: alcoolismo e/ou uso de drogas (35,5%), perda do emprego (29,8%) e conflitos familiares (29,1%). Quanto à procedência, a pesquisa revela que a maioria dessas pessoas é de áreas urbanas (72%), do mesmo local ou de regiões próximas de onde estão, o que mostra que o êxodo rural não é mais expressivo nesse contexto (CNMP, 2022).

A concepção legal da expressão "pessoas em situação de rua", porém, é encontrada no Decreto nº 7.053, de 2009, que estabelece, em seu artigo 1º, o seguinte:

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de acordo com os princípios, diretrizes e objetivos previstos neste Decreto.

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória (BRASIL, 2009).

Este decreto estabeleceu, no país, a política nacional para a população em situação de rua no Brasil. A esse respeito, como bem destaca Ceolin, Terra e Carmona (2020), cabe destacar que, embora a política nacional voltada para a população em situação de rua não esteja expressamente prevista na Constituição Federal, ela manifesta sua relevância para a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais, uma vez que se dedica a assegurar, por exemplo, autonomia, convivência comunitária e familiar, segurança de renda e hospitalidade, indo além da ideia do mínimo existencial. Está, pois, conforme o autor, baseada na responsabilidade do Estado em matéria de saúde, tal como preconizado no artigo 196 da Constituição de 1988; habitação, como previsto nos artigos 23, inciso IX, e 182, ambos igualmente do texto constitucional; proteção da família, nos artigos 203 e 226, o que só acontece por meio da implementação de políticas públicas, incluindo a necessidade de uma política especial de moradores de rua.

3 - CONCLUSÃO

Como relatado neste artigo, a discriminação e o preconceito quanto à população em situação de rua são atitudes que têm sua origem fincada na concepção de que o indivíduo é inteiramente responsável pela precariedade de sua condição de vida. Porém, nem sempre é isso o que ocorre, já que, como demonstrado, os fatores que fazem com quem uma pessoa chegue a estar em situação de rua são variados. Contudo, ainda que nesta condição, ela não deixa de ser sujeito de direitos e deveres, o que o faz ser igualmente destinatário das ações governamentais para concretizar seus direitos fundamentais mais basilares e, assim, lhe conferir uma sobrevivência digna.

Deste modo, tendo-se em vista tudo o que aqui fora tratado, entende-se que o objetivo foi atingido, bem como respondida a questão-problema inicialmente suscitada.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ulisses Ferreira. Os Direitos Humanos na sala de Aula: a ética como Tema Transversal. São Paulo: Ed. Moderna, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF, 1988. Promulgada em 05/10/1988.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CEOLIN, Bruna; TERRA, Isabella Chiara; CARMONA, Rafael. População em situação de rua: estudo da realidade vivida. Humanidades em Perspectivas, v. 4, n. 8, 2020.
- Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. Guia de Atuação Ministerial - Defesa dos direitos das pessoas em situação de rua. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/8969-guia-de-atuacao-ministerial-defesa-dos-direitos-das-pessoas-em-situacao-de-rua>. Acesso em: 10 set. 2022.
- DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GIOVANNETTI, Andrea (org.). 60 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009.
- KASHIURA JR., Celso Naoto. Sujeito de direito e interpelação ideológica: considerações sobre a ideologia jurídica a partir de Pachukanis e Althusser. Revista Direito e Práxis, v. 6, n. 10, p. 49-70, 2015.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição de 1988. Revista LTr, v. 63, p. 588-591, mai. 1999.
- MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9. ed. São Paulo: RT, 2015.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. Forma sujeito histórica e sujeito de direito: as bases da sociedade capitalista e os gestos de interpretação. RUA, v. 28, n. 2, 2022.
- PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 8. ed. Salvador: JusPODVM, 2016.
- RIBAS, Luciana Marin. A pessoa em situação de rua como sujeito de direito: elementos críticos de uma política pública. 2019. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, J. A. da. Curso de direito constitucional positivo. 44. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.
- THEODORO, Marcelo Antonio. Direitos fundamentais & sua concretização. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. V. II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

24 RELIGIÃO EM AMBIENTE DE TRABALHO

Matheus Willian Andreazi Ramos
Luiz Geraldo do Carmo Gomes

RESUMO: A religião refere-se a questões sagradas, ligadas a estruturas formais, hierárquicas e, em certo sentido, fechadas. A atitude religiosa, porém, não constitui algo separado de toda a experiência humana, mas situa-se num horizonte de inteireza e integridade e constitui uma concepção unificadora da vida. Considerando as mais diversas religiões do mundo e o grande número de pessoas que continuam considerando esses preceitos em suas vidas, é necessário compreender a influência que essas mais diversas denominações podem exercer no cotidiano do ser humano. No ambiente organizacional, é crescente a busca por maior significado para o trabalho, trazendo à tona uma conexão entre crenças pessoais e negócios, como forma de humanização e reconhecimento de que os colaboradores possuem uma vida interior. Considerando a necessidade de pesquisas que levem em conta a influência direta da religião, suas práticas e tradições de fé sobre o indivíduo, bem como pesquisas que investiguem as relações sociais influenciadas por valores e crenças religiosas e a atuação desse indivíduo em organização, este artigo tem como objetivo tecer algumas reflexões sobre essas relações com base em publicações e estudos anteriores que abordaram esses aspectos direta ou indiretamente, sob a ótica do poder diretivo do empregador.

PALAVRAS-CHAVE: Religião. Espiritualidade. Relação Indivíduo-organização.

ABSTRACT OU RESUMEN: Religion refers to sacred issues, linked to formal, hierarchical and, in a sense, closed structures. The religious attitude, however, is not something separate from all human experience, but is situated in a horizon of wholeness and integrity and constitutes a unifying conception of life. Considering the most diverse religions in the world and the large number of people who continue to consider these precepts in their lives, it is necessary to understand the influence that these most diverse denominations can exert on the daily life of human beings. In the organizational environment, the search for greater meaning for work is growing, bringing to light a connection between personal beliefs and business, as a form of humanization and recognition that employees have an inner life. Considering the need for research that takes into account the direct influence of religion, its practices and faith traditions on the individual, as well as research that investigates social relations influenced by religious values and beliefs and the performance of this individual in an organization, this article has with the objective to weave some reflections on these relations from publications and previous studies that approached these aspects directly or indirectly.

KEYWORDS: Religion. Spirituality. Individual-organization Relationship.

INTRODUÇÃO:

A religião refere-se a questões sagradas, ligadas a estruturas formais, hierárquicas e, em certo sentido, fechadas. Alguns autores, no entanto, esclarecem que viver experiências religiosas não é romper com o mundo e a realidade, mas manter-se em sintonia com eles, dando a capacidade de perceber a influência dessas atitudes no cotidiano e ainda que a vivência e as práticas religiosas das mulheres encarnam um visão de mundo distinta, mas trazem à tona certos valores e papéis sociais (DURKHEIM, 1989; CAVANAGH, 2013).

A atitude religiosa, de fato, não constitui algo separado de toda experiência humana, não é uma atividade segmentada que se opõe simplesmente a outras atividades (no campo do trabalho, do esporte, da educação etc.), mas é colocada em um horizonte de inteireza e integridade e constitui - como expresso por Allport - uma concepção unificadora de vida (Allport, 1968). Conseqüentemente, uma pessoa de fé atribui significado religioso às suas atividades cotidianas (trabalho, esporte, profissão, engajamento político, entre outras) e coloca de certa forma as escolhas que fará e os projetos que realizará na perspectiva religiosa para desenvolver.

Considerando as mais diversas religiões existentes no mundo, é preciso compreender a influência que estas podem exercer no cotidiano do ser humano, observada pela mudança de suas atitudes no campo individual ou social. Essas experiências introduzem a pessoa em um mundo que só pode ser compreendido por quem viveu as mesmas experiências ou passou pelos mesmos rituais. Essa experiência traz à tona alguns sentimentos que o deixam mais confiante, facilitando a superação ou o esquecimento das situações difíceis da vida (PAIVA, 2018).

No ambiente organizacional, a busca por maior significado para o trabalho é crescente. Nesse contexto, a orientação religiosa muitas vezes ultrapassa os objetivos pessoais, criando um elo entre as crenças pessoais e os negócios, carregando toda uma carga de valores, comuns à maioria das religiões. É uma forma de humanização e reconhecimento de que os colaboradores possuem uma vida interior, além de proporcionar uma nova perspectiva de realização pessoal no trabalho (SILVA; SIQUEIRA, 2019).

Alguns estudos mostram a influência da religião na vida do indivíduo, nas suas relações na sociedade, nas suas conquistas a nível pessoal e na sociedade (ZUCKERMAN, 2019), bem como na vida profissional (WEBLEY, 2021), mas focando mais em aspectos da espiritualidade no ambiente de trabalho.

Diante da necessidade de pesquisas que levem em conta a influência direta da religião, suas práticas e tradições de fé sobre o indivíduo, pesquisas que investiguem as relações sociais influenciadas por valores e crenças religiosas e na atuação desse indivíduo na organização, o presente artigo visa tecer algumas reflexões sobre essas relações com base em publicações e estudos anteriores que abordaram esses aspectos direta ou indiretamente, sob a ótica do poder diretivo do empregador.

DESENVOLVIMENTO:

No curso normal das relações sociais, a tipificação das relações de trabalho põe fim aos regimes de servidão e escravidão, bem como exclui outras formas de trabalho forçado, em que os seres humanos trabalham por interesses alheios à sua vontade. Com o contrato de trabalho, o homem assumiu o direito de ter seu próprio trabalho, de acordo com suas necessidades, utilizando-o como moeda de troca para garantir sua dignidade e sustentos (GARCIA, 2020).

A consciência de que a única liberdade formal do trabalhador pode ser tão ou mais cruel do que os regimes institucionalizados de exploração laboral tornou necessário um instrumento jurídico específico para restabelecer o equilíbrio entre as partes. Portanto, era preciso estabelecer limites à autonomia privada dos sujeitos envolvidos e, no contexto contratual, a lei interveio ao invés de prevalecer cláusulas determinadas por ambos, estabelecendo condições e garantindo padrões mínimos de conduta, ainda que contrários à vontade das partes, tanto empregador como empregado (DELGADO, 2013).

Esta foi, a princípio, a forma encontrada pelo Direito do Trabalho para minar os desequilíbrios econômicos e contratuais. Se, em princípio, a lei apenas interferiu e impôs limites, posteriormente, na melhoria das relações de trabalho e, sobretudo, das relações coletivas de trabalho, surgiram outras fontes de limitação, como as normas coletivas de trabalho (GARCIA, 2020).

A farta regularização do contrato de trabalho tem sido assumida por alguns autores como sendo a circunstância que faz com que ele assuma contornos ainda mais contratuais, definindo, desse modo, a sua natureza jurídica. A liberdade, que lhe é característica, residiria no consentimento para estabelecimento da relação de trabalho, e não na liberdade de determinação do seu conteúdo (DELGADO, 2013).

Neste momento de transformação das relações sociais, a concepção aqui anunciada remete à constatação de uma contratualização das relações de trabalho, as quais são abrangidas por um modelo jurídico detentor de características próprias. Entretanto, mesmo com os limites à autonomia das Estado, os ajustes contratuais nas relações de trabalho trouxeram maiores garantias de harmonia e estabilidade na vida social, uma vez que o contrato de trabalho contempla várias prioridades: parte dos empregados e a busca da redução de custos para maximizar os lucros por parte dos empregadores (DELGADO, 2013).

Para Delgado (2013), ao conhecer antecipadamente as obrigações e deveres atribuídos a cada parte na relação de trabalho, os indivíduos aproximam-se de um ideal de paz. Ou, como bem explica Nascimento (2021), a

institucionalização do contrato de trabalho tornaria possível o estabelecimento de um novo e um melhor posicionamento sobre o problema verificado nas relações de trabalho.

De todo o exposto, depreende-se que o contrato de trabalho se consolidou como instrumento jurídico fundamental nas diversas legislações que visavam as relações de trabalho subordinadas, consolidando-se, desse modo, como sendo um contrato específico, não comparável a outros tipos. Tal diferenciação decorre em grande parte dos efeitos nocivos do individualismo ortodoxo que marcou o período da pós-revolução industrial, justificando-se por uma observação bastante óbvia e de extrema relevância: seu objeto não é uma mercadoria qualquer, mas algo inerente ao próprio trabalhador (GARCIA, 2020).

Neste sentido, pode-se dizer, portanto, que a exploração do contrato de trabalho, ao mesmo tempo em que teria representado uma conscientização sobre a grave questão social, desestimulou, na medida do possível, os antagonismos existentes entre empregadores e empregados, servindo, assim, de suporte para interesses conflitantes.

Ao se analisar a questão da contratualização das relações de trabalho, deve-se tomar por assertiva inicial que a existência de um contrato de trabalho pressupõe que exista uma relação de emprego entre as partes contratantes. Neste sentido reside a lição emanada da obra de Silva (2021, p. 29), para quem a relação de emprego pode ser definida da seguinte forma:

[...] Daí ser possível dizer que, onde houver empenho da energia humana, ali haverá trabalho, sob qualquer condição, a título gratuito ou oneroso, com ou sem subordinação às ordens alheias, de forma repetitiva ou ocasional. Todavia, para que o trabalho atinja patamar de emprego, faz-se necessário que a atividade seja revestida das exigências legais em torno da subordinação, da onerosidade, da pessoalidade e da habitualidade.

Portanto, para ser considerado instrumento anunciativo de uma relação de emprego, o contrato deve conter em si alguns requisitos, que estão estabelecidos no texto da CLT, e devem ser respeitados ao mesmo tempo, conforme explica Romar (2021, p. 120):

[...] A existência de relação de emprego somente se verifica quando todas estas características estiverem presentes ao mesmo tempo. A ausência de um ou de alguns desses elementos caracterizadores pode implicar na existência de uma relação de trabalho, mas, jamais, de uma relação de emprego.

Portanto, para que se considere esta relação como sendo relação de emprego – ou seja, uma relação em que se tenha caracterizado o vínculo empregatício, o trabalho deve ser realizado de forma contínua ao empregador, visto que o trabalho ocasional não consolida vínculo a ser protegido pela CLT. Deve também ter a subordinação do trabalhador às ordens de seu empregador (subordinação), com pagamento de uma contraprestação pelos serviços prestados (salário, que corresponde ao requisito de onerosidade), e sem a possibilidade de se fazer substituir na prestação dos serviços (requisito da personalidade). Este também é o entendimento expresso por Martins Filho (2008, p. 23), que desta forma se posiciona: “[...] relação de emprego: relação jurídica de natureza contratual entre empregado e empregador que tem como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado”.

Especifica-se assim, como já referido, que, para caracterizar a relação de emprego, deve-se contar com a presença concomitante de todos estes requisitos, de modo que a falta de qualquer um destes elementos (subordinação, habitualidade ou continuidade, personalidade e onerosidade) comprometeria a caracterização da relação laboral. O efeito prático disto seria a não aplicação das normas celetistas à relação, que encerra em si uma série de normas trabalhistas para proteção do trabalhador.

Já o empregador pode ser conceituado como sendo a pessoa jurídica ou física que, assumindo os riscos da atividade econômica, controla e dirige a oferta de pessoas e serviços. Este conceito também é retomado pelo artigo 2º da CLT, sendo necessário trazer os esclarecimentos pontuados por Martins (2018, p. 175) em sua obra, para quem:

A CLT dispõe que o empregador é a empresa. Para uns, a empresa é sujeito de direito, enquanto para outros é objeto de direito, analisada como um conjunto de bens, que não seria equiparável a sujeito de direito. Empregador deveria ser a pessoa física ou jurídica para aqueles que entendem que o empregador não é sujeito, mas objeto de direito. Não deixa de ser empregador aquela atividade organizada que vende bens ou serviços, mas que não tem finalidade de lucro, como as associações, as atividades de beneficência etc.

Contrastando os conceitos celetistas dados às partes figurantes de um contrato de trabalho (empregado e empregador), nota-se que, para que um trabalhador seja considerado empregado, e tenha à relação que estabelece com seu empregador aplicadas as normas celetistas, deve-se fazer presente, dentre outros, o requisito de subordinação, que estabelece que o trabalhador deve seguir as ordens dadas por seus superiores.

Nesse sentido, uma importante lição é destacada por Schwarz (2011), segundo o qual incumbe ao empregador a tomada de decisão sobre de que forma utilizará a mão de obra posta pelo trabalhador à sua disposição. Sobre isso, dispõe o autor que ao empregador é dado o poder de organização de seu empreendimento, incumbindo-lhe, a tarefa de decidir qual atividade será exercida em seu âmbito laboral, bem como qual o horário a ser cumprido e onde será o local de trabalho, qual o número de empregados a serem contratados, dentre outras medidas que aparecem como definidoras da atividade desenvolvida pelo empregado.

Outras disposições que também se referem a esse poder patronal estão igualmente presentes no texto celetista. É o caso, por exemplo, do artigo 468, parágrafo único, que prevê a prerrogativa de retorno ao cargo efetivo do empregado que ocupa cargo de confiança. Além deste, o artigo 469 também contém um exemplo da concretização deste poder, que se manifesta por ocasião da transferência do posto de trabalho, e o artigo 474, que permite a suspensão disciplinar do trabalhador.

O poder diretivo do empregador corresponde ao oposto da subordinação jurídica do trabalhador, e vem sendo conceituado pela doutrina considerando-se diferentes perspectivas de análise do seu cerne. Neste sentido, cite-se Nascimento (2020), segundo quem o empregador tem o direito de determinar as modalidades de exercício da atividade do trabalhador, considerando-se o que expresso no âmbito do contrato de trabalho estabelecido entre as partes.

Magano (2012), por sua vez, defende que o poder diretivo deve ser visto como uma capacidade e não como uma faculdade. Isto ocorre pelo fato de que, em sua opinião, a concepção deste poder enquanto uma faculdade apontaria para o sentido de que se trata ele de um mero atributo conferido pela lei, de modo que não se poderia contemplar uma extensão maior do objeto a ser definido – o que não é verdade.

Neste sentido, para o autor, o poder diretivo deve ser entendido como a capacidade, decorrente de seu direito subjetivo ou da organização empresarial, de determinar a estrutura técnica e econômica da empresa, bem como de assumir conteúdos concretos para o trabalhador da atividade, visando a realização de seus fins (MAGANO, 2012).

Delgado (2013), por sua vez, o considera no âmbito de uma empresa como sendo uma relação contratual complexa. Neste sentido, a seu ver, muito embora não esteja ele concentrado apenas nas mãos do empregador, há uma tendência para tal concentração. Diante do contexto, aponta o autor para a existência de quatro principais correntes doutrinárias fundadas na natureza jurídica do poder diretivo. São elas: o poder diretivo como direito imperativo; poder diretivo como direito subjetivo; poder diretivo como poder hierárquico; e poder diretivo como direito-função (MARTINS, 2018).

O poder diretivo enquanto direito imperativo parte da concepção que tem eficácia automática, havendo assim a possibilidade de seu exercício por mera declaração de vontade de seu titular. Para Delgado (2013), isso produziria um estado de sujeição do sujeito passivo. Esta corrente, portanto, atribui ao empregador o exercício do poder diretivo conforme sua determinação, obedecendo apenas à sua vontade, devendo o trabalhador submeter-se por dever de obediência.

Tal teoria prevaleceu durante o século XIX até meados do século XX, quando ao empregador foram concedidos poderes quase absolutos. No entanto, ainda na segunda metade do século XX, alguns estudiosos passaram a atribuir ao poder diretivo a natureza jurídica de um direito estatutário (DELGADO, 2013).

A segunda corrente atribui ao poder diretivo à natureza de direito subjetivo. Refere-se à autorização concedida pelo ordenamento jurídico ao titular do poder diretivo para exercê-lo dentro dos limites da norma legal. Em outras palavras, esse poder não se traduz na criação de regras de autorregulação, mas na possibilidade que se estabelece ao empregador de atuar dentro dos parâmetros estabelecidos pelas regras (MARTINS, 2018).

O exercício desse direito subjetivo pelo empregador se opõe à obrigação do trabalhador de obedecer às ordens dadas, representando, assim, certo avanço no estado de sujeição, proposto pela corrente anterior. Isto porque a responsabilidade é diferente da obrigação, na medida em que esta última implica uma ação para o cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo, enquanto a responsabilidade pode resultar em uma impotência do sujeito passivo em relação ao sujeito passivo. Este avanço, no entanto, não foi muito significativo, pois não ultrapassou a percepção rígida, unilateral e assimétrica assumida pelo fenômeno, mantendo no empresário a propriedade isolada de uma vantagem, proporcionada pela conduta em conformidade com a lei (DELGADO, 2013).

A terceira vertente liga o conceito de poder hierárquico às experiências autoritárias do século XX. É uma corrente que tem suas raízes na concepção da empresa como organização autônoma, ainda que condicionada aos fins superiores da produção nacional, dirigida pelo Estado. Trata-se, portanto, de um resíduo emanado do corporativismo, no qual o empregador não prevalece como condutor e intérprete dos interesses da entidade, ao qual o trabalhador deve se submeter hierarquicamente (MARTINS, 2018).

Já a concepção do poder diretivo enquanto direito-função corresponde à autoridade para se impor a outrem o exercício de determinada função. Tal autoridade vem de uma norma jurídica, por isso diz-se ser de direito-função, estando tal teoria calcada no princípio da autonomia contratual. Sendo assim, como o poder diretivo é advindo do contrato, o seu exercício poderia se dar com restrições, devendo-se sempre manter observância às necessidades de bom desenvolvimento da empresa, sem contemplar outra finalidade (DELGADO, 2013).

Apesar da relevância dessas construções doutrinárias, é certo que nenhuma dessas correntes foi capaz de responder ao processo de conquista democrática da empresa ocorrido durante o século XX, sendo compatível apenas com a configuração despótica dentro da organização.

De qualquer forma, o que se tem é que o poder diretivo do empregador corresponde à capacidade que é a ele atribuída de determinação do modo como a atividade do empregado deve ser exercida em função da existência de uma relação de emprego. Ele abrange, pois, os poderes de organização, controle e disciplinar, nos moldes do que descrito no artigo 2º do texto celetista, como aqui fora brevemente anunciado.

Ressalta-se que o poder diretivo serve para que o empregador possa exigir alguns comportamentos dos seus empregados. O objetivo principal é organizar, produzir da melhor forma possível e fiscalizar aquilo que entender devido e nos limites da lei. Neste sentido, Martinez (2019, p. 268) ensina que:

O poder de organização é uma variável do poder diretivo que permite ao empregador dentro da lei, a expedição de comandos que orientam o modo como os serviços devem ser realizados. Esses comandos podem ser positivos ou negativos, gerais ou específicos, diretos ou delegados, verbais ou escritos. Quando reduzidos a termo, os atos patronais podem ser materializados em ordens de serviço, circulares, avisos, portarias, memorandos, instruções ou comunicados.

O poder de fiscalização também é uma variável do poder diretivo que permite ao empregador, dentro dos limites da lei, por atuação pessoal, de prepostos ou de aparatos mecânicos/eletrônicos, controlar a execução dos serviços de seus empregados, bem como a maneira como estes foram prestados.

O poder disciplinar é a terceira variável do poder diretivo que permite ao empregador de modo pessoal e intransferível, dentro dos limites da lei, apenar o empregado transgressor de suas ordens, de seus comandos (ou das suas ordens e comandos emitidos por terceiros legitimados pelo empregador). Não se pode esquecer que o

poder disciplinar, como última ratio do poder diretivo, é igualmente institucionalizado. A sanção aplicada ao empregado é a resultante da infração a condutas relacionadas ao contrato de emprego.

Assim, será analisado no presente estudo se esse poder diretivo disciplinar, poderá ser aplicado em caso de não atendimento do empregado as ordens aplicadas pelo empregador.

Buscando atender o objetivo deste estudo, é preciso que se contraponha o interesse individual diante do interesse público, ressaltando a supremacia deste último em relação ao primeiro. Neste tocante, é necessário, também, pontuar de que modo o empregador pode reagir, valendo-se de seu poder diretivo, com o empregado que se nega a cumprir norma de interesse público em função de interesse individual, razão pela qual se propõe a elaboração do subcapítulo seguinte.

No curso normal das relações sociais, a tipificação das relações de trabalho põe fim aos regimes de servidão e escravidão, bem como exclui outras formas de trabalho forçado, em que os seres humanos trabalham por interesses alheios à sua vontade. Com o contrato de trabalho, o homem assumiu o direito de ter seu próprio trabalho, de acordo com suas necessidades, utilizando-o como moeda de troca para garantir sua dignidade e sustentos (GARCIA, 2020).

A consciência de que a única liberdade formal do trabalhador pode ser tão ou mais cruel do que os regimes institucionalizados de exploração laboral tornou necessário um instrumento jurídico específico para restabelecer o equilíbrio entre as partes. Portanto, era preciso estabelecer limites à autonomia privada dos sujeitos envolvidos e, no contexto contratual, a lei interveio ao invés de prevalecer cláusulas determinadas por ambos, estabelecendo condições e garantindo padrões mínimos de conduta, ainda que contrários à vontade das partes, tanto empregador como empregado (DELGADO, 2013).

Esta foi, a princípio, a forma encontrada pelo Direito do Trabalho para minar os desequilíbrios econômicos e contratuais. Se, em princípio, a lei apenas interferiu e impôs limites, posteriormente, na melhoria das relações de trabalho e, sobretudo, das relações coletivas de trabalho, surgiram outras fontes de limitação, como as normas coletivas de trabalho (GARCIA, 2020).

A falta regularização do contrato de trabalho tem sido assumida por alguns autores como sendo a circunstância que faz com que ele assuma contornos ainda mais contratuais, definindo, desse modo, a sua natureza jurídica. A liberdade, que lhe é característica, residiria no consentimento para estabelecimento da relação de trabalho, e não na liberdade de determinação do seu conteúdo (DELGADO, 2013).

Neste momento de transformação das relações sociais, a concepção aqui anunciada remete à constatação de uma contratualização das relações de trabalho, as quais são abrangidas por um modelo jurídico detentor de características próprias. Entretanto, mesmo com os limites à autonomia das partes impostos pelas normas, que foram modificadas ao longo do tempo pelo Estado, os ajustes contratuais nas relações de trabalho trouxeram maiores garantias de harmonia e estabilidade na vida social, uma vez que o contrato de trabalho contempla várias prioridades: parte dos empregados e a busca da redução de custos para maximizar os lucros por parte dos empregadores (DELGADO, 2013).

Para Delgado (2013), ao conhecer antecipadamente as obrigações e deveres atribuídos a cada parte na relação de trabalho, os indivíduos aproximam-se de um ideal de paz. Ou, como bem explica Nascimento (2021), a institucionalização do contrato de trabalho tornaria possível o estabelecimento de um novo e um melhor posicionamento sobre o problema verificado nas relações de trabalho.

De todo o exposto, depreende-se que o contrato de trabalho se consolidou como instrumento jurídico fundamental nas diversas legislações que visavam as relações de trabalho subordinadas, consolidando-se, desse modo, como sendo um contrato específico, não comparável a outros tipos. Tal diferenciação decorre em grande parte dos efeitos nocivos do individualismo ortodoxo que marcou o período da pós-revolução industrial, justificando-se por uma observação bastante óbvia e de extrema relevância: seu objeto não é uma mercadoria qualquer, mas algo inerente ao próprio trabalhador (GARCIA, 2020).

Neste sentido, pode-se dizer, portanto, que a exploração do contrato de trabalho, ao mesmo tempo em que teria representado uma conscientização sobre a grave questão social, desestimulou, na medida do possível, os

antagonismos existentes entre empregadores e empregados, servindo, assim, de suporte para interesses conflitantes.

Ao se analisar a questão da contratualização das relações de trabalho, deve-se tomar por assertiva inicial que a existência de um contrato de trabalho pressupõe que exista uma relação de emprego entre as partes contratantes. Neste sentido reside a lição emanada da obra de Silva (2021, p. 29), para quem a relação de emprego pode ser definida da seguinte forma:

[...] Daí ser possível dizer que, onde houver empenho da energia humana, ali haverá trabalho, sob qualquer condição, a título gratuito ou oneroso, com ou sem subordinação às ordens alheias, de forma repetitiva ou ocasional. Todavia, para que o trabalho atinja patamar de emprego, faz-se necessário que a atividade seja revestida das exigências legais em torno da subordinação, da onerosidade, da pessoalidade e da habitualidade.

Portanto, para ser considerado instrumento anunciativo de uma relação de emprego, o contrato deve conter em si alguns requisitos, que estão estabelecidos no texto da CLT, e devem ser respeitados ao mesmo tempo, conforme explica Romar (2021, p. 120):

[...] A existência de relação de emprego somente se verifica quando todas estas características estiverem presentes ao mesmo tempo. A ausência de um ou de alguns desses elementos caracterizadores pode implicar na existência de uma relação de trabalho, mas, jamais, de uma relação de emprego.

Portanto, para que se considere esta relação como sendo relação de emprego – ou seja, uma relação em que se tenha caracterizado o vínculo empregatício, o trabalho deve ser realizado de forma contínua ao empregador, visto que o trabalho ocasional não consolida vínculo a ser protegido pela CLT. Deve também ter a subordinação do trabalhador às ordens de seu empregador (subordinação), com pagamento de uma contraprestação pelos serviços prestados (salário, que corresponde ao requisito de onerosidade), e sem a possibilidade de se fazer substituir na prestação dos serviços (requisito da personalidade). Este também é o entendimento expresso por Martins Filho (2008, p. 23), que desta forma se posiciona: “[...] relação de emprego: relação jurídica de natureza contratual entre empregado e empregador que tem como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado”.

Especifica-se assim, como já referido, que, para caracterizar a relação de emprego, deve-se contar com a presença concomitante de todos estes requisitos, de modo que a falta de qualquer um destes elementos (subordinação, habitualidade ou continuidade, personalidade e onerosidade) comprometeria a caracterização da relação laboral. O efeito prático disto seria a não aplicação das normas celetistas à relação, que encerra em si uma série de normas trabalhistas para proteção do trabalhador.

Já o empregador pode ser conceituado como sendo a pessoa jurídica ou física que, assumindo os riscos da atividade econômica, controla e dirige a oferta de pessoas e serviços. Este conceito também é retomado pelo artigo 2º da CLT, sendo necessário trazer os esclarecimentos pontuados por Martins (2018, p. 175) em sua obra, para quem:

A CLT dispõe que o empregador é a empresa. Para uns, a empresa é sujeito de direito, enquanto para outros é objeto de direito, analisada como um conjunto de bens, que não seria equiparável a sujeito de direito. Empregador deveria ser a pessoa física ou jurídica para aqueles que entendem que o empregador não é sujeito, mas objeto de direito. Não deixa de ser empregador aquela atividade organizada que vende bens ou serviços, mas que não tem finalidade de lucro, como as associações, as atividades de beneficência etc.

Contrastando os conceitos celetistas dados às partes figurantes de um contrato de trabalho (empregado e empregador), nota-se que, para que um trabalhador seja considerado empregado, e tenha à relação que

estabelece com seu empregador aplicadas as normas celetistas, deve-se fazer presente, dentre outros, o requisito de subordinação, que estabelece que o trabalhador deve seguir as ordens dadas por seus superiores.

Nesse sentido, uma importante lição é destacada por Schwarz (2011), segundo o qual incumbe ao empregador a tomada de decisão sobre de que forma utilizará a mão de obra posta pelo trabalhador à sua disposição. Sobre isso, dispõe o autor que ao empregador é dado o poder de organização de seu empreendimento, incumbindo-lhe, a tarefa de decidir qual atividade será exercida em seu âmbito laboral, bem como qual o horário a ser cumprido e onde será o local de trabalho, qual o número de empregados a serem contratados, dentre outras medidas que aparecem como definidoras da atividade desenvolvida pelo empregado.

Outras disposições que também se referem a esse poder patronal estão igualmente presentes no texto celetista. É o caso, por exemplo, do artigo 468, parágrafo único, que prevê a prerrogativa de retorno ao cargo efetivo do empregado que ocupa cargo de confiança. Além deste, o artigo 469 também contém um exemplo da concretização deste poder, que se manifesta por ocasião da transferência do posto de trabalho, e o artigo 474, que permite a suspensão disciplinar do trabalhador.

O poder diretivo do empregador corresponde ao oposto da subordinação jurídica do trabalhador, e vem sendo conceituado pela doutrina considerando-se diferentes perspectivas de análise do seu cerne. Neste sentido, cite-se Nascimento (2020), segundo quem o empregador tem o direito de determinar as modalidades de exercício da atividade do trabalhador, considerando-se o que expresso no âmbito do contrato de trabalho estabelecido entre as partes.

Magano (2012), por sua vez, defende que o poder diretivo deve ser visto como uma capacidade e não como uma faculdade. Isto ocorre pelo fato de que, em sua opinião, a concepção deste poder enquanto uma faculdade apontaria para o sentido de que se trata ele de um mero atributo conferido pela lei, de modo que não se poderia contemplar uma extensão maior do objeto a ser definido – o que não é verdade.

Neste sentido, para o autor, o poder diretivo deve ser entendido como a capacidade, decorrente de seu direito subjetivo ou da organização empresarial, de determinar a estrutura técnica e econômica da empresa, bem como de assumir conteúdos concretos para o trabalhador da atividade, visando a realização de seus fins (MAGANO, 2012).

Delgado (2013), por sua vez, o considera no âmbito de uma empresa como sendo uma relação contratual complexa. Neste sentido, a seu ver, muito embora não esteja ele concentrado apenas nas mãos do empregador, há uma tendência para tal concentração. Diante do contexto, aponta o autor para a existência de quatro principais correntes doutrinárias fundadas na natureza jurídica do poder diretivo. São elas: o poder diretivo como direito imperativo; poder diretivo como direito subjetivo; poder diretivo como poder hierárquico; e poder diretivo como direito-função (MARTINS, 2018).

O poder diretivo enquanto direito imperativo parte da concepção que tem eficácia automática, havendo assim a possibilidade de seu exercício por mera declaração de vontade de seu titular. Para Delgado (2013), isso produziria um estado de sujeição do sujeito passivo. Esta corrente, portanto, atribui ao empregador o exercício do poder diretivo conforme sua determinação, obedecendo apenas à sua vontade, devendo o trabalhador submeter-se por dever de obediência.

Tal teoria prevaleceu durante o século XIX até meados do século XX, quando ao empregador foram concedidos poderes quase absolutos. No entanto, ainda na segunda metade do século XX, alguns estudiosos passaram a atribuir ao poder diretivo a natureza jurídica de um direito estatutário (DELGADO, 2013).

A segunda corrente atribui ao poder diretivo à natureza de direito subjetivo. Refere-se à autorização concedida pelo ordenamento jurídico ao titular do poder diretivo para exercê-lo dentro dos limites da norma legal. Em outras palavras, esse poder não se traduz na criação de regras de autorregulação, mas na possibilidade que se estabelece ao empregador de atuar dentro dos parâmetros estabelecidos pelas regras (MARTINS, 2018).

O exercício desse direito subjetivo pelo empregador se opõe à obrigação do trabalhador de obedecer às ordens dadas, representando, assim, certo avanço no estado de sujeição, proposto pela corrente anterior. Isto porque a responsabilidade é diferente da obrigação, na medida em que esta última implica uma ação para o cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo, enquanto a responsabilidade pode resultar em uma impotência do

sujeito passivo em relação ao sujeito passivo. Este avanço, no entanto, não foi muito significativo, pois não ultrapassou a percepção rígida, unilateral e assimétrica assumida pelo fenômeno, mantendo no empresário a propriedade isolada de uma vantagem, proporcionada pela conduta em conformidade com a lei (DELGADO, 2013).

A terceira vertente liga o conceito de poder hierárquico às experiências autoritárias do século XX. É uma corrente que tem suas raízes na concepção da empresa como organização autônoma, ainda que condicionada aos fins superiores da produção nacional, dirigida pelo Estado. Trata-se, portanto, de um resíduo emanado do corporativismo, no qual o empregador não prevalece como condutor e intérprete dos interesses da entidade, ao qual o trabalhador deve se submeter hierarquicamente (MARTINS, 2018).

Já a concepção do poder diretivo enquanto direito-função corresponde à autoridade para se impor a outrem o exercício de determinada função. Tal autoridade vem de uma norma jurídica, por isso diz-se ser de direito-função, estando tal teoria calcada no princípio da autonomia contratual. Sendo assim, como o poder diretivo é advindo do contrato, o seu exercício poderia se dar com restrições, devendo-se sempre manter observância às necessidades de bom desenvolvimento da empresa, sem contemplar outra finalidade (DELGADO, 2013).

Apesar da relevância dessas construções doutrinárias, é certo que nenhuma dessas correntes foi capaz de responder ao processo de conquista democrática da empresa ocorrido durante o século XX, sendo compatível apenas com a configuração despótica dentro da organização.

De qualquer forma, o que se tem é que o poder diretivo do empregador corresponde à capacidade que é a ele atribuída de determinação do modo como a atividade do empregado deve ser exercida em função da existência de uma relação de emprego. Ele abrange, pois, os poderes de organização, controle e disciplinar, nos moldes do que descrito no artigo 2º do texto celetista, como aqui fora brevemente anunciado.

Ressalta-se que o poder diretivo serve para que o empregador possa exigir alguns comportamentos dos seus empregados. O objetivo principal é organizar, produzir da melhor forma possível e fiscalizar aquilo que entender devido e nos limites da lei. Neste sentido, Martinez (2019, p. 268) ensina que:

O poder de organização é uma variável do poder diretivo que permite ao empregador dentro da lei, a expedição de comandos que orientam o modo como os serviços devem ser realizados. Esses comandos podem ser positivos ou negativos, gerais ou específicos, diretos ou delegados, verbais ou escritos. Quando reduzidos a termo, os atos patronais podem ser materializados em ordens de serviço, circulares, avisos, portarias, memorandos, instruções ou comunicados.

O poder de fiscalização também é uma variável do poder diretivo que permite ao empregador, dentro dos limites da lei, por atuação pessoal, de prepostos ou de aparatos mecânicos/eletrônicos, controlar a execução dos serviços de seus empregados, bem como a maneira como estes foram prestados.

O poder disciplinar é a terceira variável do poder diretivo que permite ao empregador de modo pessoal e intransferível, dentro dos limites da lei, apenar o empregado transgressor de suas ordens, de seus comandos (ou das suas ordens e comandos emitidos por terceiros legitimados pelo empregador). Não se pode esquecer que o poder disciplinar, como última ratio do poder diretivo, é igualmente institucionalizado. A sanção aplicada ao empregado é a resultante da infração a condutas relacionadas ao contrato de emprego.

Assim, será analisado no presente estudo se esse poder diretivo disciplinar, poderá ser aplicado em caso de não atendimento do empregado as ordens aplicadas pelo empregador.

Buscando atender o objetivo deste estudo, é preciso que se contraponha o interesse individual diante do interesse público, ressaltando a supremacia deste último em relação ao primeiro. Neste tocante, é necessário, também, pontuar de que modo o empregador pode reagir, valendo-se de seu poder diretivo, com o empregado que se nega a cumprir norma de interesse público em função de interesse individual, razão pela qual se propõe a elaboração do subcapítulo seguinte.

CONCLUSÃO:

Os principais resultados obtidos demonstraram que a religião refere-se a questões sagradas, ligadas a estruturas formais, hierárquicas e, em certo sentido, fechadas. A atitude religiosa, porém, não constitui algo separado de toda a experiência humana, mas situa-se num horizonte de inteireza e integridade e constitui uma concepção unificadora da vida.

Sendo assim, considerando as mais diversas religiões do mundo e o grande número de pessoas que continuam considerando esses preceitos em suas vidas, é necessário compreender a influência que essas mais diversas denominações podem exercer no cotidiano do ser humano.

REFERÊNCIAS:

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo i Soggetti Attivi e L'Esplicazione Della Funzione Amministrativa*. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1978.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARISTÓTELES. *A Ética*. Trad. Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Organizadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de direito do trabalho*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder diretivo da empresa*. Tese. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual Esquemático de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 35 ed. São Paulo: Malheiros; Salvador: Juspodvim, 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro *Curso de Direito do Trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Curso de iniciação ao Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GT3: DIREITO PRIVADO

(DIREITO CIVIL, DIREITO EMPRESARIAL, DIREITO DO
CONSUMIDOR, DIREITO ECONÔMICO, DIREITO DIGITAL,
DIREITO PROCESSUAL CIVIL, DIREITO DO TRABALHO,
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO, ETC)

25 A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO NO PROCESSO CIVIL

Luis Gustavo Liberato Tizzo
Maria Eduarda Trizi Ariza

RESUMO: A pesquisa se desenvolverá através da análise da eficácia do processo de execução por quantia certa, compreendendo os mecanismos de expropriação patrimonial e ferramentas auxiliares disponíveis ao Poder Judiciário, tendo como fim proporcionar ao credor da obrigação a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação. O presente artigo foi desenvolvido em três capítulos, dispendo acerca da execução em geral, da responsabilidade patrimonial e do procedimento para satisfação do débito. Tem por objetivo estudar os meios executórios com fim de conduzir a execução processual de forma mais célere e eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Execução. Penhora. Métodos executivos atípicos.

ABSTRACT OU RESUMEN: The research will be developed through the analysis of the effectiveness of the execution process for a sum certain, including the mechanisms of asset expropriation and auxiliary tools available to the Judiciary, in order to provide the creditor of the obligation the reasonable duration of the process and the celerity of its proceedings. This article was developed in three chapters, dealing with execution in general, patrimonial responsibility and the procedure to satisfy the debt. Its objective is to study the means of enforcement in order to conduct the execution process in a more rapid and effective manner.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Execution. Attachment. Atypical executive methods.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o processo de execução e a efetividade executória com a vigência do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), esclarecendo o assunto com base na lei, na doutrina e na jurisprudência.

Sendo assim, a apresentação se encontra dividida em três capítulos; o primeiro tem como objetivo estudar aspectos genéricos; já o segundo é voltado para análise da responsabilidade patrimonial, com indicação dos bens sujeitos a execução e dos bens impenhoráveis, a situação do imóvel submetido ao direito de superfície, responsabilidade patrimonial secundária, fraude contra credores e fraude à execução; e por fim, o terceiro capítulo trata a respeito da satisfação do crédito.

É notório que os meios expropriatórios contemporâneos não conseguem suprir a deficiência executória, visto que, por muitas vezes, o devedor utiliza técnicas para driblar o Poder Judiciário e assim permanecer insolvente e garantir o seu patrimônio, como, por exemplo, quando se limita a ter bens impenhoráveis, e quando transfere seus bens a terceiros, estas técnicas desrespeitam a justiça e apontam a crise na autoridade do Poder Judiciário.

Devido à ineficácia da execução, gerando grandes frustrações ao credor, a presente pesquisa visa estudar os meios executórios com fim de entender e assim melhor conduzir a execução processual. Trata-se de uma questão socialmente relevante, visto que ao se deparar com o direito, busca-se a sua real utilidade com as medidas executivas.

1 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

O processo de execução passou por diversas alterações ao longo dos anos, visando alcançar um código que garantisse maior efetividade, na expectativa de atingir um processo de resultados, célere e satisfatório.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No início da civilização, o inadimplemento de uma obrigação poderia levar a escravidão e até mesmo a morte do devedor. Com o passar do tempo e a influência do cristianismo, foram surgindo novas regras a fim de delimitar as consequências do não cumprimento obrigacional, tendo como objeto principal o patrimônio. (BELLATO; MADRID, 2014, p. 42)

Neste contexto, surgiu o processo de execução, com fim de validar os direitos individuais, com influência do Direito Romano, principalmente na Lei das XII Tábuas, que previa que aquele que não cumprisse sua obrigação seria encarcerado pelo prazo de 60 (sessenta) dias, até que houvesse o pagamento da dívida, pois caso não, ultrapassado esse prazo, o devedor passaria a ser propriedade do credor. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 101)

No Brasil, o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) surgiu em 1939, e já previa a figura da execução, dividida em duas espécies, sendo elas a execução de título executivo extrajudicial e a execução de título executivo judicial. A ação executiva era iniciada com a exibição de um título, e sendo este válido, o devedor deveria pagar em vinte e quatro horas, caso não, poderia apresentar peça impugnatória no prazo de dez dias. Caso houvesse a revelia, o juiz determinava a penhora dos bens, até a satisfação do débito. Já a ação executória era utilizada para execução da sentença condenatória, considerando o título executivo judicial para tanto. (LIMA, 2008, p. 79)

Em 1973, o CPC foi alterado de forma considerável; vale destacar, conforme Walber Cunha Lima (2008, p. 79):

A mais significativa alteração foi a equiparação dos títulos judiciais aos extrajudiciais, o que tirou o Brasil de um atraso de mais de dois séculos em relação aos demais sistemas europeus [...] Entretanto, os reclamos econômico-sociais por uma otimização no processo executivo culminaram em profundas alterações no nosso Estatuto Processual, ocasionando a abolição da actio iudicati em relação aos títulos executivos judiciais.

O CPC de 1973 previa um processo único, em que a obtenção do crédito dependia de dois processos, sendo o primeiro de conhecimento, com fim de obter o título executivo, e o outro executório, amparado pela sentença condenatória. (CARNEIRO, 2006, p. 51-78)

Com a entrada em vigor do CPC de 2015, os procedimentos adotados passaram depender da espécie do título executivo, sendo que o processo autônomo deixou de existir, permitindo o cumprimento da sentença junto ao processo de conhecimento, sendo apenas fases processuais. Fredie Didier Jr. et al. (2017, p. 79) enfatiza essa inovação do CPC de 2015 ao mostrar que:

A Lei nº 11.232/2005 pretendeu eliminar o processo autônomo de execução de sentença. Por meio de tal diploma legal, criou-se a fase de cumprimento de sentença [...], que corresponde à execução de sentença, só que em uma fase de um mesmo procedimento, e não como objeto de um outro processo.

Já a execução de Títulos Executivos Extrajudiciais passou a ter rito próprio, sendo regulada do art. 771 e seguintes do CPC.

1.2 ESPÉCIES DE TÍTULOS EXECUTIVOS

A execução demanda a existência de um título, seja ele judicial (art. 515 do CPC) ou extrajudicial (art. 784 do CPC), de maneira que nula é a execução sem amparo em título certo, líquido e exigível (art. 783 do CPC), tratando-se do princípio da “Nulla Executio Sine Título”. O título executivo judicial é aquele cuja formação se deu perante tutela judicial, já o extrajudicial é aquele que se formou por ato de vontade das partes envolvidas, possuindo ritos processuais distintos. (THEODORO JR, 2015, p. 561)

De acordo com Cernelutti (2020, p. 1.096):

O título executivo seria um documento representativo da existência do crédito exequendo, ou seja, seria uma prova legal da existência do crédito, já que previsto em lei.

A obrigação precisará ser Certa (an debeatur), isto é, com perfeição formal do título, ausência de dúvida e plena eficácia; Líquida (quantum debeatur), ou seja, ter o seu montante respectivo; e Exigível, movida devido ao inadimplemento da obrigação (THEODORO JR, 2015, p. 571).

Por não se tratar do objeto do presente estudo e ser um tema extenso, a indicação das espécies de títulos executivos será limitada a mera exposição dos artigos.

O rol dos títulos executivos judiciais se encontra previsto no Título II, Capítulo I, do Livro I, da Parte Especial, com previsão legal no art. 515 do CPC:

São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste título:

- I - As decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;
 - II - A decisão homologatória de autocomposição judicial;
 - III - A decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;
 - IV - O formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal;
 - V - O crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial;
 - VI - A sentença penal condenatória transitada em julgado;
 - VII - A sentença arbitral;
 - VIII - A sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
 - IX - A decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça;"
- §1.º Nos casos dos incisos VI e IX, o devedor será citado no juízo civil para o cumprimento da sentença ou para a liquidação no prazo de 15 dias.
- §2.º A autocomposição judicial sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.

Já o rol dos títulos executivos extrajudiciais, sendo ele exemplificativo, encontra-se no artigo 784 do CPC:

São títulos executivos extrajudiciais:

- I - A letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
- II - A escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;
- III - O documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;
- IV - O instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;
- V - O contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;
- VI - O contrato de seguro de vida em caso de morte;
- VII - O crédito decorrente de foro e laudêmio;
- VIII - O crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;
- IX - A certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
- X - O crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;

- XI – A certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;
- XII – todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

É importante ressaltar que os títulos executivos extrajudiciais são capazes de fundar uma execução forçada sem precisar de instauração de um processo de conhecimento, deste modo, basta que o exequente ajuíze a ação autônoma de forma direta.

2 DA RESPONSABILIDADE

O presente capítulo tem como objetivo conceituar as espécies de responsabilidade patrimonial, a inexistência da responsabilidade pessoal, trazendo quais são os bens sujeitos a penhora, bem como os bens que são impenhoráveis, como também tratar acerca do imóvel submetido ao regime de superfície, e da fraude contra credores e à execução.

2.1 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

A responsabilidade patrimonial corresponde a possibilidade de sujeição de determinado patrimônio à satisfação do direito substancial do credor, visto que fora contraída uma obrigação, e não sendo soldada voluntariamente, o patrimônio do devedor responderá pelo inadimplemento. (MEDINA, 2017, p. 1.134)

No ponto de vista de Donizetti (2018, p. 666):

A responsabilidade patrimonial consiste no vínculo de natureza processual que sujeita os bens de uma pessoa, devedora ou não, à execução. No direito brasileiro, a responsabilidade é patrimonial. Exceto nos casos de não pagamento de pensão alimentícia, a execução recairá diretamente sobre o patrimônio do devedor.

Ressalta-se que em tempos passados se admitia a responsabilidade pessoal do devedor, o que é atualmente inadmissível, sendo possível apenas a sujeição do patrimônio do devedor para cumprimento da obrigação. Contudo, excepcionalmente, a prisão civil é permitida, como prevê a Constituição Federal (CF), no caso do devedor inescusável de alimentos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Diante disto, dispõe Neves (2019, p. 1.124):

O encarceramento não é forma de satisfação da obrigação, e sim mero meio de coerção (o mais velho de todos eles) para o cumprimento da obrigação. O devedor de alimentos que deve três meses e fica preso por um mês, sai da cadeia devendo quatro meses de alimentos, exatamente porque a privação corporal que suportou não gera satisfação do direito.

Logo, a responsabilidade é patrimonial e se divide em duas espécies, podendo ser primária, quando há concentração do dever de débito (schuld) e responsabilidade (haftung) no devedor, e secundária, quando o responsável for pessoa que embora não tenha participado da relação de direito material obrigacional (não tenha schuld), tenha responsabilidade (tem haftung).

2.2 BENS QUE RESPONDEM PELO INADIMPLEMENTO

Como determina o CPC, em seu art. 789, o devedor responde pela dívida com o seu patrimônio:

O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 1.126) discorre que o artigo supramencionado não é claro e gera algumas dúvidas, dispondo:

Ausência de indicação clara do momento presente, única forma de determinar quais são os bens passados e futuros. A melhor interpretação do texto legal é aquela que dá como momento inicial a ser considerado para fixação dos bens presentes e da instauração do processo executivo e para bens futuros aqueles que forem adquiridos durante o seu trâmite, não se excluindo, entretanto, bens passados alienados em fraude, quando então importará o momento em que foi contraída a obrigação.

Outro problema é que o artigo restringe a responsabilidade aos bens do devedor, quando na verdade é possível que recaia sobre bens de terceiros, como será analisado a seguir.

2.3 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL SECUNDÁRIA

A responsabilidade será secundária quando terceiro que não participou da relação jurídica tem os seus bens atingidos para satisfação da dívida.

Como dispõe Donizette (2018, p. 666):

Afora a responsabilidade originária (do devedor), a execução pode sujeitar também o patrimônio de pessoas que não figuram como devedoras, aliás, de pessoas que nem sequer foram citadas para a execução. É o que se denomina responsabilidade secundária, cujas hipóteses estão elencadas neste dispositivo.

Como prevê o art. 790 do CPC:

São sujeitos à execução os bens:

- I - Do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;
- II - Do sócio, nos termos da lei;
- III - Do devedor, ainda que em poder de terceiros;
- IV - Do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida;
- V - Alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;
- VI - Cujas alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores;
- VII - Do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

O sócio poderá responder pelas dívidas da sociedade quando ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) ou nos casos em que sua responsabilidade é solidária e ilimitada (art. 990 do Código Civil (CC)), como no caso da sociedade em nome coletivo (art. 1039 do CC), do sócio comanditado na sociedade comandita simples (art. 1045, caput, do CC), sociedade irregular e sociedade de fato. (NEVES, 2019, p. 1.145)

Quanto ao cônjuge ou companheiro, responderá se participou do contrato celebrado, ou, caso não, como já admitiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), se a dívida foi adquirida para o bem da família.

Há divergência por parte da doutrina quanto ao ato previsto no inciso VI como anulável ou sem efeito, para os defensores da anulabilidade do ato jurídico, a propriedade retorna ao patrimônio do devedor, que responderá

pela satisfação da obrigação contraída, não dando lugar a responsabilidade patrimonial secundária, uma vez que é o próprio devedor quem responderá pelo direito material. Para aqueles que argumentam que o ato se torna ineficaz, o terceiro, que a compra de boa-fé ou não, será obrigado a cumprir o direito material, ato jurídico não celebrado por ele, configurando assim uma responsabilidade secundária.

2.4 REGIME DO DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE

Trata-se da concessão feita pelo proprietário a outrem do direito de construir ou plantar sobre seu terreno, por tempo determinado, de forma gratuita ou onerosa, por meio de escritura pública. Neste caso a execução recairá sobre o patrimônio limitado de cada um, se for contra o proprietário do terreno, limita-se a penhora do terreno, já se for sobre o superficiário, limita-se a construção ou a plantação.

Como dispõe José Miguel Garcia Medina:

Os direitos reais sobre o terreno e sobre a superfície coexistem, a partir de então, autonomamente, embora seja evidente que o direito real do superficiário dependa do direito real do proprietário. Não incide, no caso, a máxima superficies solo cedit. Sendo assim, a penhora da construção ou da plantação não implica a penhora do terreno, e vice-versa.

Logo, nesta situação, conclui-se que a penhora é limitada aos bens do devedor; se ele for o proprietário do terreno submetido ao regime de direito de superfície, limita-se ao terreno, já se for o superficiário, limita-se a construção ou a plantação.

2.5 IMPENHORABILIDADES

Os bens impenhoráveis encontram-se previstos em legislação específica, como a Lei 8.009 de 1990, que dispõe acerca da impenhorabilidade do bem de família, com suas devidas exceções, e também no próprio CPC, em seu art. 833, sobrepondo assegurar a dignidade da pessoa humana. Averiguemos:

Art. 833. São impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
- XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529.

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

É importante salientar algumas observações em uma breve análise dos incisos mais relevantes do supracitado artigo. Iniciando pelo inciso I, o STJ entendeu que a cláusula de impenhorabilidade só vincula as partes do negócio jurídico, não podendo excluir o bem em dívidas contraídas com terceiros. (NEVES, 2019, p. 1.128)

O inciso II aborda também os bens necessários ao lazer do executado, visto ser um direito assegurado pelo art. 6º da CF, salvo se forem suntuosos, assim como também o inciso III exclui os bens de elevado valor, mesmo que de uso pessoal, como as vestimentas.

A impenhorabilidade tratada no inciso IV é justificada por ser de natureza alimentar, sendo indispensável para a manutenção mínima da vida, como saúde, transporte, alimentação, educação, vestuário, habitação, entre outros. Em decisões do STJ, há previsão de exceções ao disposto neste inciso, são os casos de o executado receber quantia superior a 50 (cinquenta) salários mínimos do devedor inescusável de alimentos e honorários advocatícios, que possuem natureza alimentar.

O inciso V fundamenta que retirar os meios pelos quais se produz o resultado do trabalho do executado (equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes à pessoa física ou a empresa individual produtora rural) seria o mesmo que impedi-lo de obter o necessário para sua manutenção, salvo se esses bens tenham sido financiados ou sejam objeto de garantia ao negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária, conforme estatui o § 3º do presente artigo. Em observância ao inciso VI, esclarece o legislador que o seguro de vida se presta a criar em favor do beneficiado um fundo alimentar, sendo decorrência dessa natureza sua impenhorabilidade. (NEVES, 2019, p. 1.139)

Da mesma forma, o inciso IX visa garantir os recursos voltados para a realização de políticas públicas, a promoção da educação e ensino superior para os mais carentes, garantindo uma maior acessibilidade a educação. O disposto no inciso X já é voltado a atender os interesses governamentais, visto que é a forma de investimento mais vantajosa para o Estado.

2.6 FRAUDE CONTRA CREDITORES

A fraude contra credores caracteriza-se pela atuação maliciosa do devedor insolvente ou assim iminente, que dispõe do seu patrimônio de forma gratuita ou onerosa, com fim de afastar a possibilidade de responderem pelas obrigações assumidas antes da transferência. (TARTUCE, 2014, p. 250)

Como dispõe Priscila Fernandes Da Silva Paço (2018):

Conforme a definição, dois requisitos são necessários para a configuração do defeito: o objetivo de gerar a diminuição do patrimônio próprio e o interesse de frustrar a legítima expectativa do credor já constituído ao tempo do negócio fraudulento. Tais requisitos são chamados pela doutrina de *consilium fraudis* e *eventus damni*. O primeiro está relacionado a essa conduta do devedor de acarretar sua insolvência intencionalmente; já o segundo está relacionado ao efetivo dano que a operação provoca, impedindo o pagamento do crédito.

Embora o Código Civil mencione como consequência da ação pauliana a anulabilidade do ato fraudulento, restituindo as partes ao status quo ante, a doutrina contemporânea sustenta que deveria ser declarada a ineficácia do ato e não sua anulação, tendo em vista que a anulabilidade conduziria o bem de volta ao patrimônio do devedor, o que não necessariamente beneficiaria o credor que propôs a ação pauliana. Por outro lado, a declaração de ineficácia teria o condão de tornar o ato ineficaz perante o credor prejudicado, permitindo que este tenha acesso ao seu crédito diretamente no patrimônio do terceiro adquirente.

Deste modo, se a cessão for gratuita ou por ato de remissão, como prevê o artigo 158 do CC, a simples redução patrimonial já é suficiente para caracterizar a fraude, havendo presunção absoluta da ciência do devedor acerca dos prejuízos de seu ato. (PAÇO, 2018)

Caso o negócio jurídico seja celebrado com esse defeito, cabe anulação por meio da Ação Pauliana, como prevê o art. 161 do CC, proposta pelo credor prejudicado, visto envolver apenas interesses particulares. Tal ação terá litisconsórcio passivo necessário e poderá ser ajuizada dentro do prazo decadencial de quatro anos, tendo como objetivo impedir o enriquecimento sem causa, através de uma sentença desconstitutiva do negócio jurídico celebrado. (TARTUCE, 2014, p. 251)

2.7 FRAUDE À EXECUÇÃO

A fraude à execução esta regulada no Código de Processo Civil e por ser um ato atentatório a dignidade da justiça, imputando multa de até 20% (vinte por cento) do valor do débito atualizado, atinge toda coletividade. Como dispõe Humberto Theodoro Júnior (2015, pag. 582):

Pode ser definida, em síntese, como sendo a alienação ou a oneração fraudulenta de bens pelo devedor, de modo a prejudicar eventual excussão judicial para adimplemento das dívidas existentes ao tempo do ato fraudulento e objeto de processo em trâmite, constituindo, destarte, hipótese de conduta atentatória à dignidade da justiça, nos termos do art. 774, I, do NCPC.

Tal ato fraudulento atenta contra o Poder Judiciário, levando o processo a inutilidade. (NEVES, 2019, p. 887) Se a alienação for de bem impenhorável, não há fraude à execução, visto que o bem não é objeto de satisfação do débito.

Nos ensinamentos de Priscila Fernandes Da Silva Paço (2018):

Já no que tange aos requisitos indispensáveis à caracterização da fraude, releva notar que diferentemente da fraude contra credores, não se exige que haja um conluio entre devedor e terceiro, estando configurada a fraude à execução se estiver presente o *eventus damni*, ou seja, a fraude será reconhecida se a alienação ou cessão do bem levar o executado à insolvência, independente de dolo do mesmo.

Logo, conservam-se os direitos do terceiro adquirente no caso de demonstrada boa-fé, como dispõe a Súmula nº 375 do STJ:

O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Desta forma, para caracterizar a fraude, é preciso que haja ciência inequívoca do devedor que há uma ação judicial em curso, podendo configurar fraude contra credores os atos praticados antes da citação, cabendo desconstrução através de ação própria. (PAÇO, 2018)

3 DA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO

Este capítulo possui o intento de abordar a temática da satisfação do crédito nas execuções de obrigação de pagar quantia certa, com fim de alcançar a tutela pecuniária do exequente.

3.1 DA PROPOSITURA E DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO

O processo de execução tem início com a provocação do exequente e se desenvolve conforme as regras do art. 319 e 798 do CPC. Neste rito inexistente instrução probatória, contudo, a petição inicial deverá estar acompanhada do respectivo título executivo extrajudicial e demonstrativo de cálculos, e caso haja condição ou termo, deverá estar provida de prova de sua verificação, e havendo necessidade de contraprestação, prova de seu adimplemento.

Recebida a inicial pelo magistrado, verificando atender todos os requisitos necessários, será fixado verbas de honorários advocatícios no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, como dispõe o art. 827 do CPC. É importante salientar que este valor poderá ser majorado em até 20% (vinte por cento), no caso de rejeição aos embargos de execução ou, se não opostos, ao final do procedimento, pelo trabalho do advogado do exequente.

Realizada a citação do devedor para pagar a quantia no prazo de 3 (três) dias, ele poderá pagar o crédito exequendo, que terá o valor dos honorários advocatícios reduzidos pela metade, podendo contraditar a inicial, mas caso não discorde do adimplemento realizado, extinguir-se-á o processo, convertendo o valor quitado para satisfação do direito do exequente, com o levantamento de alvará judicial.

O executado poderá também requerer, no prazo de 15 (quinze) dias da citação, o pagamento parcelado do valor exequendo, de forma que deverá reconhecer o crédito do exequente e comprovar o depósito de 30% (trinta por cento) do valor, dividindo em até 06 (seis) parcelas o valor remanescente, acrescidas de juros de mora e correção monetária. Caso tenha ocorrido a penhora entre o vencimento do prazo de três dias para pagar e o prazo de quinze dias para o executado solicitar o parcelamento, a penhora não será desfeita. (NEVES, 2019, p. 1.239)

Caso seja deferido o pedido de parcelamento e o executado deixe de pagar as parcelas vincendas, ocorrerá o vencimento antecipado das subsequentes, reiniciando os atos executivos e aplicando multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas.

Há também a possibilidade do devedor citado nada fazer, não quitando o débito no prazo legal. Segundo Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 607):

Transcorrido o prazo de três dias, o oficial verificará junto à secretaria se houve o pagamento da dívida, e em caso negativo se dirigirá ao domicílio do devedor, munido da segunda via do mandado, para proceder à penhora e à avaliação dos bens necessários à satisfação do crédito exequendo, do que lavrará auto e intimará o executado.

Caso o executado não seja encontrado para ser citado, mas seja localizado os seus bens, caberá ao oficial de justiça ou ao cartório judicial realizar o arresto executivo de tantos bens quantos bastem para garantir a dívida, trata-se do chamado arresto executivo. Como dispõe Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 102):

Segundo entendimento doutrinário tranquilo, a razão pela qual o executado não é localizado é irrelevante, não havendo, portanto, necessidade de ocultação maliciosa, que só passa a ter relevância para a forma de citação a ser realizada após a realização do arresto executivo, nos termos do art. 830, § 2º, do CPC. Para a realização do arresto executivo, portanto, basta que o executado não seja localizado, qualquer que seja a causa de frustração do ato citatório.

Nos 10 (dez) dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o executado por duas vezes, em dias distintos, tentando realizar a citação, sendo possível a citação por hora certa, caso haja suspeita de ocultação maliciosa. Se o executado for localizado e realizada a sua citação, o processo seguirá o rito previsto no art. 829 do CPC, ou seja, terá o prazo de três dias para efetuar o pagamento, sendo mantido o arresto já realizado. Se o executado quitar integralmente a dívida, as despesas processuais e os honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) do valor do débito, ocorrerá o levantamento do arresto e a extinção da execução nos termos no art. 924, II do CPC. Caso o réu não seja localizado, o exequente será intimado para que, no prazo de dez dias, requeira a citação por edital; se não feito o requerimento, o arresto se desfaz; se realizado, a citação será feita, e, ultrapassado o prazo de 3 (três) dias sem pagamento, o arresto se converterá em penhora, independente de termo, sendo feita

a intimação do executado, como dispõe o art. 841, §1º, do CPC. Conforme dispõe Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 112), é cabível também a realização do arresto pelo cartório judicial, nos seguintes termos:

O art. 830, caput, do CPC sugere que, não sendo localizado o executado pelo oficial de justiça, será frustrada sua citação, e, não sendo localizados bens de seu patrimônio, será materialmente impossível a realização do arresto executivo. É óbvio que, se o oficial de justiça não localizar bens do executado, realmente não poderá realizar o arresto executivo, mas nada impede que, após a devolução do mandado com certidão negativa a ser elaborado pelo oficial de justiça, o próprio cartório judicial realize o arresto executivo. Prova maior de tal possibilidade é dada pelo entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de se admitir o arresto executivo pelo sistema BacenJud [...] a partir do momento em que o cartório judicial realize o arresto executivo, caberá ao juiz expedir mandado ao oficial de justiça para que sejam cumpridas as diligências previstas no art. 830, § 1º, do CPC, que dependem de ato a ser praticado por esse serventuário da justiça. Dessa forma, após o arresto executivo, caberá ao oficial de justiça, de posse de mandado expedido pelo cartório judicial, tentar a citação do executado por duas vezes em dias distintos no prazo de 10 dias da expedição do mandado.

Vale salientar também que o exequente poderá averbar a execução no registro de imóveis, veículos automotores ou qualquer outro registro de bens sujeitos à penhora, arresto ou indisponibilidade, solicitando ao juízo da execução uma certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e indicação do número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e no Cadastro de Pessoas Jurídicas (CNPJ), bem como do valor da causa, com o demonstrativo de cálculos. Deste modo, dará ciência a terceiros e ao próprio executado acerca da existência do processo antes mesmo da citação, evitando eventuais fraudes na hipótese de alienação ou oneração do bem. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 1.230):

Tal certidão servirá ao exequente para fins de averbação no registro de imóveis, veículos ou qualquer outro registro de bens sujeitos à penhora, arresto ou indisponibilidade.

Segundo o Enunciado 130 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “a obtenção da certidão prevista no art. 844 independe de decisão judicial” sendo facultado ao exequente a averbação nos registros de bens. Todavia, embora a expedição da certidão independa de decisão judicial específica, dependerá da admissão da inicial pelo juiz.

Caso realizada a averbação, o exequente deverá comunicar o juízo no prazo de 10 (dez) dias da concretização do ato. Se efetuada a penhora sobre os bens do executado e sendo suficiente para satisfazer o valor exequendo, deverá o exequente cancelar a averbação relativa aos bens não penhorados por igual período.

Cabe aplicação de tal instituto no processo comum, em fase de cumprimento de sentença, porém, neste caso, o cabimento da averbação dependerá do trânsito em julgado da sentença exequenda, visto que o CPC prevê a regra a ser aplicável a execução definitiva, o que, no cumprimento de sentença, só ocorrerá com a coisa julgada.

3.3 DA PENHORA

O ato da penhora individualiza determinado bem do executado, fazendo com que ele se sujeite diretamente à execução, ou seja, passa a ser uma condição concreta com a definição exata do bem sujeito a satisfação do direito do exequente.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 608):

A penhora tem natureza jurídica de ato executivo, e visa, em primeiro lugar, individualizar e apreender os bens que serão destinados à satisfação da execução. Em segundo lugar, tem a função de conservar os bens, evitando sua deterioração ou desvio. Por fim, tem também a

finalidade de criar o direito de preferência em favor do exequente (prior in tempore, potior in iure), em face dos demais credores quirografários.

É importante salientar que a penhora produz efeitos de natureza processual, como a garantia do juízo, a individualização dos bens, a geração do direito de preferência, sendo que não retira o domínio do bem do executado, mas apenas a posse direta do bem penhorado, não podendo sofrer alienação ou oneração.

O art. 835 do CPC dispõe sobre a ordem de preferência dos bens a serem penhorados, seguida como regra, exceto se houver coisa dada em garantia real a execução, caso em que a penhora ocorrerá preferivelmente sobre ela. Vejamos:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

- I - Dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
- II - Títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
- III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- IV - Veículos de via terrestre;
- V - Bens imóveis;
- VI - Bens móveis em geral;
- VII - Semoventes;
- VIII - Navios e aeronaves;
- IX - Ações e quotas de sociedades simples e empresárias;
- X - Percentual do faturamento de empresa devedora;
- XI - pedras e metais preciosos;
- XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
- XIII - outros direitos.

§ 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

§ 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.

Haverá nomeação de um depositário para realização da penhora, e a ele será confiada a guarda e a conservação do bem até a sua expropriação, atuando como um auxiliar do juízo, sendo requisito indispensável para consumação do ato. Promoverá a gestão pública do bem penhorado em nome do órgão judiciário (JÚNIOR, 2015. p. 615).

Salienta-se, porém, que ninguém será obrigado a assumir a condição de depositário contra a própria vontade, como dispõe a Súmula 319 do STJ.

Como dispõe Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2021, p. 65):

O art. 840 do CPC estabelece a ordem de prioridade de nomeação do depositário. Quando se tratar de penhora de dinheiro, papéis de crédito e pedras ou metais preciosos, o depósito será feito no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou no banco em que o Estado ou Distrito Federal possua mais de metade do capital social integralizado. Quando se tratar de bem móvel, semovente, imóvel urbano ou direito aquisitivo sobre imóvel urbano, será feito em poder do depositário judicial. Caso não haja depositário judicial, os bens ficarão em poder do exequente, mas poderão ficar em poder do executado se forem de difícil remoção ou se o exequente anuir. Os imóveis rurais, os direitos aquisitivos sobre imóveis rurais, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ou úteis à atividade agrícola, mediante caução idônea, ficarão em poder do executado.

O depositário judicial deverá prestar contas da administração do bem ao juízo, assim como tem a obrigação de devolvê-lo se o juiz assim ordenar, e, no caso de descumprimento, o juiz determinará medidas coercitivas, como a multa e as demais previstas no art. 536, § 1º, do CPC, com fim de compelir o depositário a restituir o bem. Como prevê Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2021, p. 65):

O depositário judicial tem a obrigação de devolver o bem, sempre que o juiz determinar; mas o descumprimento não pode mais gerar prisão civil, pois o STF, no julgamento do RE 466.343, de dezembro de 2008, afastou tal possibilidade, revogando a Súmula 619, que estabelecia: “A prisão do depositário judicial pode ser declarada no próprio processo em que se constituiu o encargo independentemente da propositura da ação de depósito”. Prevalece, agora, o disposto na Súmula Vinculante 25 do STF, que assim dispõe: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. O juiz terá de valer-se de outros meios de coerção, como a multa e os demais previstos no art. 536, § 1º, para compelir o depositário, nos próprios autos, a restituir o bem.

Com a penhora, o executado deverá ser intimado do ato, salvo se realizado em sua presença. Se o executado criar situações embaraçosas a fim de dificultar a penhora, com resistência injustificada, o juiz aplicará multa de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito, e responsabilização criminal por desobediência e resistência.

Após a apreensão e depósito do bem, será lavrado o respectivo termo ou auto de penhora, e será realizada a intimação do executado, após, o ato se tornará perfeito e irreatável. Todavia, excepcionalmente a penhora poderá ser alterada, no caso de substituição do bem, majoração ou redução do alcance da penhora, e renovação.

3.4 BUSCA SISBAJUD

O Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (SISBAJUD) é uma plataforma eletrônica criada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Banco Central e a Procuradoria da Fazenda Nacional, por meio de um Acordo de Cooperação Técnica, com fim de rastrear e bloquear ativos financeiros do devedor insolvente, tendo como objetivo garantir a celeridade executória, substituindo o antigo sistema BACENJUD, tendo em vista a natureza defasada de sua tecnologia e limitação de sua atuação restrita a ordem de bloqueio e a requisição de informações básicas.

Adriana Lacerda (2020) alerta que:

Um dos pontos mais relevantes é que o SISBAJUD apresenta um primeiro novo módulo, quando comparado ao BACENJUD, permitindo a quebra de sigilo bancário, em tempo real, a princípio ainda por meio do Banco Central, mantendo a transmissão das informações via digital.

O novo sistema passou a permitir também a requisição judicial de informações sobre o extrato em conta corrente no formato esperado pelo sistema SIMBA do Ministério Público, podendo também requerer o acesso as cópias dos contratos de abertura de conta corrente e de conta de investimento, fatura do cartão de crédito, cópias de cheques, contratos de câmbio, extratos do PIS e do FGTS. Podem ser bloqueados tanto valores em conta corrente, como ativos mobiliários como títulos de renda fixa e ações.

Segundo Dias Toffoli (2020):

Pelo SisbaJud, é possível bloquear tanto os valores em conta corrente como ativos mobiliários, como títulos de renda fixa e ações. Em breve, novas funcionalidades serão incluídas no sistema, que está preparado para o aperfeiçoamento constante, sempre em prol da melhoria dos serviços judiciários, dada a sua arquitetura moderna.

Há ainda a possibilidade da reiteração automática de ordens de bloqueio, ato conhecido como “teimosinha”, ou seja, a ordem de busca durará mais que vinte e quatro horas, que era o prazo anteriormente permitido, podendo perdurar por até trinta dias, ou seja, se durante esse período cair qualquer valor na conta do executado, será feito o bloqueio dos ativos financeiros até o limite necessário para quitação do processo.

A busca realizada pelo sistema poderá ocorrer por quantas vezes o magistrado responsável pelo processo entender necessária, até que se alcance o valor suficiente para cumprimento da execução, possibilitando aos Tribunais que utilizam o Processo Judicial Eletrônico (PJE) a interagirem com o SISBAJUD, sendo proferidas ordens diretas ao sistema financeiro, sem passar pelo Banco Central, o que permite um acesso mais rápido, seguro e digital às informações financeiras do devedor, aperfeiçoando a prestação jurisdicional.

3.5 EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO CIVIL E MEDIDAS ATÍPICAS

No contexto brasileiro, ao se falar em processos judiciais, logo vem a mente a morosidade típica e a inefetividade material que os caracteriza. Isso porque, as decisões proferidas pelos juízes, embora reconheçam o direito do exequente e determinem as medidas necessárias para satisfação do tal, por muitas vezes não conseguem ser aplicadas na realidade.

Para melhor esclarecimento, nota-se a observação coletada no ano de 2021 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

[...] processos em fase de execução, que constituem grande parte dos casos em trâmite e etapa de maior morosidade. O Poder Judiciário contava com um acervo de 75 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2020, sendo que mais da metade desses processos (52,3%) se referia à fase de execução.

O abarrotamento das ações de execução no Poder Judiciário vincula-se a ineficácia executiva, motivado por várias razões, como o excesso de processos, o seu custo elevado, a sua exagerada morosidade, bem como a inadequação dos procedimentos satisfatórios. (GRECO, 1999, p. 412)

A morosidade das ações implica em um baixo índice de atendimento à demanda, como, por exemplo, a maior possibilidade para ocultação dos ativos pelo executado pela demora para conclusão processual. Ocorre que, embora seja seguido corretamente o rito tradicional previsto no CPC, muitas vezes não se obtém o resultado prático esperado. Nesse contexto, o CPC de 2015 trouxe uma inovação normativa, em seu art.139, inciso IV, permitindo que o juiz determine medidas atípicas que visem assegurar o cumprimento da ordem judicial, o que fez consagrar o princípio da atipicidade dos métodos executivos, como previsto:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Como dispõe Macus Vinícius Borges (2019):

[...]com a utilização do meio atípico enaltece-se a efetividade da prestação jurisdicional, sem se desprender da segurança jurídica, pois o executado saberá que em determinados tipos de títulos e obrigações é possível a utilização direta de tais meios e, em outros, a utilização subsidiária, logo após a constatação da ineficácia do meio típico que fora tentado.

Como exemplo dos métodos executivos atípicos, têm-se a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), a apreensão de passaporte, o bloqueio de cartões de crédito e débito. Nesse sentido, veja-se o precedente do STJ acerca do tema:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139,

IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO. 1. Ação distribuída em 10/6/2011. Recurso especial interposto em 25/5/2018. Autos conclusos à Relatora em 3/12/2018. 2. O propósito recursal é definir se, na fase de cumprimento de sentença, a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo. 3. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV). 4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. 6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. 7. Situação concreta em que o Tribunal a quo indeferiu o pedido do exequente de adoção de medidas executivas atípicas sob o singelo fundamento de que a responsabilidade do devedor por suas dívidas diz respeito apenas ao aspecto patrimonial, e não pessoal. 8. Como essa circunstância não se coaduna com o entendimento propugnado neste julgamento, é de rigor - à vista da impossibilidade de esta Corte revolver o conteúdo fático-probatório dos autos - o retorno dos autos para que se proceda a novo exame da questão. 9. De se consignar, por derradeiro, que o STJ tem reconhecido que tanto a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação quanto a de apreensão do passaporte do devedor recalcitrante não estão, em abstrato e de modo geral, obstadas de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo, devendo, contudo, observar-se o preenchimento dos pressupostos ora assentados. (REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019)

Precipuaente, cabe a compreensão de que é necessário cumprir alguns pressupostos mínimos para determinação dos métodos executivos atípicos, como a existência de indícios de patrimônio expropriável, atuação subsidiária, fundamentação adequada e observância da proporcionalidade e do contraditório, critérios definidos em compreensões doutrinárias e jurisprudenciais, devido a ausência de dispositivo legal, a exemplo, tem-se o disposto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REJULGAMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS (ARTIGO 139, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL).

BLOQUEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO. ORIENTAÇÃO DO STJ. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PRESENTES.

ACÓRDÃO MODIFICADO. 1. Reexame de agravo de instrumento que conheceu e julgou parcialmente procedente o recurso para determinar a expedição de ofício à Secretaria da Fazenda, Planejamento, Orçamento e Gestão do Distrito Federal, a fim de localizar bens imóveis da parte agravada. 2. Segundo o entendimento do c. STJ, é cabível o deferimento de medidas atípicas da execução, nos termos previstos no art. 139, inciso IV, do CPC, desde que presentes alguns requisitos, sendo eles: a) indícios de que o devedor possua patrimônio disponível para honrar com a obrigação; b) esgotamento das medidas típicas da execução; c) decisão que contenha fundamentação adequada à hipótese concreta; e d) observância da proporcionalidade e do contraditório. 3. Comprovado o preenchido dos requisitos mencionados acima, impõe-se deferir a medida atípica de execução consistente no bloqueio de seus cartões de crédito da parte

executada 4. Em sede de rejuízoamento deu-se provimento ao Agravo de Instrumento. (TJ-DF 07200671220198070000 DF 0720067-12.2019.8.07.0000, Relator: CESAR LOYOLA, Data de Julgamento: 09/12/2021, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 21/01/2022 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Logo, primeiramente serão adotados os métodos típicos para promover a execução, como a penhora, avaliação e expropriação; métodos de coerção patrimonial, como a fixação de multa e restrição de alguns direitos específicos, aplicando os métodos atípicos apenas subsidiariamente, se esgotadas as tentativas de satisfação pelas vias expropriatórias. (BORGES, 2019, p. 241)

É necessário também que haja indícios de existência de patrimônio do executado, visto que a aplicação dos modos atípicos diferem dos típicos. Neste, a ausência de bens apenas torna a execução infrutífera, já naquele, teria caráter sancionatório, visto que a aplicação não seria capaz de gerar o adimplemento. Basta haver indícios, visto que é possível que o executado tenha praticado atos fraudulentos para ocultar seu patrimônio, sendo os meios atípicos mais eficazes para induzi-lo a quitar o débito, competindo ao credor demonstrar tais indícios. Nesse sentido, a jurisprudência pátria dispõe:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO. [...] 6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. 7. Situação concreta em que o Tribunal a quo indeferiu o pedido do exequente de adoção de medidas executivas atípicas sob o singelo fundamento de que a responsabilidade do devedor por suas dívidas diz respeito apenas ao aspecto patrimonial, e não pessoal. [...] (REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019)

Necessita-se também da observância do contraditório em face à medida imposta ao executado. Todavia, há divergência doutrinária quanto ao seu momento. Prevalece a aplicação da regra normativa processual, ao passo que o contraditório será prévio, sendo excepcionalmente diferido nos casos de tutela de urgência, cabendo o exequente comprovar ao juiz o periculum in mora ou fumus boni iuris. Logo, se faz necessária a individualização da análise casuística para excepcionar a ordem prévia da ciência do executado sobre a medida atípica. (NEVES, 2018, p. 107-150)

A medida aplicada deve ser proporcional, sobre o aspecto quantitativo, qualitativo e probabilístico. Sob a ótica quantitativa, analisa-se se há outro meio de promover o fim almejado, ou seja, o julgador deverá ponderar a respeito da imprescindibilidade da medida pretendida em oferecer quantitativamente melhores resultados que outra. Quanto ao ângulo qualitativo, analisa-se quais são os meios que podem promover adequadamente o fim almejado. Já a análise probabilística faz menção a certeza de que o meio promoverá o fim. (ÁVILA, 2015, p. 209)

Como já citado o caso da suspensão da CNH, aponta-se como exemplo sob a ótica da proporcionalidade: no geral a mera retenção da CNH é razoável e não viola o direito a livre locomoção, pois apenas o limita minimamente, o que pode levar o executado ao adimplemento, todavia, será irrazoável no caso do devedor usar da condução de automóveis como fonte de subsistência, o que afastaria a medida imposta.

CONCLUSÃO:

O desenvolvimento da presente pesquisa possibilitou uma análise abrangente do processo de execução, com exposição de informações referentes aos polos da lide, a competência para julgamento da ação, a classificação dos títulos, a responsabilidade patrimonial, a situação de penhora de imóvel submetido ao regime do direito de

superfície, os institutos de fraude, seja contra credores ou à execução, o procedimento de penhora, avaliação e expropriação dos bens, bem como a aplicação dos métodos executivos atípicos nas execuções civis de pagar quantia certa.

Ao longo do estudo foi viabilizado desvendar os mecanismos para satisfação da obrigação, com métodos processuais típicos, e no caso de persistir o inadimplemento, aplicação subsidiária dos métodos atípicos, com condão de convencer o executado a cumprir a obrigação utilizando meios de gerar uma espécie de pressão psicológica, visto que atinge outras dimensões da vida do executado, como no caso de suspensão da CNH.

Dessa forma, busca-se reduzir a morosidade e ineficácia processual brasileira, ao passo que a legislação sofreu várias reformas ao longo dos tempos e o CPC de 2015 trouxe variadas inovações, como no caso da inclusão do art. 139, inciso IV, tendo como objetivo elevar os índices de satisfação ao direito dos exequentes.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BELLATO, Júnior Fernando; MADRID, Daniela Martins. Evolução histórica da execução. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/download/1752/1659>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BORGES, Marcus Vinicius Motter. Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Congresso Nacional, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1782418/RJ. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 de abril de 2019. Terceira Turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/713190274/inteiro-teor-713190284>. Acesso em: 30 ago. 2022.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do 'Cumprimento da Sentença', conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? In: Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, ano XXXIII, n. 102, jun. 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sistema de Busca de Ativos no Poder Judiciário - SISBAJUD. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/>. Acesso em: 22 ago. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo de Instrumento n. 0720067-12.2019.8.07.0000. Relator: Cesar Loyola. Distrito Federal, 09 de dezembro de 2021. 2ª Turma Cível. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1365959140>. Acesso em: 30 ago. 2022.

DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius R. Curso de direito processual civil: execução, processos nos Tribunais e meios de impugnação das decisões. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593839/>. Acesso em: 27 ago. 2022.

GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JR., Fredie; MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo. Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 2. ed. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2006.

LACERDA, Adriana. SISBAJUD: Sistema de penhora traz novas discussões jurídicas. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/332876/sisbajud--sistema-de-penhora-traznovas-discussoes-juridicas>. Acesso em: 20 ago. 2022

LIMA, Walber Cunha. Evolução histórica do processo de execução civil. In: Revista da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. Natal: v. 7, n. 2, jul-dez 2008. Disponível em: <http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/149>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: Com Remissões e Notas Comparativas ao CPC/1973. 5. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim A. Comentários ao Código de Processo Civil: da execução por quantia certa. São Paulo: Saraiva, 2018, v. XVII. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600212/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

_____. Manual de direito processual civil. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - art. 139, IV, do novo CPC. Revista de Processo, São Paulo, v. 265, 2017.

PAÇO, Priscilla Fernandes Da Silva. Aspectos fundamentais acerca das distinções entre a fraude contra credores e a fraude à execução. Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51639/aspectos-fundamentaisacerca-das-distincoes-entre-a-fraude-contra-credores-e-a-fraude-aexecucao#_ftn1. Acesso em: 29 jun. 2022.

SERASA. Mapa da inadimplência e renegociação de dívidas no Brasil. Disponível em: https://www.serasa.com.br/premium/?gclid=EAlalQobChMI8-yItN7n-QlVaehcCh1xJg_SEAAYASABEgKz1fD_BwE. Acesso em: 16 ago. 2022.



TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

26 A EVOLUÇÃO DA MULHER NA RELAÇÃO DE TRABALHO

Aline de Menezes Gonçalves
Denise Harue Oyama

RESUMO: O presente artigo apresenta através de pesquisa bibliográfica, a evolução da mulher no mercado de trabalho desde os primórdios da revolução industrial, até o presente momento. Devido a revolução industrial e a globalização, a mulher deixou de ser mera dona de casa, para se tornar competitiva no mercado de trabalho. Diante do ingresso da mulher no mercado de trabalho, surge também a necessidade de elaboração de normas regulamentadoras, que visem proteger e evitar a discriminação entre os sexos, podendo assim, resguardar as mulheres com direitos e garantias específicas. Todavia, o presente artigo possui como objetivo, apresentar a relevância de elaboração de normas que coíbam a diferença de salário, prerrogativas de função, discriminação e dificuldade de voltar ao mercado de trabalho após a gestação, em razão do sexo feminino. Mesmo contanto com normas regulamentadoras nos dias atuais, espera-se uma mudança de pensamento e comportamento da sociedade, para que a mulher possa evoluir cada vez mais, visto que, a discriminação acontece muitas vezes de forma “mascarada”.

Palavras-chave: Mulher. Proteção. Discriminação.

ABSTRACT: This article presents, through bibliographical research, the evolution of women in the labor market since the beginning of the industrial revolution, until the present moment. Due to the industrial revolution and globalization, the woman is no longer a mere housewife, to become competitive in the job market. Faced with the entry of women into the labor market, there is also a need to develop regulatory norms, which aim to protect and avoid discrimination between the sexes, thus being able to protect women with specific rights and guarantees. However, this article aims to present the relevance of drawing up rules that curb the difference in salary, role prerogatives, discrimination and difficulty returning to the job market after pregnancy, due to the female sex. Even with regulatory standards nowadays, a change in society's thinking and behavior is expected, so that women can evolve more and more, since discrimination often happens in a "masked" way.

Keywords: Women. Protection. Discrimination.

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como temática, a evolução da mulher na relação de trabalho ao longo dos anos. Historicamente, frente ao ingresso da mulher no mercado de trabalho, surge também a necessidade de normas regulamentadoras visando proteger e evitar a discriminação entre os sexos, podendo assim, resguardar as mulheres com direitos e garantias específicas.

Desta forma, será tratado no presente artigo, sobre o conceito de contrato de trabalho, o conceito de empregado e empregador, a diferença de relação de trabalho e relação de emprego, os requisitos a serem cumpridos na relação de emprego, os princípios que regem o contrato de trabalho no Brasil, o breve histórico das mulheres no mercado de trabalho, o breve histórico das primeiras proteções legais no Brasil e no mundo, as principais normas que visam garantir proteção e equidade à mulher no mercado de trabalho, a proteção à maternidade, a proteção à empregada doméstica, e sobre a discriminação da mulher no mercado de trabalho.

O presente projeto justifica-se, devido ao crescente ingresso da mulher no mercado de trabalho nas últimas décadas, e a necessidade de elaboração de leis específicas, com o cunho de protegê-las de suas especificidades no mercado de trabalho atual.

O objetivo geral é apresentar através do método de pesquisa bibliográfica, a evolução dos direitos e garantias da mulher na relação de trabalho, desde os primórdios da revolução industrial, até os dias atuais.

O objetivo específico é apresentar a relevância na criação de normas regulamentadoras específicas, que protegem e garantem direitos e equidade à mulher na relação de trabalho.

DESENVOLVIMENTO

1 CONTRATO DE TRABALHO

Em consonância com o tema proposto e para compreensão do mesmo, será abordado a seguir, o conceito de contrato de trabalho.

1.1 CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO

Nos dias atuais, devido a globalização, o Direito do Trabalho está cada vez mais presente em nossas vidas. Segundo César Reinaldo Basile (2018, p.15), o Direito do Trabalho em sua concepção subjetiva e pessoal, pode ser entendido como um conjunto de princípios e normas jurídicas que se aplicam nas relações interpessoais de trabalho ou fora dela, já na concepção objetiva e material, pode ser entendido como um conjunto de princípios e normas jurídicas que regem a apresentação do trabalho subordinado e as origens dos riscos através dele.

Carla Teresa Romar (2021, p.16) afirma que: “o Direito do Trabalho é o ramo do Direito que disciplina as relações de trabalho”. Sendo assim, nota-se, que o contrato de trabalho, se origina no Direito do Trabalho.

No que tange a legislação pertinente, é disposto no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego” (BRASIL, 1943).

Assim sendo, Ricardo Resende entende que:

Contrato de trabalho é o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física (empregado) coloca seus serviços à disposição de uma pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado (empregador), sendo estes serviços pessoais, não eventuais, onerosos e subordinados (RESENDE, 2020, p.324)

No mesmo sentido, Carla Teresa Romar (2021, p.114) afirma que, o contrato de trabalho trata-se de um acordo de vontades, apresentado de forma escrita ou verbal, no qual o empregado subordinado presta serviços contínuos ao empregador, seja uma pessoa física, jurídica ou ente sem personalidade jurídica, diante de remuneração.

De acordo com Carlos Henrique B. Leite (2022, p.205), o contrato individual de trabalho, nada mais é que uma simples forma de negócio jurídico, em que o direito do trabalho estabelece e regula os direitos e deveres do empregado e empregador.

Ricardo Resende (2020, p.324-325) esclarece que, o contrato de trabalho é sinalagmático, porque dá origem a obrigações contrárias; é consensual, porque dispensa formalidades; é sucessivo, porque suas prestações são contínuas no tempo; é de atividade, porque independe do resultado; e é complexo, porque pode se associar a outro contrato.

Carlos Henrique B. Leite (2022, p.206), enfatiza que, o contrato de trabalho é de direito privado, devendo cumprir regulamentações legais, como: ser bilateral, comutativo ou equivalente, oneroso, consensual e não real, ou consensual e não solene, de trato sucessivo ou de execução continuada, e de adesão.

Ainda acerca do conceito de contrato de trabalho, Romar enfatiza que:

[...] o conceito não pode se ater apenas ao conteúdo, mas é necessária também a fixação de sua extensão, ou seja, é preciso definir quais os tipos de trabalho abrangidos pelo conteúdo do Direito do Trabalho, quais são os sujeitos que integram a relação jurídica específica e qual o fundamento desta regulamentação.” (ROMAR, 2021, p.16)

Sendo assim, será abordado a seguir, o conceito dos sujeitos que integram a relação jurídica: o empregado e o empregador.

1.1.1 conceito de empregado e empregador

Observa-se que nos dias atuais, existem diversas formas de trabalho, que segundo Carla Teresa M. Romar (2021, p.16), o direito do trabalho regula apenas uma dessas formas, a qual constitui relação de subordinação, ou seja, relação de emprego.

Com isso, vejamos o conceito de empregado de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em seu artigo terceiro e parágrafo único:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (BRASIL, 1943).

Ricardo Resende (2020, p.114), entende que empregado é toda pessoa física que presta serviços a outrem, sendo caracterizado pela pessoalidade, onerosidade, alteridade, presença de subordinação e a ausência de eventualidade.

No mesmo sentido, Carla Teresa M. Romar (2021, p.16) afirma que, o conceito de empregado está indispensavelmente ligado ao de empregador, ou seja, se há a pessoalidade, a onerosidade, a presença de subordinação, e a não eventualidade, pode-se presumir que há o empregador em um polo da relação, e o empregado do outro.

De acordo com Carlos Henrique B. Leite (2022, p.99): “Trabalhador, em sentido amplo, é toda pessoa física que utiliza sua energia pessoal em proveito próprio ou alheio, visando um resultado determinado, econômico ou não”. O autor afirma também que, todo empregado é trabalhador, mas nem todo trabalhador é empregado. Enfatizando que, o empregado possui respaldo no direito do trabalho, que é dependente de proteções estatais.

O conceito de empregador de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, é:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. (BRASIL, 1943)

Segundo Ricardo Resende (2020, p.229), empregador é a pessoa física, jurídica, ou ente despersonalizado (empreendimento que vincula o empregado ao empregador), que emprega pessoa física para prestar serviços com pessoalidade, onerosidade, presença de subordinação e a ausência de eventualidade; assumindo o empregador, os riscos do empreendimento.

Carla Teresa M. Romar (2021, p.99) esclarece que: “Como sujeito da relação de emprego, o empregador é o tomador dos serviços; aquele que contrata o trabalho prestado de forma pessoal, subordinada, contínua e mediante remuneração pelo empregado.

Quanto à equiparação ao empregador contido no parágrafo 1º, do art. 2º da CLT, Ricardo Resende (2020, p.231) afirma que: “os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”, são equiparados ao empregador na relação de emprego.

Para César Reinaldo O. Basile (2018, p.40), empregador é a empresa individual ou coletiva, que assume os riscos do negócio, admitindo funcionários, assalariando e dirigindo a prestação de serviço dos empregados.

No mesmo sentido, Carla Teresa M. Romar (2021, p.99), entende que: “é possível afirmar que empregador será a pessoa física ou jurídica que contratar empregados”. Pertencendo também, os entes sem personalidade jurídica, como nos casos de condomínios e espólios.

No que tange sobre a ordem dos artigos disposto na Consolidação das Leis do Trabalho, Ricardo Resende (2020, p.114) explica que a ordem invertida dos artigos 2º e 3º da CLT, se deu devido à necessidade de utilizar o art. 2º para completar o 3º, sendo o 2º revelador dos requisitos de alteridade, pessoalidade e da presença de subordinação.

De acordo com a teoria adotada pelo Brasil (teoria contratualista), César Reinaldo O. Basile (2018, p.113) esclarece que, empregado e empregador são celebradores de um pacto jurídico, reconhecido e de livre manifestação de vontade das partes, que estabelece disciplina entre ambos na relação trabalhista.

1.1.2 diferença de relação de trabalho e relação de emprego

A expressão relação de trabalho, encontra-se expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), nos seguintes incisos do artigo 114:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...]VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

[...]VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

[...]IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei (BRASIL, 1988).

Já a expressão relação de emprego, encontra-se expresso no inciso primeiro do artigo 7º da CF/88: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (BRASIL, 1988).

A relação de trabalho e a relação de emprego se diferem em muitos aspectos, segundo Ricardo Resende:

Diz-se comumente que a relação de trabalho é gênero (alcançando toda modalidade de trabalho humano), ao passo que a relação de emprego (relação de trabalho subordinado) é espécie.

Por este motivo, é verdadeira a assertiva segundo a qual toda relação de emprego é relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é relação de emprego (RESENDE, 2020, p.74).

No mesmo sentido, Carlos Henrique B. Leite (2022, p.92) afirma que, a relação de trabalho é gênero e está relacionada a toda e qualquer forma de prestação de trabalho, enquanto a relação de emprego, está sujeita a atividade específica do empregado, com maior importância à relação jurídica existente entre ambos.

Carla Teresa M. Romar compactua do mesmo posicionamento, afirmando que a relação de trabalho é genérica e a relação de emprego é específica, com características próprias que a distingue da relação de trabalho, sendo a relação de emprego uma espécie da relação de trabalho, esclarecendo que:

A relação de emprego é uma espécie de relação de trabalho, que se baseia no nexa entre empregador e empregado, caracterizado pela prestação pessoal de serviços, de forma não

eventual e subordinada, mediante o pagamento de salário. É a relação jurídica que tem como fato social original o trabalho subordinado, prestado com pessoalidade, mediante remuneração, e que tem como disciplina jurídica o con-junto humano não eventual e de normas que compõem o Direito do Trabalho. Na relação de emprego, o vínculo jurídico é estabelecido entre empregado e empregador e é regulado pelas normas jurídicas trabalhistas (ROMAR, 2021, p.55).

Do mesmo modo, Ricardo Resende (2020, p.75) afirma que: “Relação de emprego é a relação de trabalho subordinado”, sendo a subordinação, o vínculo entre ambos, mas não o único requisito existente para a configuração da relação de emprego. Segundo o autor, é de grande relevância observar se há a presença de pessoalidade, onerosidade e não eventualidade na relação de emprego, e de prestação de trabalho humano na relação de trabalho.

1.1.3 Requisitos a serem cumpridos na relação de emprego

Existem alguns requisitos que devem ser cumpridos na relação de emprego, tanto por parte do empregador, quanto do empregado. De acordo com César Reinaldo O. Basile (2018, p.110), é um dos requisitos relevantes na relação de emprego: “A Carteira de Trabalho e Previdência Social, mais conhecida como CTPS, é documento obrigatório para os empregados e para quem exerça atividade profissional remunerada ou trabalhe por conta própria no campo”.

Segundo Carla Teresa M. Romar, o poder do empregador é limitado, e deve cumprir alguns requisitos referentes as ordens dadas ao empregado:

- referir--se às atividades decorrentes da função para a qual foi contratado;
- ser possíveis de cumprimento;
- ser lícitas e de acordo com os bons costumes;
- respeitar a dignidade humana do empregado (ROMAR, 2021, p.123)

Desta forma, Romar (2021, p.101) afirma que, se não cumpridos os requisitos acima, o empregado pode recusar-se a cumprir as ordens dadas pelo empregador. Podendo haver a justa causa do empregador, através de rescisão indireta do contrato de trabalho.

Acerca dos requisitos previdenciários, César Reinaldo O. Basile afirma que:

O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações (CLT, art. 911-A, introduzido pela MP n. 808/2017)” (BASILE, p. 127).

Quanto aos requisitos que o empregado deve cumprir, Adriana Calvo Pimenta entende que:

O primeiro requisito é a pessoalidade do empregado. Isto significa que o trabalho deve ser prestado por pessoa física (pessoa natural). A pessoa jurídica não pode ser considerada como empregado.

[...] O segundo requisito é a não eventualidade. A continuidade revela-se pela permanência em certo decurso de tempo do labor prestado pelo empregado ao seu empregador.

[...] O terceiro requisito é a subordinação jurídica. A palavra subordinação é de etimologia latina e significa sub-baixo e ordinare=ordenar. Portanto, o seu significado é de submetimento, sujeição, dependência, vocábulo este último preferido pela CLT (PIMENTA, 2020, p.25)

No mesmo sentido, Resende explica que, os requisitos que caracterizam a relação de emprego são cumulativos, sendo eles:

- Trabalho prestado por pessoa física;
- Pessoalidade;

- Não eventualidade (ou habitualidade ou permanência);
- Onerosidade;
- Subordinação;
- Alteridade (RESENDE, 2020, p.106)

Carla Teresa M. Romar (2021, p.123) afirma que, a contratação de empregados, não seguindo os requisitos caracterizadores da relação de emprego, é proibido, sob pena de invalidade do contrato. Enfatizando que, o empregador deve cumprir os requisitos trabalhistas, independentemente de ser pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado. Já o empregado, possui regras distintas de acordo com a sua capacidade civil, conforme art. 7º, XXXIII, da CF/88 (BRASIL, 1988) é proibido: “trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

Por fim, quanto à exclusividade do empregado, Ricardo Resende (2020, p.87) entende que: “nada impede que o trabalhador tenha mais de um emprego, desde que haja compatibilidade de horários”, não ficando taxado como um dos requisitos a serem cumpridos na relação de emprego, porém, nada impede que seja acordado entre as partes a exclusividade do empregado.

1.1.4 Princípios que regem o contrato de trabalho no Brasil.

Os princípios que regem o contrato de trabalho no Brasil, são de grande relevância para a ordem jurídica, pois, sustentam as normas jurídicas existentes. De acordo com Ricardo Resende, os princípios possuem as seguintes funções:

- Informativa ou construtiva: servem de inspiração ao legislador
- Interpretativa: auxiliam na interpretação da norma jurídica
- Normativa: aplicam-se na solução de casos concretos (RESENDE, 2020, p.39).

Carla Teresa M. Romar (2021, p.27) esclarece que:

Os princípios devem iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos correspondentes sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões do respectivo ordenamento legal.

Os princípios do Direito do Trabalho são as ideias fundamentais e informadoras do ordenamento jurídico trabalhista, ou seja, constituem postulados e diretrizes que inspiram as normas que regulam as relações de trabalho (ROMAR, 2021, p. 27).

César Reinaldo O. Basile (2018, p.20) afirma que: “No Direito do Trabalho, além da boa-fé, da razoabilidade e da proporcionalidade, destacam-se quatro princípios de elementar importância: proteção, primazia da realidade, irrenunciabilidade de direitos e continuidade”. Assim sendo, será abordado a seguir, os princípios de grande relevância no nosso ordenamento jurídico.

Princípio da Boa-fé: segundo Romar (2021, p.32), o princípio da boa-fé abrange empregado e empregador. Com base no princípio, o empregado supõe que o empregador irá cumprir o contrato de trabalho, e o empregador por outro lado, supõe que o empregado irá cumprir com suas obrigações contratuais.

Princípio da dignidade da pessoa humana: o princípio da dignidade da pessoa humana, visa colocar limites e vedar discriminações ao empregado diante do poder do empregador, Resende (2020, p.39) contextualiza que: “O ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como meio para atingir determinado objetivo”.

Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade: o princípio da razoabilidade, de acordo com Resende (2020, p.39), visa estabelecer entre as partes (empregado e empregador) o bom-senso sempre que a lei não tiver previsão legal para o assunto discutido. Para Carla Teresa M. Romar:

o princípio da razoabilidade pode ser aplicado no Direito do Trabalho em casos em que seja necessário medir a verossimilhança de determinada explicação ou solução, ou em que se

pretenda distinguir a realidade da simulação, podendo ser invocado tanto pelo trabalhador, como pelo empregador (ROMAR, 2021, p.32)

Princípio da proteção: Basile (2018, p.20-21) afirma que, o princípio da proteção é a base do Direito do Trabalho, pois estabelece equilíbrio na relação entre empregado e empregador. Proporcionando equilíbrio a favor do empregado que necessita prover o sustento familiar e ao empregador que visa valorizar seu patrimônio.

Princípio da primazia da realidade: segundo Resende (2020, p.42), o princípio da primazia da realidade, visa afastar todas as formas de fraudes: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na legislação trabalhista”, expresso no art. 9º da CLT, dando o legislador, preferência à realidade do que à forma.

Princípio da irrenunciabilidade: de acordo com Romar (2021, p.30), trata-se de um princípio base no Direito do Trabalho, que visa não dar validade para atos do empregado relacionado a abrir mão de seus direitos reconhecidos e garantidos por lei, enfatizando que:

Portanto, a irrenunciabilidade, que está vinculada à ideia de imperatividade, isto é, de indisponibilidade de direitos, diz respeito à impossibilidade de que o trabalhador prive-se voluntariamente, em caráter amplo e por antecipação, de direitos que lhe são garantidos pela legislação trabalhista (ROMAR, 2021, p. 30).

César Reinaldo O. Basile, enfatiza que:

Em função do caráter alimentar e da consequente indisponibilidade do direito, é vedada a renúncia (ato unilateral do trabalhador) de qualquer verba de natureza trabalhista.

A aludida proibição se justifica pela subserviência ínsita ao trabalhador, fruto da acentuada assimetria entre a necessidade de quem vende energia para seu sustento e o interesse de quem usa a força do capital para aumentar e valorizar o próprio patrimônio (BASILE, 2018, p.23).

Princípio da continuidade: de acordo com Resende (2020, p.39), decorre da presunção de que o contrato de trabalho foi realizado com prazo indeterminado pelas partes, devendo sempre que o contrato for realizado com prazo determinado, fazer prova. Afastando assim, a presunção de indeterminação de prazo do contrato.

Princípio da norma mais favorável: Ricardo Resende (2020, p.39) explica que, em caso de existência de duas ou mais normas aplicáveis ao caso concreto, a hierarquia das normas trabalhista é a de prevalência e aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, exceto quando houver norma proibitiva de ordem estatal.

Princípio da condição mais benéfica: segundo Basile:

Uma condição laborativa benéfica irá aderir ao contrato, tornando-se parte integrante deste, de três diferentes maneiras:

[...] a) Aderência definitiva (decorrente de liberalidade do empregador)

[...] b) Aderência limitada ao prazo (decorrente de convenção entre as partes ou de sentença normativa)

[...] c) Aderência limitada por revogação (decorrente de imperativo de lei) (BASILE, 2018, p.21-22-23).

No mesmo sentido, Ricardo Resende (2020, p.42) explica que, a condição mais benéfica faz com que contratos e regulamentos empresariais, prevaleçam diante de normas com poder protetivo menor. Diante de cláusulas revogadas ou alteradas, somente atingirão os empregados admitidos após o ato, sendo de extrema necessidade nos contratos individuais de trabalho, haver o consentimento mútuo das partes, desde que não haja prejuízo ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula.

Princípio do in dubio pro operario: ao pé da letra, o princípio significa: na dúvida, para o empregado, conforme Basile (2018, p.21) esclarece: “o princípio do in dubio pro operario não deve ser traduzido somente como “na dúvida, para o operário”, mas também como “na dúvida, em favor do vínculo empregatício”. Nota-se que este princípio serve tanto para interpretação de normas jurídicas, quanto para comprovação da relação jurídica entre as partes.

Princípio da inalterabilidade contratual lesiva: trata-se de um princípio de vedação, em que fica proibido a alteração do contrato de trabalho, de forma a prejudicar o empregado, conforme Resende (2020, p.42): “Pelo princípio da inalterabilidade contratual lesiva são, em regra, vedadas as alterações do contrato de trabalho que tragam prejuízo ao empregado”.

Princípio da intangibilidade salarial: o princípio da intangibilidade salarial, está relacionado a restrição ou impedimento por parte do empregador, em dispor o salário para o empregado, conforme afirma Ricardo Resende:

O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego (RESENDE, 2020, p.42).

1.2 BREVE HISTÓRICO DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO

Para melhor entendermos a evolução da mulher na relação de trabalho, será abordado neste tópico um breve histórico.

Desde os primórdios, sabe-se que as mulheres eram responsáveis pelos afazeres domésticos, cuidando da casa, dos filhos e do marido. Carla Teresa M. Romar (2021, p.17) explica que, durante a Idade Média os camponeses eram servos dos senhores feudais, o qual detinham parte da produção por serem donos das terras, ocorrendo nesta época, a entrada das mulheres nos campos, para ajudar na colheita e plantação.

De acordo com José Francisco S. Neto (2015, p.98) as mulheres de família eram treinadas à desempenhar os papéis de mãe e esposa, afirmando que: “suas atividades se resumiam às chamadas “prendas domésticas”: cuidar dos filhos, orientar ou fazer o trabalho doméstico, mostrar suas habilidades manuais como costurar, bordar e se dedicar ao marido quando este chegasse em casa”.

Já as mulheres pobres e viúvas não possuíam o mesmo privilégio, para complementar a renda, trabalhavam com encomendas de doces, costura, aulas de piano, etc., segundo Neto:

As mulheres pobres, por sua vez, não tinham outra escolha, a não ser de procurar seu sustento. Eram geralmente costureiras, rendeiras, lavadeiras, fiandeiras, roceiras, empregadas para afazeres domésticos, ou operárias. Muitas vezes eram sozinhas, tinham filhos para sustentar, não tendo a opção de ocultar suas atividades (NETO, 2015, p.98).

Após a revolução industrial no século 18, devido a troca do trabalho humano por máquinas, ocorreu a queda no salário dos homens, e as mulheres passaram a contribuir com o sustento da família, Resende afirma que:

Durante os primeiros séculos do sistema capitalista de produção, verificou-se grande exploração dos trabalhadores, seja com jornadas extenuantes, seja com o emprego de força muscular excessiva, geralmente em locais absolutamente insalubres.

Esta realidade social provocou danos de grande monta aos trabalhadores, e notadamente às mulheres, tendo em vista suas especificidades ligadas à gestação e aos cuidados com seus filhos recém-nascidos.

A partir daí, buscou-se a proteção do trabalho da mulher através de dispositivos legais que restringiam sua atividade laboral, a exemplo do que ocorreu e ainda ocorre com o menor

Não obstante, esta legislação, que em princípio visava proteger o trabalho feminino, revelou-se um verdadeiro tiro pela culatra, ao passo que as restrições ao trabalho da mulher se traduziram em fontes de discriminação no mercado de trabalho (RESENDE, 2020, p.917).

Para Carlos Henrique B. Leite (2022, p.353):

Os fundamentos da proteção jurídica especial destinada à mulher são de ordem fisiológica, já que a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem, e social, porque interessa a toda a sociedade a defesa e proteção da família humana (LEITE, 2022, p. 353).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), encontra-se expresso no art. 7º, inciso XX, o direito de: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

De acordo com Leite (2022, p.353), nos artigos 372 a 410 da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, encontram-se as proteções do trabalho da mulher.

José Francisco S. Neto afirma que:

A mão de obra feminina tinha a “vantagem” de ser mais barata que a masculina, o que atraía os empregadores a contratarem o trabalho da mulher em preferência ao do homem, além de a considerarem mais dócil, paciente, menos reivindicativa (NETO, 2015, P.109).

Para Neto (2015, p.95), a invisibilidade e o silêncio da mulher são perceptíveis em textos antigos, pois eram sempre retratadas por homens, esses que, raramente as tratavam como pessoas. Eram restringidos a elas, poucas páginas em jornais e revistas, das quais eram voltadas somente a artigos de casa e moda, deixando poucos vestígios, pois, o acesso à leitura e a escrita foram dados a elas tardiamente.

1.2.1 Breve histórico das primeiras proteções legais no Brasil e no mundo

Com o advento do ingresso da mulher no mercado de trabalho, surge a necessidade de legislação pertinente para proteger e resguardar os direitos das mulheres. Nota-se que após a revolução industrial, houve grande exploração dos trabalhadores, em especial das mulheres, com longas horas de trabalho e salários inferiores aos dos homens. De acordo com Resende:

A partir daí, buscou-se a proteção do trabalho da mulher através de dispositivos legais que restringiam sua atividade laboral, a exemplo do que ocorreu e ainda ocorre com o menor.

Não obstante, esta legislação, que em princípio visava proteger o trabalho feminino, revelou-se um verdadeiro tiro pela culatra, ao passo que as restrições ao trabalho da mulher se traduziram em fontes de discriminação no mercado de trabalho (RESENDE, 2020, p. 917).

Segundo José Francisco S. Neto (2015, p.108), os motivos cruciais para a intervenção do direito na proteção do trabalho da mulher, se viu devido ao fato das mulheres possuírem aspectos fisiológicos e biológicos diferentes, pois as mulheres não possuíam a mesma força e resistência que os homens, enfatizando que, as mulheres eram consideradas incapazes:

Quando se casavam, não gozavam de capacidade plena, eram tidas como relativamente incapazes, em igualdade com os menores de vinte e um anos, até a promulgação da Lei no 4.121 de 1962, que revogou o inc. II do art. 6º do Código Civil de 1916 (NETO, 2015, p.104).

No campo internacional, houve na época uma grande preocupação, visando extinguir toda forma de discriminação contra a mulher na relação de trabalho. De acordo com Romar (2021, p.330) foram elas:

- Convenções da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre discriminação [...]

- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979.
- Convenções da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre discriminação.
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos.
- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994 [...]
- Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre discriminação.
- Convenção n. 100 sobre Salário Igual para Trabalho de Igual Valor entre o Homem e a Mulher, de 1951.
- Convenção n. 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1959 [...]
- Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998 (ROMAR, 2021, p. 330).

No Brasil, o primeiro projeto de código discutido no parlamento foi em 1912, mas só em 1917 estabelecido. Segundo Neto (2015, p.101), nele garantia o direito de a mulher poder trabalhar, sem a autorização do marido por escrito, proibindo o trabalho noturno, a jornada superior a 8 horas diárias e dando 15 a 25 dias de licença maternidade, “com garantia de retorno ao emprego e percepção de um terço do salário no primeiro período e metade no segundo”, o que gerou grande polêmica e indignação aos patrões da época, porém editado apenas em 1932:

O projeto de Código do Trabalho foi discutido por treze anos, mas a primeira legislação que cuidou da situação da mulher, genericamente, foi editada apenas no ano de 1932, com o Decreto no 21.417-A, de 17 de maio de 1932. Antes disso, o que havia eram leis esparsas sobre a mulher trabalhadora, principalmente relacionadas à maternidade. A maioria dessas leis facultava às mulheres sua aplicação (NETO, 2015, p.102).

Com relação a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Romar (2021, p.325) explica que, desde sua criação, em meados de 1919, haviam normas instituindo proteção às mulheres no mercado de trabalho. Através delas, várias convenções e recomendações da OIT estabeleceram direitos protetivos às mulheres, como o direito à entrada no mercado de trabalho, à não discriminação, e a proteção a gestante e a maternidade, respeitando suas características físicas e biológicas.

1.2.2 Principais normas que visam garantir proteção e equidade à mulher no mercado de trabalho.

Para melhor entendermos a evolução da mulher na relação de trabalho, será abordado neste tópico as principais normas que visam garantir proteção e equidade à mulher no mercado de trabalho.

Nos artigos 372 a 401 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), estão expressas as normas que regem os métodos e locais de trabalho da mulher, dentre elas: “Art. 372 - Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo”. Estipula também a jornada de trabalho de 8 horas diárias ou inferior; vedando a publicação, a recusa, o impedimento, a exigência, o procedimento e a consideração relativas à escolha ou discriminação do sexo feminino, através de anúncios de emprego, promoção, dispensa, remuneração, exames, inscrição, aprovação, revistas íntimas entre outros; enfatizando que: “Art. 377 - A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário”.

No mesmo sentido, Ricardo Resende (2020, p.939) afirma que é proibido:

- Proibido o anúncio de emprego com referência ao sexo, à idade, à cor ou ao estado familiar, salvo se a atividade, pela sua natureza, assim o exigir;
- Proibido recusar emprego, promoção ou motivar dispensa em razão do sexo, idade, cor ou estado familiar ou de gravidez, salvo se a atividade, pela sua natureza, assim o exigir;

- Proibido vincular a remuneração, a formação profissional e oportunidades de ascensão profissional ao sexo, idade, cor ou situação familiar;
- Proibido exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;
- Proibido impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;
- Proibido submeter as empregadas a revistas íntimas (a doutrina estende a regra também aos empregados) (RESENDE, 2020, p. 939).

César Reinaldo O. Basile (2018, p.226) ressalta que, o limite de carregamento de peso individual pelo empregado é de 60 quilos, com ressalvas a legislação trabalhista da mulher e do menor, conforme art. 198 da CLT, não sendo permitido cargas que comprometam a saúde e segurança do empregado; quanto ao carregamento de carga por impulsão ou tração, possuem limites diferentes de peso.

Resende (2020, p.939) esclarece que o limite de carregamento de peso pela empregada mulher é de: “máximo 20kg para o trabalho contínuo e 25kg para o trabalho ocasional, salvo se utilizada impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, carros de mão ou outros aparelhos mecânicos”. No mesmo sentido, esclarece quanto a duração da jornada de trabalho da empregada mulher:

Dispõe o art. 373 da CLT que “a duração normal de trabalho da mulher será de 8 (oito) horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior”.

Também é um dispositivo dispensável, tendo em vista que este é o padrão para os empregados em geral (art. 7º, XIII, CRFB, c/c art. 58, CLT). Aliás, não subsiste qualquer distinção entre homens e mulheres em relação à jornada de trabalho, e sim, em matéria de duração do trabalho, apenas no tocante aos descansos (RESENDE, 2020, p. 919).

Segundo Carla Teresa M. Romar, as normas protetivas relativas ao trabalho da mulher, encontram-se no nosso ordenamento jurídico, sendo:

Toda empresa é obrigada a (art. 389, CLT):

- prover os estabelecimentos de medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres, a critério da autoridade competente;
- instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico;
- instalar vestiários com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa, e outros, a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo--se como suficientes as gavetas ou escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences;
- fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os recursos de proteção individual, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho.

Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação (§ 1º, art. 389, CLT). Essa exigência poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime

comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais (§ 2º, art. 389, CLT) [...]

■ Trabalho em horas extras

Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical (art. 386, CLT).

Em relação à obrigatoriedade de concessão de intervalo de 15 minutos à empregada mulher, antes de ela iniciar trabalho em horas extras, a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) revogou o art. 384, CLT, não sendo, portanto, mais obrigatória a concessão desse intervalo.

■ Formação profissional

As vagas dos cursos de formação de mão de obra, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos (art. 390--B, CLT).

As empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão de obra (art. 390--C, CLT).

■ Afastamento do trabalho como medida de proteção (ROMAR, 2021, p.326).

Resende ressalta que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe de proteções com o objetivo de alcançar a equidade entre homens e mulheres, segundo os quais:

Art. 5º. (...)

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...) No mesmo sentido, o art. 7º da CRFB:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...) XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

(...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

"Dispõe o art. 372, caput da CLT que "os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo". (RESENDE, 2020, p. 918)

De acordo com Romar (2021, p.325): "A questão da igualdade entre homens e mulheres no trabalho deve ser tratada como uma questão de direitos humanos e como um requisito indispensável ao regime democrático". Se aplicando a vários aspectos na relação de emprego, tanto na capacidade de trabalhar, quanto no cumprimento da jornada de trabalho e percepção de salário de igual valor.

1.2.2.1 proteção à maternidade.

Com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, surge a necessidade de elaboração de leis específicas quanto à maternidade. Com vistas à proteção da maternidade no mercado de trabalho, será abordado no presente tópico, tais direitos protetivos.

De acordo com Resende (2020, p.939):

- é proibido discriminar a mulher no mercado de trabalho, por motivos de casamento ou gravidez;
- é direito da mulher o período de resguardo (licença maternidade) durante 120 dias, sem prejudicar o emprego e o salário, cabível também à mãe adotante;
- caso seja necessário repouso, antes ou após o parto, estes poderão ser aumentados por duas semanas cada, desde que comprovado por atestado médico;
- mesmo que o bebê não tenha nascido com vida, é direito da mulher perceber o salário maternidade e gozar da licença maternidade;

- caso a mãe venha a falecer, tais direitos são passados para o cônjuge ou companheiro, exceto quando a criança falecer ou for abandonada;
- é direito da gestante ser transferida de função durante a gestação quando constatado a necessidade pelo médico, ou se estiver praticando atividades insalubres, independente de atestado médico e com garantia de retorno à função anterior;
- é garantido também, dispensa do trabalho para realizar 6 consultas médicas e exames durante a gestação;
- é direito da gestante romper contrato com o empregador, caso a sua função coloque em risco a sua saúde ou a gestação, sem necessidade de aviso prévio;
- em caso de aborto espontâneo, a empregada tem direito de duas semanas remuneradas, porém, sem garantia de emprego;
- é garantido à empregada, perante acordo individual, períodos para amamentação, sendo de meia hora cada um e divididos em dois intervalos durante a jornada de trabalho, sendo computados como hora trabalhada, até os seis meses da criança;
- é proibido a rescisão de contrato de empregada gestante com gravidez confirmada, pelo período da confirmação da gestação, até cinco meses após o parto, sendo estendido a quem obtiver a guarda da criança em caso de falecimento da mãe.

César Reinaldo O. Basile (2018, p.151) salienta que, uma parte da doutrina entende o período de afastamento de 120 dias como uma interrupção do contrato de trabalho, todavia, cabe ao INSS (Instituto Nacional de Seguro Social) a obrigação remuneratória, o empregador pagará o salário, e o INSS, em forma de compensação quitará o pagamento de débitos previdenciários do empregador.

Carla Teresa M. Romar, complementa:

A Lei n. 11.770/2008 ampliou a licença--maternidade de 120 para 180 dias, beneficiando primeiro o funcionalismo público federal (Programa Empresa Cidadã).

No caso da iniciativa privada, a medida começou a valer efetivamente apenas a partir de janeiro de 2010, prevendo incentivo fiscal para as empresas que aderirem à prorrogação da licença--maternidade de 120 para 180 dias.

Segundo a Lei, durante a prorrogação da licença--maternidade a empregada terá direito à remuneração integral. Os dois meses adicionais de licença serão concedidos imediatamente após o período de 120 dias previsto na Constituição (ROMAR, 2021, p.327).

Para Carlos Henrique B. Leite, no que tange o direito de garantia de emprego da empregada gestante:

À empregada gestante é assegurado o direito à garantia no emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (ADCT, art. 10, II, "b"), isto é, caso a sua dispensa seja arbitrária ou sem justa causa, poderá pleitear reintegração (LEITE, 2022, p.356).

No mesmo sentido, Romar explica que:

O art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante à gestante estabilidade no emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Neste período, a empregada não pode ser dispensada, exceto se cometer falta grave caracterizada de justa causa. Havendo dispensa imotivada nesse período, o TST fixou jurisprudência (Súmula 244, TST) segundo a qual "a garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe--se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade (ROMAR, 2021, p.327).

1.2.2.2 Proteção à empregada doméstica.

Neste tópico, será abordado sobre as principais normas protetivas existentes no ordenamento jurídico, relacionado a empregada doméstica. De acordo com Adriana Calvo Pimenta:

Em 1972, foi aprovada lei especial para regulamentar os direitos dos domésticos: a Lei n. 5.859/72. Em 1988, a Constituição Federal (art. 7o, parágrafo único) ampliou os direitos do empregado doméstico, contudo não foram equiparados aos trabalhadores urbanos e rurais.

O grande salto de cidadania para os domésticos veio em 2013 com a publicação da Emenda Constitucional n. 72 que ampliou o rol de direitos trabalhistas previsto no parágrafo único do art. 7o. Entretanto alguns dos direitos trabalhistas necessitavam de regulamentação por lei complementar. Logo, em 2015 foi aprovada a Lei Complementar n. 150. A Lei Complementar n. 150/2015 revogou expressamente a antiga Lei n. 5.859/72 (art. 46 da LC n. 150/2015) (PIMENTA, 2020, p.53).

Encontra-se expresso na Lei Complementar nº 150 de 1º de junho de 2015 (LCP 150), em seu artigo 1º:

Art. 1o Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei (BRASIL, 2015).

Segundo César Reinaldo O. Basile (2018, p.49), a Lei complementar 150 de 2015, revogou de forma integral a antiga lei 5.859 de 1972, acordando que, o empregado subordinado, de forma onerosa, e que presta serviço pessoalmente e com finalidade não lucrativa em residência de família ou pessoa por 2 dias ou mais por semana, fica caracterizado como empregado doméstico.

Para Ricardo Resende (2020, p.125), a lei vigente deixa claro a importância da caracterização do vínculo empregatício e da presunção da relação, sendo, a subordinação, a onerosidade e a pessoalidade, entre outros requisitos específicos concernentes à empregada doméstica.

César Reinaldo O. Basile (2018, p.51), explica que os principais direitos do empregado doméstico estão:

Os domésticos possuem seus direitos trabalhistas definidos no art. 7o, parágrafo único, da CF e na Lei Complementar n. 150/2015, não lhes sendo aplicados, nem de forma subsidiária, os preceitos previstos na CLT, ressalvando-se, apenas, os casos em que haja determinação expressa em contrário (CLT, art. 7o, a) ..." (BASILE, p. 51)

Quanto aos direitos não reconhecidos, o mesmo esclarece que:

Em inteligência ao mesmo parágrafo único do art. 7o da CF (reinterpretado a contrario sensu), não são reconhecidos aos domésticos os seguintes direitos: – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; – participação nos lucros ou resultados (PLR); – turnos ininterruptos de revezamento (jornada de seis horas); e – adicional de insalubridade (exposição a agentes nocivos à saúde) ou de periculosidade (risco de morte)." (BASILE, p. 53)

Em se tratando das formas de rescisão de contrato, Ricardo Resende (2020, p.192) afirma que: "O contrato de trabalho poderá ser rescindido por culpa do empregador doméstico quando este praticar qualquer das formas de violência doméstica ou familiar contra mulheres de que trata a Lei Maria da Penha".

No mesmo sentido, César Reinaldo O. Basile (2018, p.179), elenca as formas de rescisão de contrato do trabalho doméstico por culpa do empregador, sendo:

No que se refere ao trabalho doméstico (para o qual não se aplicam os preceitos da CLT), o contrato de trabalho poderá ser rescindido por culpa do empregador quando (LC n. 150/2015, art. 27, parágrafo único): “I – o empregador exigir serviços superiores às forças do empregado doméstico, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato; II – o empregado doméstico for tratado pelo empregador ou por sua família com rigor excessivo ou de forma degradante; III – o empregado doméstico correr perigo de mal considerável; IV – o empregador não cumprir as obrigações do contrato; V – o empregador ou sua família praticar, contra o empregado doméstico ou pessoas de sua família, ato lesivo à honra ou à boa fama; VI – o empregador ou sua família ofender o empregado doméstico ou sua família fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; e VII – o empregador praticar qualquer das formas de violência doméstica ou familiar contra mulher nos termos do que trata o art. 5o da Lei n. 11.340/2006 – popularmente conhecida como Lei Maria da Penha) (BASILE, p. 179).

No que tange a respeito da legislação pertinente existente em nosso ordenamento jurídico, Resende explica que:

No plano infraconstitucional, o trabalho doméstico é regido pela Lei Complementar nº 150/2015, porém também se aplicam à categoria, observadas as peculiaridades do trabalho doméstico, as seguintes leis:

- Lei nº 605/1949 (descanso semanal e feriados);
- Leis nº 4.090/1962 e nº 4.749/1965 (décimo terceiro salário);
- Lei nº 7.418/1985 (vale-transporte);
- CLT, subsidiariamente (RESENDE, 2020, p. 127).

Romar (2021, p.327) complementa que em razão do estado de calamidade pública, vivenciado devido ao coronavírus, foi instituído em 6 de julho de 2020, a Lei nº 14.020 de relevância internacional, assegurando as empregadas gestantes, domésticas ou as que possuem guarda judicial para adoção, o direito de participar do Programa Emergencial. Ficando a cargo do empregador, comunicar ao Ministério da Economia, caso haja a percepção do salário maternidade, para então, haver o cessamento do Programa.

Resende (2020, p.145-147) destaca que, com a promulgação da LCP 150, passou a ser obrigatório o recolhimento do FGTS (fundo de garantia do tempo de serviço); garantindo à empregada doméstica, o direito ao seguro desemprego, no valor de 1 salário mínimo, por até 3 meses contínuos ou alternados, quando dispensados sem justa causa, desde que comprovado vínculo de 15 meses nos últimos 2 anos (24 meses); ao salário família, na proporção do número de filhos; à prescrição do direito de ação trabalhista, no prazo de 5 anos nas relações de trabalho, e de 2 anos após a rescisão do contrato; e por último, mas não menos importante, a fiscalização do trabalho doméstico pelo Auditor Fiscal do Trabalho, orientando e observando se há anotação na carteira de trabalho e previdência social.

1.2.3 Discriminação da mulher no mercado de trabalho.

Para melhor entendermos a evolução da mulher na relação de trabalho, será abordado neste tópico, as normas que visam coibir a discriminação da mulher no mercado de trabalho.

Durante a revolução industrial, houve grande exploração das mulheres, que sofreram com jornadas extenuantes e locais de trabalho insalubres. Resende (2020, p.917) afirma que: “A partir daí, buscou-se a proteção do trabalho da mulher através de dispositivos legais que restringiam sua atividade laboral, a exemplo do que ocorreu e ainda ocorre com o menor”.

No nosso ordenamento jurídico, segundo Carlos Henrique B. Leite (2022, p.356), mais especificamente no artigo 7º, inciso XX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fica evidente a intenção de corrigir as desigualdades existentes entre homens e mulheres, visando a proteção da mulher no mercado de trabalho através de incentivos.

De acordo com Carla Teresa M. Romar (2021, p.329) as diferentes formas de discriminação da mulher no mercado de trabalho, resulta em desigualdade social, exclusão, vulnerabilidade, e dificuldade de superação.

Para Ricardo Resende (2020, p.919), o artigo 373-A da CLT veio estabelecer: “diversos mecanismos de proteção do trabalho da mulher em face de condutas discriminatórias. Em alguns pontos o dispositivo protege também outras categorias de trabalhadores discriminados, além da mulher”.

Os mecanismos que visam eliminar a discriminação e promover a igualdade da mulher no mercado de trabalho, expressos no artigo 373-A da CLT, servem para estabelecer as seguintes vedações ao empregador, conforme explica Carla Teresa M. Romar:

- publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;
- recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;
- considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;
- exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;
- impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;
- proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias (ROMAR, 2021, p.325).

Resende (2020, p.918) afirma que no primórdio, ante a concepção das primeiras normas que visavam proteger o trabalho da mulher, o tiro saiu pela culatra, pois, as restrições impostas, traziam consigo grande discriminação, onde o trabalho feminino se tornou mais caro que o masculino, foi a partir daí, que o legislador buscou eliminar algumas restrições e manter somente as necessárias, em especial os referentes à gestação e à maternidade.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que o trabalho da mulher ante a revolução industrial, era voltado a tarefas do lar, como dona de casa, mãe e esposa. Frente a revolução industrial e o crescente ingresso da mulher no mercado de trabalho, houve a necessidade de elaboração de normas trabalhistas voltadas à mulher, em busca de proteções específicas, visto que, fisiologicamente e biologicamente, as mulheres são distintas dos homens, em suas necessidades.

O presente artigo contribuiu na conscientização de que a mulher possui um papel relevante no mercado de trabalho, e de grande luta e evolução ao longo da história. Parte dessa luta, ainda não chegou ao fim. Diante de todos os direitos conquistados até o presente momento, nota-se que ainda está longe da total equidade entre os sexos no mercado de trabalho.

Percebe-se que, é necessário a elaboração de normas que coíbam a diferença de salário e de prerrogativas de função por sexo, e da discriminação e dificuldade de voltar ao mercado de trabalho após a gestação.

Porém, é de grande valia uma mudança de pensamento e comportamento da sociedade, para que a mulher possa evoluir cada vez mais, visto que, a discriminação acontece muitas vezes de forma “mascarada” e dentro da lei, pois, é direito do empregador o poder de escolha. Preferindo na maioria das vezes, contratar o homem, do que a mulher para cargos de mais alto escalão, e quando contratada a mulher, acaba percebendo um salário inferior, dando continuidade à discriminação sofrida desde a época da revolução industrial, porém, agora, dentro da Lei.

Sugere-se, através deste, um estudo de caso, acerca do total de empregadas mulheres ocupando cargos altos dentro de uma empresa, em comparação aos homens e suas devidas qualificações.

REFERÊNCIAS

BASILE, César Reinaldo Offa. Direito do trabalho: teoria geral, contrato de trabalho e segurança e saúde no trabalho. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL, [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL, Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [Del5452compilado \(planalto.gov.br\)](http://Del5452compilado(planalto.gov.br)). Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL, Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: [Lcp 150 \(planalto.gov.br\)](http://Lcp 150(planalto.gov.br)). Acesso em: 29 ago. 2022.

CISNEIROS, Gustavo. Direito do Trabalho Sintetizado. 2 ed. São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 14 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do trabalho. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 13 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

NETO, José Francisco Siqueira; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Direito do Trabalho no Brasil de 1930 a 1946. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

PIMENTA, Adriana Calvo. Manual de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho. 8 ed. - São Paulo: Método, 2020.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho esquematizado. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. Curso de legislação social: direito do trabalho. 15 ed. São Paulo: Manole, 2021.

27 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS MUDANÇAS ATÉ AS NOVAS CONFIGURAÇÕES DE PLURALIDADE FAMILIAR CONTEMPORÂNEAS

Letícia Carla Baptista Rosa Jordão
Bianca Clara Correia Kusunoki

RESUMO: A realização deste presente estudo é justificada devido a importância do tema proposto, ante a evolução do conceito de família ao longo do tempo e suas mudanças, desde sua primeira aparição às definições atuais, tornando relevante debater sobre a história do ordenamento jurídico brasileiro que versa sobre o tema, visando acompanhar as novas modalidades de família e sua pluralidade contemporânea. O trabalho tem como objetivo a análise do conceito de entidades familiares ao longo dos anos perante o ordenamento jurídico, discorrendo sobre alguns dos diferentes tipos de família que surgiram devido às mutações legais, sendo importante este conhecimento histórico para que não se cometam injustiças e as novas famílias obtenham amparo e proteção legal quando necessário, possibilitando que os princípios fundamentais de igualdade e dignidade humana sejam a eles garantidos. Neste artigo fora empregado o método teórico-bibliográfico, no qual consiste em análise de obras jurídicas, legislações e jurisprudências brasileiras, como demais materiais pertinentes ao tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. Conceito de Família. Pluralidade Familiar.

ABSTRACT OU RESUMEN: The realization of this present study is justified due to the importance of the proposed theme, given the evolution of the concept of family over time and its changes, from its first appearance to the current definitions, making it relevant to debate the history of the Brazilian legal system that deals with the theme, aiming to follow the new modalities of family and their contemporary plurality. This research aims to analyze the concept of family entities over the years before the legal system, discussing some of the different types of family that emerged due to legal changes, being important this historical knowledge so that injustices are not committed and the new families obtain support and legal protection when necessary, enabling the fundamental principles of equality and human dignity to be guaranteed. In this article, the theoretical-bibliographic method was used, which consists of an analysis of Brazilian legal works, legislation and jurisprudence, as well as other materials relevant to the proposed theme.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Family Law. Family Concept. Family Plurality.

INTRODUÇÃO:

Desde o início da humanidade, a sociedade está em constante transformação, seja sua cultura, moda, religião, e o direito também. Torna-se pertinente a realização desta pesquisa a partir do momento em que ao se reconhecer a existência das novas configurações familiares, é reconhecido também seus direitos, dessa forma, é possível trazer todo o amparo legal para garantir sua proteção, quando necessário, evitando injustiças.

A primeira seção é dividida na apresentação dos capítulos 2 ao 3, que trazem uma noção básica ao que diz respeito às famílias, buscando entender sua evolução histórica: de sua primeira aparição no ordenamento legal brasileiro até a promulgação da vigente Constituição Federal de 1988.

No capítulo 4 e seus desdobramentos, é visado a discussão de princípios importantes para a configuração de entidades familiares e sua aplicação nesse âmbito.

Identificados a partir do capítulo 5 em diante, é intencionado a explicação de algumas das diversas entidades familiares, versando sobre as "clássicas", que estão tipificadas no código, e as contemporâneas, por exemplo, sobre família homoafetivas, adotivas, monoparentais, dentre outras modalidades, que vieram a surgir.

Objetiva-se obter uma noção geral sobre o direito das famílias, expondo o caminho percorrido da primeira construção de entidade familiar até a variedade de vertentes que existem atualmente, de modo a refletir sobre as mudanças ocorridas ao longo do tempo.

O método empregado trata-se do teórico bibliográfico, consistindo na análise de livros, legislações, jurisprudências e doutrinas nacionais, além da pesquisa de demais materiais de mesmo cunho temático. Também fora utilizado o método comparativo e uma análise histórica para observação profunda das mutações jurídicas. Emprega-se, por fim, metodologia descritiva para dispor sobre algumas das configurações familiares.

1.A FAMÍLIA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

É notável que o direito de família sofreu grandes mudanças ao decorrer do tempo, principalmente quando comparamos a família nuclear com os múltiplos conceitos de família atuais do ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, a família teve como base a religião católica, base essa influenciada principalmente por conta da colonização portuguesa. Desse modo, segundo Lucas Bittencourt Xavier, a constituição do núcleo era de um homem e de uma mulher. (2016, ebook). Sendo assim, a família heterossexual era a única configuração possível daquela época.

Bruna Schindwein Zeni defende que o casamento consistia como um meio de manter o patrimônio familiar e o status social perante a sociedade, de forma concentrada. (2009, ebook). O casamento funcionava quase como um contrato regido por interesses, evidenciando sempre o lado material e deixando o mais afetivo em segunda instância, como explica Mônica Teresa Costa Sousa e Bruna Barbieri Waquim:

A família tradicional brasileira, assim, possuía duas funções bem delimitadas no espaço social: a de legitimar a transmissão do patrimônio e a procriação. Tais funções expressavam as características da própria sociedade da época, patriarcal, patrimonialista, hierarquizada, individualista e com pouca preocupação com o bem-estar social. (SOUSA; WAQUIM, 2015, p. 72)

É nítido, portanto, que o relacionamento era moldado de forma a deixar um vão amoroso, que seria preenchido futuramente pelo princípio da afetividade, com a promulgação da constituição de 1988.

Para a Jurista Da Rosa Cachapuz, o significado da palavra família era antes aplicado também às coisas, podendo ser usado tanto em relação à dinheiro quanto às pessoas em situação de escravidão. (CACHAPUZ, 2004, ebook). Desse mesmo modo, Bianca Strücker e Gabriel Maçalai explicam que a mulher também possuía condição de coisa, evidenciando-se principalmente pelo fato de a cônjuge obter o papel de ficar em casa e cuidar dos filhos, e o marido ser o responsável por prover o lar. (STRÜCKER; MAÇALAI, 2016, ebook). Após o casamento, a mulher tornava-se relativamente incapaz, e por não ter os mesmos direitos que seu marido acabava submissa e dependente do homem financeiramente.

Com a chegada da revolução industrial, Marcela Paone Viégas e Carlos Afonso Leite Leocádio debatem sobre o fato de que as mulheres começaram a ocupar seu espaço no mercado de trabalho, deixando suas casas e se inserindo no ambiente laboral, e com isso, ganharam mais significância socialmente, politicamente e juridicamente (VIÉGAS; LEOCÁDIO, 2019, ebook). Esse evento e alguns outros como a promulgação da Lei do Divórcio e o Estatuto da Mulher Casada, ajudaram o direito familiar a caminhar para o que temos atualmente no ordenamento jurídico. Foi com a promulgação da constituição federal de 1988, porém, que as mulheres ganharam igualdade perante os homens, conquistando os mesmos direitos, como estabelecido em seu artigo 5º.

Em relação aos filhos, existiam cinco categorias: os legítimos, os naturais, adulterinos, filhos de relação incestuosa, e adotivos. Joice Melo Vieira conceitua que, destes, os primeiros, por terem nascido dentro da relação

matrimonial, obtinham mais direitos do que os demais. (VIEIRA, 2012, ebook). O fator da tentativa de concentrar o patrimônio entre as pessoas da família era aplicado aqui, em modo de herança, visto que era dada prioridade aos filhos nascidos dentro do casamento. Joice Melo Viera ainda discorre sobre o fato de que com o passar dos anos, os filhos ilegítimos ganharam o direito de serem reconhecidos por seu pai, porém, a maior parte da herança ainda se destinava ao filho legítimo. Apenas com a nova constituição que todas os filhos, legítimos ou não, se tornaram iguais em direito (VIEIRA, 2012, ebook).

Desse modo, vemos que a família nesse primeiro momento é patriarcal, heterossexual, visando sempre o financeiro e marcada pela desigualdade tanto quanto ao homem perante a mulher, quanto ao homem com seus filhos.

2.A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A promulgação da constituição federal de 1988 trouxeram várias novidades para o direito contemporâneo, principalmente em relação à igualdade, como expresso no artigo 5º.

Agora, homem e mulher estão a par de igualdade, e o casamento não é mais o único molde que consolida uma família, diz Vania Mara Nascimento Gonçalves. As mulheres deixam o papel exclusivo de 'dona de casa' para trabalhar, ficando independentemente financeiras do marido. (GONÇALVES, 2012, p.244). Não há mais a figura do homem no poder, e sim, a figura da divisão de tarefas entre os cônjuges.

A constituição federal de 1988 ainda, foi um grande auxiliador à essa independência monetária feminina. Em seu art. 7º, inciso XX, é descrito: "Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.", o que ajudou a fornecer uma maior segurança. Para mães com filhos pequenos, o inciso XXV, de mesmo artigo, oferece ajuda para colocar as crianças de até cinco anos de idade em creches e pré-escolas sem onerosidade. Essa emancipação financeira, inclusive, pode vir a formar novos tipos de família, como a figura da família monoparental, pois, ao obter um local para manter sua prole, gratuitamente, a mulher pode trabalhar e, como acaba não se tornando mais dependente do marido nesse aspecto, não há necessidade de, por exemplo, manter-se em uma relação em que não há mais afeto, que se configura um ponto importantíssimo para a figura das famílias contemporâneas, sendo inclusive considerado um princípio fundamental. Sobre o afeto, Nadjara Das Neves Pires cita: "Hoje pode-se afirmar que o afeto constitui o pilar das relações familiares, as quais são baseadas na solidariedade e cooperação visando ao desenvolvimento pessoal e à busca da felicidade." (PIRES, 2016. p.11)

Os filhos, discorre o jurista João Baptista Villela, não são mais separados em categorias, sendo todos detentores dos mesmos direitos. Os pais obtêm novos deveres para com os filhos. A eles, são assegurados direitos como saúde, vida, educação, dignidade, dentre outros. Há mais amparo aos filhos, a relação que outrora era reservada apenas para os legítimos agora deve ser igualitária e asseguradas tanto pelos familiares quanto pelo estado, melhorando significativamente a qualidade de vida destes. (VILLELA, 1999, p.85)

3.PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.

O direito das famílias possui diversos princípios que auxiliam esses e outros assuntos dentro do âmbito legal, usados para proteger os novos direitos e deveres. Embora alguns variem de importância de jurista para jurista, todos são importantes e refletem de alguma forma em todas as modalidades de família.

3.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Segundo Flávio Tartuce, esse princípio pode ser considerado um dos mais importantes em relação ao que tange o direito das famílias, mesmo que não esteja em texto expresso. O afeto que antigamente era, de certa forma, colocado de lado, vem agora como um pilar de sustentação familiar. (TARTUCE, 2007, p.12). O jurista Ricardo Calderón concorda com o fato de que a afetividade é um dos pontos basilares de um núcleo familiar, sendo ele imprescindível junto a outros aspectos. Ambos os autores possuem a visão de que é necessário o elo emocional. (CALDERÓN, 2017, ebook).

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser finalidade precípua (LÔBO, 2011 apud CALDERÓN, 2017)

Embora existam outros fatores que são necessários na configuração de uma família, o afeto tornou-se tão relevante quanto. Enquanto algumas funções deixaram de existir, o princípio só teve sua importância ressaltada. Paulo Lôbo tem uma visão diferente e não o considera como principal, tendo ele entendido que o princípio da solidariedade e o da dignidade da pessoa humana são os basilares. (LÔBO, 2007, ebook). O que se vê, é que todos os princípios contribuem de alguma forma para o direito familiar, sendo eles fundamentais ou gerais.

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Como fora visto anteriormente, a família patriarcal era marcada pela desigualdade, aspecto esse que veio a mudar gradualmente até chegar nos tempos atuais, onde prepondera-se a ideia de equidade. Rolf Madaleno expressa que não é necessário nenhum vínculo matrimonial para que essa igualdade exista, todos tem os mesmos encargos e oportunidades, sendo o comando da casa dividido igualmente, além de ambos proverem para a família em termos monetários se assim quiserem. (MADALENO, 2022, ebook). Assim, o que era antes um sistema hierarquizado e pautado na figura soberana do pai, tornou-se uma relação de decisões mútuas e pensadas de forma a agradar e amparar o máximo, todos do núcleo familiar.

Apesar disso, Cleyson De Moraes Mello dispara que embora essa seja a ideia, ainda não há tanta igualdade entre o homem e a mulher quanto o prometido, principalmente se tratando de famílias carentes financeiramente. (MELLO, 2002, p.100).

Entre os filhos, o art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988 ordena “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Dessa forma, não importa com que relação o filho foi concebido, se foi dentro ou fora do casamento, adotado ou consanguíneo, se fora por conta de incesto, inseminação, nada disso é relevante, tornando palavras antes usadas, como “bastardo”, uma forma de discriminação. Assim, com esses tempos pós-modernos, como assim chamou Cláudia Lima Marques, todos os filhos recebem maior proteção e tem suas individualidades reconhecidas. (MARQUES, 1999, p.23).

Carlos Roberto Gonçalves explica que todos são iguais perante a direitos como o nome, poder familiar, alimentos, direito à herança, reconhecimento paterno, e lhe são vedadas inclusive, na atual Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º, que esteja na certidão de nascituro ou em qualquer outro tipo de documento informações sobre sua filiação ser ou não legitimada, ou adotiva. Também recebem amparo legal os filhos biológicos e não biológicos, que possuem os mesmos direitos sucessórios, segundo art. 41 do ECA. (GONÇALVES, 2020, ebook). Assim, é notável que houve uma maior preocupação perante o bem-estar do descendente.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O princípio da solidariedade familiar tem como força matriz o apoio mútuo, como é implícito no art. 229 da Constituição Federal de 1988 “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” Portanto, é necessário que os pais assegurem direitos básicos como matricular um filho na escola, cuidar de suas necessidades, fornecer prestação de alimentos, dentre outros.

Os filhos também deverão assistir aos pais quando chegar o momento necessário, oferecendo uma qualidade de vida para todos os envolvidos com esse cuidado uns para com os outros. Sobre a ótica de Adriane Leitão Karam torna-se visível a aplicação do princípio da solidariedade e da dignidade na própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 230, onde diz que a família do idoso deve o amparar, e explica:

“Dessa forma, os princípios assegurados pela própria Constituição Federal do Brasil, seja o da dignidade da pessoa humana, seja o da solidariedade, fazem nascer todos os direitos necessários ao ser humano: Direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, etc. , princípios que deverão estar presentes na relação entre pais e filhos.” (KARAM, [2014?],p.3.)

Segundo Paulo Lôbo, atualmente os tribunais buscam acolher dentro da solidariedade não só a família tradicional, mas também os outros membros da família como avós, tios, ex-companheiros, homossexuais, padrastos e madrastas, visando sempre o que for melhor para os menores. Dessa forma, todos tem assegurados os mesmos direitos de visita, cuidado, afeto, em relação as crianças e aos adolescentes (LÔBO, 2007, ebook).

3.4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

É relevante fomentar que os menores são parte importante da família, recebendo uma atenção especial desta, do estado e da sociedade, como expresso no art. 227 da Constituição Federal de 1988 e na convenção sobre os direitos da criança e do adolescente, decreto nº99.710/90, artigos 31 e 32.

Para Breno Silva, o princípio é conceituado:

“Compreender que se deve buscar o melhor interesse da criança é fazer valer as disposições do artigo 227 que as crianças tenham direito prioritariamente à vida, à saúde, à alimentação, educação, lazer, profissionalização. Esses e tantos outros direitos essenciais para manutenção da vida do ser humano devem ser devidamente proporcionados para as crianças que não possuem autonomia para defender-se e exercer os direitos adquiridos.” (SILVA, 2021, p.39)

Assegura-se, portanto, proteção. A figura de autoridade deve prover a ela o necessário para que viva com dignidade, como respeito, saúde, receber educação, desenvolver-se socialmente, entre outros, citados nos incisos do primeiro artigo aqui mencionado.

Notavelmente, para Heloisa Helena Barboza, o melhor interesse também se aplica em situações que envolvem a guarda dos filhos, no processo de adoção, na pessoa que tutela. (BARBOZA, 2000, p.208-209). Assim, vê-se que o próprio tribunal se encarrega de observar se àquela situação é a que mais traria benefícios ao menor, como consta na seguinte jurisprudência:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das

crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". Documento: 966556 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/08/2010 Página 1de 29 Superior Tribunal de Justiça 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4), RELATOR MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, RECORRENTE MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, RECORRIDO: L M B G, ADVOGADO: MÔNICA STEFFEN - DEFENSORIA PÚBLICA)

Aplica-se nesta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, possibilitando que seja realizada uma adoção por um casal homossexual, pautados na relação afetiva.

3.5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Disposto como um fundamento na Constituição Federal de 1988, art. 1º, inciso III, para Lorena Vieira Ramos Ferraz, a dignidade da pessoa humana norteia todos os outros princípios e normas. (FERRAZ, 2019, p.5). Por conta disso, se faz importante a observação deste ao interpretar e aceitar os novos tipos de família, justamente por ser pautada nesse respeito ao ser e sua existência.

O Estado, tem a função dupla de intervenção e restrição, deste modo, precisa garantir que atinja a todos e coibir que o contrário ocorra. (Maria Berenice Dias, 2021 p.65) O conceito é reforçado por Cleyson De Moraes Mello que disserta sobre a dignidade englobar à todas as pessoas, sem exceção e ser imune à qualquer tipo de discriminação, seja ela física, sanguínea, financeira, enfim, nenhum ser humano deve perdê-la (MELLO, 2022, p.

84-85). Essa ideia de igualdade demonstra-se forte principalmente em interpretações de tribunais, por exemplo, o caso do STJ ao liberar a união de casais homossexuais que será tratado em capítulo futuro.

Para Amanda Marielle Madureira Ribeiro, o direito de família é considerado o ramo mais marcado por este princípio (RIBEIRO, 2016, p.12). Breno Silva faz a correlação da alienação parental à dignidade, ao aludir que as crianças devem ter seus direitos protegidos e não as colocar em circunstâncias que não as façam bem. Ele reforça que todas as pessoas devem ser protegidas pelo estado, mas que os menores devem receber uma maior atenção considerando suas vulnerabilidades. (SILVA, 2021, p.25)

3.6 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Esse princípio visa priorizar a criação dos filhos com sua família de origem e deixar para que sejam criados por outra substituta apenas em casos excepcionais, conforme normatizado no art. 19 do estatuto da criança e do adolescente. Um modo de proteger o direito do menor e preservar a família, e conforme vemos no mesmo estatuto, capítulo III, seção I, até mesmo para perder essa guarda há várias burocracias envolvidas, com todas as providencias sendo realizadas e analisadas por um tribunal, de modo a também respeitar o princípio de melhor interesse do menor.

É pressuposto ser uma forma de evitar a segregação familiar, como por exemplo, nos diz o Art. 23 do ECA "A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar". Então, o quanto a família possui financeiramente não é um fator separatório, sobretudo pela possibilidade de incluí-la em programas e serviços que auxiliem e apoiem essa e outras situações.

Em relação a família substituta, esta deverá arcar com todas as responsabilidades e deveres de que um menor necessita. A substituição permeia-se em relações de guarda, tutoria e adoção. Sempre observando vários fatores importantes e delicados, como a opinião do menor, a prioridade em não separar irmãos, a integração no novo núcleo familiar, a realocação caso não haja compatibilidade com a nova família, enfim, priorizando o melhor para jovem naquela situação, como visto no Art. 28 do ECA.

3.7 PRINCÍPIO DO DIREITO DE LIBERDADE

Importante para a consolidação das novas configurações de família, o conceito está firmemente ligado à capacidade de se ter uma escolha. Maria Berenice Dias afirma que a liberdade dá o direito de o cidadão decidir se gostaria de assumir uma relação hétero, homossexual, monogâmica, poliafetiva, ou o que for desejado. (DIAS, 2021, p.66) É apropriado dizer que a liberdade se trata de escolhas feitas pela pessoa. Paulo Lôbo completa a lógica de Maria Berenice Dias, garantindo que esse princípio ajuda na invenção e reinvenção, manutenção, planejamento e extinção dos modelos familiares contemporâneos. (LÔBO, 2018, ebook) Isso pode ser visto historicamente, com a inclusão do divórcio, da escolha do regime de bens, o direito de ter um par de mesmo sexo, et al.

Fabíola Albuquerque Lobo pontua "Outra forma de expressão da liberdade é o de permanecer ou dissolver a entidade familiar. A simplificação ganhou maior respaldo quando o casamento civil passou a ser dissolvido, unicamente, pelo divórcio(...)". Deste modo, o princípio abrange de forma considerável o direito de família nos âmbitos de relacionamentos. A mesma pontua a liberdade paralela do próprio membro familiar, que se distingue diante o restante da família, tendo assim a liberdade do casal e seus filhos. (LOBO, 2017, p.498)

Mas, a liberdade não é absoluta, visto que em algumas situações ela pode ser restringida visando assegurar alguns valores maiores do que este. Art. 5º, inciso II, Constituição Federal de 1988, já regula que ninguém é obrigado a fazer nada e nem deixar de fazer, desde que haja ou não uma lei. Portanto, como o próprio artigo diz, haverá momentos que terá uma proibição, como por exemplo em situações de risco contra a vida. Podemos citar como exemplo a liberdade de expressão religiosa, onde ninguém pode impor sua crença sobre outro ser. Desta forma, o direito da liberdade começa enquanto não for prejudicado o de outrem. Flávio Tartuce reforça que o estado pode controlar, por exemplo, a natalidade e o planejamento familiar, além de que a liberdade deve ser sempre comparada com outros princípios igualmente importantes. (TARTUCE, 2007, p.11)

4. PLURALIDADE FAMILIAR

Embora o Código Civil só expresse três modalidades de família e o art. 226 da Constituição Federal de 1988 pareça de primeiro momento menor do que o esperado, há no Brasil uma vasta variedade familiar. Flávio Tartuce defende que a norma deste artigo é meramente taxativa, não se torna possível colocar a família em um molde devido sua constante mutação (TARTUCE, 2019, ebook). Observa-se que embora apenas o casamento, a união civil e a família monoparental sejam explícitas, a constituição deixa implícitos várias outras tipificações de família.

Segundo Paulo Lôbo esses são exemplos de configurações plurais no Brasil: família heterossexual estando ou não casados e com filhos, pai ou mãe solteiros com filhos, família com entidades interparentais (onde não há a figura de pai ou mãe), entidades não parentais, família onde o casal é do mesmo sexo, concubinato com ou sem filhos, filhos de criação com laços de afeto sem filiação ou adoção habituais, e famílias recompostas. Os filhos podem ser biológicos e/ou socioafetivos (LÔBO, 2018, ebook). Então, a pluralidade familiar se trata desses modelos que não existiam antes do código atual, onde o único conceito era o de casamento entre pessoas de sexo oposto. Agora, mesmo que alguns sejam implícitos, esses grupos fazem parte de nosso país e devem ser protegidas pelo ordenamento jurídico tal qual a tradicional.

5. CASAMENTO

Antes da promulgação da constituição de 1988, o casamento foi o primeiro modelo familiar e sofreu mudanças positivas ao longo do tempo. Hoje revogado, o Decreto n.181 de 24 de janeiro de 1890 foi a primeira lei promulgada que oficializava o casamento de maneira formal, dando as instruções do que deveria ser realizado ou evitado para a consolidação deste.

No primeiro momento, o casamento se tratava da união de um homem e uma mulher e era proibido a dissolução deste. Em 1916 fora introduzido no Código Civil o art. 315, chamado de Lei do Desquite, sendo um avanço considerando que antes não era possível uma separação. Foi com a Lei nº 6.515 de 1977 que finalmente foi instituído a capacidade de divórcio, onde o vínculo jurídico seria finalmente desfeito. Mas, era necessário comprovar um período de separação anterior a entrada do processo. Com a nova emenda constitucional nº66 de 2010, o art. 226, §6 da Constituição Federal de 1988 retirou esse requisito e agora é possível realizar a dissolução do casamento com o divórcio sem esperar anos como diz em seu preâmbulo "(...)suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos."

Além da possibilidade do divórcio, a evolução da legislação possibilita a união homoafetiva devido ao entendimento do recurso especial nº 1.183.378-RS do Ministro Luis Felipe Salomão. Desta forma, é feita uma interpretação do artigo disposto e com base em princípios como igualdade e dignidade da pessoa humana, como disse o relator Min. Celso de Mello para defender a decisão final tomada nesse recurso.

O casamento ainda, possui deveres, com disposição no Art. 1566 da Lei nº 10.406/02. Pautados na igualdade e companheirismo, os incisos versam sobre a fidelidade, a coabitação, a assistência, na criação dos filhos no que versam a sustentação, a guarda e a educação destes, e por último, o respeito e consideração, de forma mútua. Alvaro Villaça Azevedo explica que há inúmeros direitos e deveres no casamento, portanto esse rol é meramente exemplificativo. Embora, não é possível deixar de cumprir nenhum, visto que acarretaria uma violação ao direito do cônjuge. (AZEVEDO, 2019, ebook).

Devido seu valor histórico, ainda há uma certa discrepância quando se trata de uma maior ou igual importância no ordenamento. Caio Mário Da Silva Pereira considera que o casamento seja o núcleo com mais relevância jurídica no código civil devido ao seu teor estudado. De seu ponto de vista, por ter sido o primeiro instituto de família no Brasil, serviria como pilar para todos os outros tipos. Caio Mário Da Silva Pereira discorre ainda sobre o fato de que as outras configurações de família fora do matrimônio não possuem tanta relevância social mesmo que tenham respaldo jurídico, pois estas sempre o usam de exemplo como base mesmo que tenham suas peculiaridades, sendo estas secundárias ao casamento. (PEREIRA, 2017, p.61)

Rozane Da Rosa Cachapuz tem posicionamento contrário "O casamento já não é mais o exclusivo centro gravitador da família. As entidades familiares passam a ser reconhecidas e respeitadas." (CACHAPUZ, 2004, p. 75). Então, o casamento torna-se de igual importância ante aos outros modelos que surgem e vem surgindo. Vemos que

há uma discrepância, pois alguns acreditam que o casamento é o centro enquanto outros adotam uma visão igualitária do aglomerado de modelos.

Em relação a natureza jurídica, é buscada uma definição do que é o casamento. Alvaro Villaça Azevedo ensina que há diversas correntes devido à grande divergência de opiniões, podendo algumas delas ser de cunho contratual, institucional, a mista que mistura as duas primeiras, a religiosa, dentre outras, todas pautadas em uma ideia diferente. Por exemplo, ainda no pensamento de Alvaro Villaça Azevedo, a católica tem a ideia de um casamento eterno entre um homem e uma mulher seguindo as escrituras bíblicas, diferente contratual que como o nome já diz, trata-se de um contrato entre as partes. Então, enquanto a primeira tem uma vista semelhante ao casamento tradicional histórico, o segundo é tratado de forma mais negocial: "A outra teoria, a contratual, entende o casamento como mero contrato, regido pelas regras comuns deste. (...) Cite-se, mais, dessa concepção, que a Constituição Francesa de 1.791 estabelecia que "O casamento não é mais do que um contrato civil." (AZEVEDO, 2019, ebook).

Contudo, para Rodrigo Da Cunha Pereira essas correntes podem ser deixadas de lado "Hoje, na era da família plural e globalizada ela tornou-se inútil e despreciada" (PEREIRA, 2021, ebook). Com as novas pluralidades familiares, trata-se de uma tentativa em vão ao colocar um molde em algo mutável, mesmo que a natureza jurídica seja uma pauta histórica a ser estudada.

Para um casamento ser celebrado deve-se observar certos requisitos, como por exemplo, a idade nubente. Disposto no art. 1.517 do Código Civil, somente quem possui idade igual ou maior de 16 anos podem se casar, com autorização de pais ou equiparado, e claro, as pessoas com maioridade civil. Por serem relativamente incapazes os primeiros, é possível que seus responsáveis retirem a autorização que deram por algum motivo pertinente para resguardar o jovem.

Ainda é incluso pela Lei nº 13.146, de 2015 o casamento entre cidadãos com deficiências mentais ou intelectuais, desde que esses tenham interesse pelo matrimônio, podendo expressar à vontade eles mesmos ou por meio de seu responsável. Então, desde que possua o desejo da união, poderá ocorrer a celebração, uma forma de respeitar o princípio da igualdade, como se pode presumir ao fazer a leitura de seu Art. 10.

Além disso, há cláusulas impeditivas que devem ser respeitadas para que exista esse negócio jurídico, sendo vedado, por exemplo, a união por parentesco até o terceiro grau. Dispostos no código civil de 2002, Art. 1521, é proibido o casamento de pais em filhos naturais ou civis, afins em linha reta, adotado com o adotante ou cônjuge deste, irmãos e parentes até o terceiro grau, o filho adotado com o filho sanguíneo, as pessoas que já são casadas e o cônjuge com a pessoa condenada após tentar contra a vida de seu parceiro. Embora exista a modalidades familiar de poliamor, nota-se no inciso VI uma implicação monogâmica, onde é taxativo a união de apenas duas pessoas. A cláusula impeditiva, explica Cleyson de Moraes Mello, não é a mesma coisa que incapacidade (MELLO, 2022, p.122) logo, ela está baseada na proibição por motivos e não pela falta de idade limite. Essas pessoas podem estar com a capacidade civil plena e ainda assim serem impedidas.

Embora tenha sido feito o estudo dos impedimentos descritos acima, ainda é necessário explicar do que se trata as causas suspensivas, principalmente por respaldarem em outras configurações familiares, como a união estável. Álvaro Villaça Azevedo diz que não é uma forma de impedir o matrimônio, e sim, uma forma de suspender utilizando de sanções, como a adoção obrigatória do regime de separação de bens (AZEVEDO, 2019, ebook). A suspensão é diferente do impedimento, pois estes não são obrigados a deixar de fazer, e sim, haverá imposição de cláusulas para a proteção do cidadão. Isso pode ser comprovado no próprio Art. 1.523 da Lei nº 10.406/022, das suspensões, onde estão elencados quem não deve se casar. Seu parágrafo único expressa "(...)provando-se a inexistência de prejuízo(...)", ou seja, do contrário, a lei é aplicada como uma forma de resguardar o nubente e seu patrimônio. Então, se o prejuízo for afastado, as causas não serão impostas.

Em suma, a família que é constituída pelo casamento possui como núcleo duas pessoas, sem discriminação de orientação sexual, que contraem vínculos matrimoniais formais perante a lei, e possuem deveres e direitos uns para com os outros e com seus filhos, sempre a pé de igualdade.

6. MONOGAMIA

Como já visto, o ordenamento frisa que a união é feita por duas pessoas, independente do sexo, o que coloca a monogamia como um ponto central dos relacionamentos.

A monogamia é considerada para alguns um princípio, como Flávio Tartuce que o considera assim por conta do Art. 1.521, Inciso VI, do Código Civil. Dessa maneira, acredita-se estar implícito pelo impedimento de que pessoas com vínculo ativo do casamento não podem o celebrar novamente até quebrarem o vínculo (TARTUCE, 2019, ebook). Já para Maria Berenice Dias não é um princípio, e sim, uma regra à instituição do matrimônio, usando como defesa o fato da constituição não o abordar (DIAS, 2021, p.60).

Esse impedimento é aplicado para relações matrimoniais, explica Paulo Lôbo, o que configuraria o crime de bigamia, mas não para a união estável, onde é possível contrair relação quando a pessoa casada estiver separada do outro nubente. (LÔBO, 2018, ebook). Mas, isso nos abre portas para a discussão de uma diferente configuração familiar: a poligamia.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a monogamia se faz presente na jurisdição onde a maior parte da população tem religiões cristãs (GONÇALVES, 2020, ebook). A crença se faz forte influenciadora no direito devido sua raiz histórica, como explica Lucas Bittencourt Xavier, que começa desde a vinda dos portugueses ao Brasil (XAVIER, 2016, ebook). O ordenamento leva em consideração as questões da sociedade majoritariamente cristã, dessa forma, reforçando a ideia do casamento entre duas pessoas. Dito isso, o contrário sofre com estigmas e a falta de respaldo em lei. A relação poligâmica pode ser conceituada, de acordo com Paulo Stolze Gagliano E Rodolfo Pamplona Filho: "(...)possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta (...)" (GAGLIANO; FILHO, 2019, ebook). Então, é a união de pessoas, com o mínimo de 3, que sabem e concordam com o relacionamento.

Portanto, embora a relação majoritária do Brasil seja monogâmica, é preciso estar atento às famílias que não seguem este padrão e estão vedadas de contrair vínculo matrimonial uma para com as outras.

7. UNIÃO ESTÁVEL

Ainda que o termo tenha surgido como uma expressão substituta de "concubinato", com o tempo o nome foi desenvolvido para ter uma imagem diferente da inicial. Primeiramente, o Código Civil nos traz em seu art. 1.723 do que se trata a entidade, sendo preciso uma "convivência pública, contínua e duradora com o objetivo de constituição de família." Com esse conceito, são importantes esses pontos para se caracterizar a união estável de um namoro ou "ficada", por exemplo, devido sua duração e continuidade. Saliento que, embora esteja normatizado como 'homem e mulher', este é interpretado do mesmo modo que é interpretado a união homoafetiva devido a ADPF 132, que expressa em sua ementa:

"(...)6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradora entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva(...)" (STF, ADI 132, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Dje n.198. 13/10/2011. p.5)

O jurista Rolf Madaleno discorre que, historicamente, o concubinato era uma forma de ficar com alguém que não podia se separar, visto que o vínculo jurídico permanecia naquela época em que não existia o divórcio. Como era um termo estigmatizado, visto que anteriormente o único modelo aceitável era o casamento tradicional, a nomenclatura foi substituída por união estável (MADALENO, 2022, ebook).

Pablo Stolze Gagliano E Rodolfo Pamplona Filho completam o raciocínio, mas acrescentam que atualmente a união estável foi separado da expressão concubinato, e o segundo fora colocado para situações em que a relação é assídua, mas há a barreira de não poder haver casamento. (GAGLIANO; FILHO, 2019, ebook). Isso é visível no próprio Código Civil que faz essa segregação em seu art. 1.727, confirmando a ideia dos autores.

A união estável possui semelhanças com o casamento, dividindo com elas os mesmos artigos, como os impedimentos (com ressalva do inciso VI, se houver separação de fato ou judicial), as suspensões, e os deveres. (BRASIL, 2002). Ainda é possível converter essa união em casamento desde que sejam seguidas as formalidades, segundo o art. 1.726 da lei estudada.

Do mesmo modo, tem suas peculiaridades. Raquel Sztain aponta que a diferença entre o casamento e a união estável está na falta de fatores formais, como a necessidade do divórcio judicial, se decidirem pelo rompimento da relação. Ainda explica que, historicamente começou como forma de proteger o patrimônio que a mulher ajudou a gerar, e que antes sofriam uma grande perda deste com o divórcio (STZAIN, 2000, p.395). É visível que o que lhe torna único é essa "informalidade", mesmo que estejam presentes outros fatores como o afeto e o desejo de se continuar com o parceiro sem uma definição de tempo tal qual o outro instituto.

8.FAMÍLIA MONOPARENTAL

A terceira e última configuração expressa da Constituição Federal de 1988, está disposta no Art. 226, § 4º, que traz o conceito de família constituída pelo pai ou pela mãe e seus descendentes. O homem ou a mulher solteira, criador e possuirão os mesmos direitos e deveres perante seus filhos que as outras configurações. Possível ocorrer de várias maneiras, sendo algumas por meio de guarda unilateral ou compartilhada, adoção e falecimento, como explicado a seguir.

No caso de divórcio ou separação, ela pode ser formada pela guarda unilateral ou compartilhada, conforme Art. 1.583, Lei nº11.698 de 13 de junho de 2008. No caso da primeira, poderá ser dada a guarda tanto para um dos pais, quanto para outro alguém sendo este preferencialmente parente, ou não, sempre considerando o melhor interesse da criança e do adolescente e seus afetos. Dado a isto, a família monoparental não necessariamente é composta pelos pais, podendo elas serem construídas pelo avô, avó, tia, ou desconhecido, que corresponder ao que for benéfico para o menor. O Código Civil de 2002 ainda diz nos artigos 1694 a 1710, que o pai ou mãe que não deter a guarda não está isento de zelar pelo filho, visto em casos de fornecimento de pensão alimentícia. Para Flávio Tartuce, a guarda compartilhada deverá ser em regime de criação simultânea do jovem, mesmo que não morem mais na mesma residência (TARTUCE, 2019, ebook)

Em questões de falecimento de um dos cônjuges, logo é pensado, de primeiro momento, a situação mais comum: uma pessoa que perdeu seu cônjuge e já possuía filhos nascidos. Mas, também existe a circunstância da fertilização após a morte. O art. 1.597 do Código Civil de 2002 trata da possibilidade de fecundação homóloga mesmo após o falecimento do consorte em seu inciso III. Portanto, essa fertilização trata da utilização do material biológico anteriormente coletado do finado, com o óvulo, para que possa existir gravidez. No inciso IV de mesma lei, há a mesma ideia, porém por meio da fecundação in vitro, ou seja, os embriões que sobraram de um procedimento anterior. (BRASIL, 2002).

No caso da adoção, é permitido que aconteça unilateralmente desde que obedecido o requisito da Lei 8.069/90, art. 42 caput e seu parágrafo 3º, sobre a faixa etária mínima para poder adotar.

Deve se ter em mente que esses são algumas situações de família monoparentais da vasta quantidade de exemplos existentes, e todas são configuradas na criação de uma criança ou adolescente por uma figura adulta responsável.

9.FAMILIA HOMOSSEXUAL

A família homossexual é constituída pela união de duas pessoas do mesmo sexo e foi reconhecida pelo STF no ano de 2011. Mesmo que não expressos na constituição, visto que os artigos versam apenas sobre a união

de um homem com uma mulher, os entendimentos das ementas ADPF 132 e da ADI 4277 tratam sobre seus direitos, que estão em nível igualitário que a composta por casais heterossexuais.

A ADPF 132 está ligada ao direito de se construir uma união estável homossexual. Com ela também foi possível a celebração do casamento. Já a ADI 4277, reconhece essa união como uma entidade familiar " A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.", diz o relator do STF na descrição da ementa da ADI, argumentando sobre sua decisão de possibilitar esses casais a serem uma entidade familiar, respeitando o princípio da igualdade e da liberdade, o mesmo reconhecimento dado à família heterossexual, é entregue à família homossexual. (BRASIL, 2011, p.613) Alvaro Villaça Azevedo diz que estas conquistas jurisprudenciais permitiram ainda a possibilidade de adoção (AZEVEDO, 2019, ebook).

Dito isto, torna-se ainda proibido negá-los este direito, como diz a resolução nº 175 de 14/05/2013 " Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo." (BRASIL, 2013)

Embora reconhecidas juridicamente pelo STF, Rodrigo Da Cunha Pereira traz que a religião é um forte fator do motivo pelo qual há pessoas contra o reconhecimento das relações homossexuais como família. Para justificarem o preconceito, utilizam como argumentos o fator da não expressividade em lei, mas, não julgam da mesma forma quando se deparam com outras composições de constituições familiares das tipificadas na Constituição Federal de 1988, art. 226, como o caso de avôs e netos, por exemplo (PEREIRA, 2021, ebook). A lei então é usada como argumento de forma a expressar ideias pautadas na crença para uma sociedade com fortes convicções morais religiosas.

Mesmo que a adoção seja uma opção, está ainda não foi concebida quando diz respeito à adoção conjunta, direito já concedido a casais heterossexuais (art. 42, Lei nº 8.069 do ECA), como versam Marcela Paone Viégas e Carlos Afonso Leite Leocadio:

No que tange o direito a guarda, já existem diversas decisões concedendo ao homossexual a guarda e também a adoção de menores. Porém, o que se discute atualmente é a adoção em conjunto, por duas pessoas do mesmo sexo, não somente a guarda compartilhada, mas a adoção legal, onde conste na certidão de nascimento o nome de duas mães ou dois pais. (...) Os tribunais se encaminham vagarosamente para este destino, porém, até o momento, no Brasil, este ainda não é um direito conquistado. (VIÉGAS; LEOCADIO, 2019, p. 39)

O direito das famílias, mesmo com mudanças significativas deve se atentar as que ainda não foram contempladas, como à situação da adoção, que deve ser observada com as bases principiológicas do ramo.

10. FAMÍLIA RECONSTITUÍDA

O conceito desta família se dá na Constituição Federal de 1988 de um adulto que já possui um filho de um relacionamento passado, e esse adulto se une com outro companheiro. Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

As famílias reconstituídas nascem de um novo relacionamento (casamento ou outra união), onde um dos cônjuges ou companheiro (ou ambos) compõe a família com filhos de relações anteriores. As famílias reconstituídas nascem de um novo relacionamento (casamento ou outra união), onde um dos cônjuges ou companheiro (ou ambos) compõe a família com filhos de relações anteriores. (PEREIRA, 2017, p.58)

Torna-se assim uma nova forma de família focado em um recomeço de entidade familiar, mesclando o filho da antiga relação com seu novo parceiro e, se for o caso, filhos deste.

Maria Berenice Dias explica que para se tratar desta configuração familiar há a utilização de diversos nomes, podendo ser chamados de famílias pluriparentais, recompostas, reconstruídas ou ainda mosaico. (DIAS, 2021, p. 166) Embora ela coloque a última como um sinônimo, Rodrigo Da Cunha Pereira acredita que nem todas

reconstituídas devem ser consideradas mosaico, pois precisam ocupar o requisito de ter-se filhos de relacionamentos antigos (PEREIRA, 2021, ebook). É notável que alguns juristas fazem a separação dos termos enquanto outros não os restringem e os usam para referir-se ao mesmo assunto.

Com a Lei nº 11.924/2009, foi-se permitido o adquirento do sobrenome do padrasto ou madrasta, se assim todos quiserem, na certidão do afilhado, sem que este último perca o seu de origem. Mas, para Paulo Lôbo, essa é apenas uma visão simbólica visto que juridicamente os direitos patrimoniais não lhe são garantidos, não importando a relação afetiva que eles possuem uns com os outros. (LÔBO, 2018, ebook).

Do novo sobrenome não se nascem direitos de herança devido ao vínculo existente com os pais biológicos, porém, há como a situação ser mudada desde que haja uma conversão desse padrasto ou madrasta para pai ou mãe, observando certos critérios estabelecidos em lei. Segundo Paulo Lôbo isso pode ocorrer por meio de adoção quando ocorre o abandono afetivo do biológico. O sobrenome possui efeitos meramente estéticos quando ao que consta o financeiro, sendo a adoção a forma de transmitir a herança para esse filho, e assim, eles se tornam pais adotivos. (LÔBO, 2018, ebook).

11. FAMÍLIA ANAPARENTAL

A família anaparental é conceituada pelo jurista Rodrigo da Cunha Pereira como sendo uma entidade composta pela falta da figura dos pais, podendo ser uma família configurada por pessoas com vínculo de parentesco, mas sem relação de descendência ou ascendência. (PEREIRA, 2021, ebook). Assim, há como exemplo famílias compostas por irmãos, primos, avós, tios, dentre outros. Além do vínculo de parentesco, Mariah Medeiros de Andrade inclui que a família também pode ser formada por amigos, desde que pautados no princípio da afetividade (ANDRADE, 2020, p.7-8).

Embora o Art. 42, § 2 do ECA negue que haja adoção conjunta em casos que não sejam os adotantes casados ou em união estável, o STJ (REsp 1.217.415/RS) já concedeu provimento à um caso no qual dois irmãos de forma conjunta decidiram por adotar uma criança. A decisão foi pautada no melhor interesse do menor e flexibilizou a lei do ECA. "(...) quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2, do ECA." Foram assim, iguais. Além disso, no mesmo artigo do ECA, § 6, a adoção póstuma fora aceita juridicamente quando há a inequívoca vontade do falecido, e esta for comprovada.

Ainda sobre o STJ, outro provimento deu segurança jurídica ao que diz respeito à impenhorabilidade. Foram-lhe estendidos os mesmos direitos do que trata a Lei Nº 8.009/90 aos irmãos solteiros, segundo o Recurso Especial 57.606/MG. A casa em que eles residem não pode vir a ser penhorada, no que diz a própria ementa: "EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AO IMÓVEL QUE SERVE DE MORADA AS EMBARGANTES, IRMÃS E SOLTEIRAS, ESTENDE-SE A IMPENHORABILIDADE DE QUE TRATA A LEI 8.009/90"

12. FAMÍLIA ECTOGENÉTICA

A família ectogenética diz respeito aos filhos concebidos por meio da reprodução assistida. Tem como exemplo todos os que foram gerados por reprodução assistida homóloga e heteróloga e a gestação de substituição. Para Maria Berenice Dias:

A partir da possibilidade de a gravidez ocorrer mediante o uso de material genético de outras pessoas, bem como de a gestação ser levada a termo por alguém que cede o útero - a chamada barriga de aluguel -, mãe não é a que gesta. Pai não é quem cede material genético. (DIAS, 2021, p.181)

Essas técnicas permitem que o receptor se beneficie de técnicas biológicas para a gestação de um embrião, sem a necessidade de relações sexuais, e ainda se for o caso sem possuir qualquer vínculo, e realizar o desejo da criação de um bebê que não por meio da adoção. A Lei n. 9.263 de 1996 respalda a livre escolha de constituir família planejada:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia. (BRASIL, 1966)

A reprodução assistida homóloga e heteróloga estão expressos no Art. 1.597 do Código Civil, incisos III e IV (no caso da primeira), e V. Na homologa se usa exclusivamente material genético fornecido pelos futuros pais, e na outra, ele é fornecido por um outro doador, anônimo ou não. Esta última conforme o artigo é necessária a autorização do companheiro, como ensina Carlos Roberto Gonçalves: “A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu.” (GONÇALVES, 2020, ebook)

A expressa vontade de ambos os parceiros é o requisito necessário para a aquisição do processo. O jurista ainda explica que o procedimento pode ocorrer por meio de fertilização in vitro, onde a fertilização ocorre fora do corpo, com a junção do espermatozoide e do óvulo numa proveta, e depois de alguns dias será inserido no útero; de inseminação artificial, que ocorre de maneira considerada mais natural, visto que o material genético será ejetado dentro do útero; e outros. (GONÇALVES, 2020, ebook).

Quando trata-se de gestação de substituição, estamos nos referindo à “barriga de aluguel”, técnica esta respaldada pela Resolução 2.294 de 2021, VII, do Conselho Federal de Medicina. Segundo este, para que seja possível, é necessário que a gestação seja feita para alguém que obtenha problemas em relação à gravidez (sejam eles impedimentos ou contra-indicações médicas), ou para famílias homoafetivas, ou ainda para pessoa solteira (que ao receber a criança, deixará de ser uma família unipessoal e se caracterizará como família monoparental).

Ainda segundo o CFM, as técnicas não podem ser utilizadas para optar pelo sexo da criança, à menos que essa escolha impeça doenças relacionadas ao gênero. Há também impedimento de seleção das características visuais do bebê (eugenismo).

13. FAMÍLIA UNIPESSOAL

Composta por uma única pessoa que reside sozinha em seu imóvel, podendo eles serem solteiros, divorciados, viúvos ou os que demais se encaixarem. Essa entidade foi amparada pela súmula 364 do STJ, onde torna-se proibido a penhora do local em que mora os solteiros, separados e viúvos.

No recurso especial n. 182.223-SP (99.0110360-6), temos a situação de uma pessoa, solteira e sozinha, que teve seu direito protegido pelo relator.

PROCESSUAL – EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL – RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90. – A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. – É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário.

O relator min. Sálvio de Figueiredo Teixeira proveu o recurso de impenhorabilidade do local onde o executado morava, defendendo que a moradia é uma forma de proteção, e que o solteiro deve receber o mesmo tratamento que as outras entidades familiares, também viúvos cujo descendentes formaram novas famílias e passaram a morar em outros locais. “ a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa.” Ele completa. Dessa maneira, há uma proteção em relação a família unipessoal.

14. FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

Usando a conceituação de Ana Cristina Paulino Ferreiro, a família multiespécie tem em sua composição um ser humano que possui vínculo afetivo com seu animal de estimação, sendo notável que os últimos acabam sendo equiparados até mesmo à um filho por seus donos. (FERREIRA, 2017. p.8). Atualmente, como diz Francilene de Oliveira Garcia, há até mesmo julgamentos para ver quem fica com a guarda do pet quando há um divórcio ou separação. (GARCIA, 2017, p.18)

Maria Berenice Dias defende que a tendência futura é o crescimento de guardas compartilhadas, com reconhecimento da cotitularidade. Com isso, deve haver a concessão da ação de alimentos, tal qual ocorre com a de um filho humano, para que sejam providos ao bichinho a comida, custear os gastos com veterinário, tosa e banho, dentre outras necessidades (DIAS, 2021, p. 415-416). Segundo Mariana Marcelly Carvalho Noguchi é necessário ainda observar o melhor interesse do animal, tal qual é feito com as crianças, e o melhor interesse do humano (NOGUCHI, 2021, p.30). Deste modo, nota-se que os animais possuem direitos muito parecidos com que teriam descendentes humanos de seus tutores.

Apesar do Código Civil de 2002 tratá-los como objeto (bens semoventes) em seu Art. 82, os animais de estimação foram reconhecidos como seres sencientes ao que o projeto de Lei 27/2018 foi aprovado. Com este título é comprovado juridicamente que possuem emoções, como alegria, tristeza, dor, medo. Ressalto que, infelizmente, apenas os domésticos adquiriram este status, embora este mesmo projeto esteja lutando pelo direito dos animais não incluídos anteriormente

CONCLUSÃO:

1.Introdução da pesquisa, contendo um breve resumo do que será abordado, de seus capítulos, e as metodologias utilizadas para a realização deste.

2.O conceito familiar era restrito ao da família nuclear, com a figura do homem no poder. A mulher se tornava incapaz assim que se casava, e os filhos eram separados em categorias, majoritariamente para separar quem era a prole nascida dentro do casamento, e os que nasceram fora deste, de forma a concentrar o patrimônio dentro de laços “legítimos”. As relações eram restritamente heterossexuais.

3.Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a mulher ganhou maior independência, com leis que incentivaram a transição de “dona-de-casa” para o mercado de trabalho. Além disso, a igualdade se tornou um direito, fazendo com que a figura patriarcal antes majoritária ser substituída por uma divisão de comando e tarefas por parte do casal, e não só esses, mas os filhos também adquiriram posição igualitária uns para com os outros, caindo em desuso a nomeação que era utilizadas para os separarem em categorias.

4.Dispostos os princípios que os juristas mais dialogam sobre, todos são importantes para as configurações familiares.

O princípio da afetividade é um deles, no qual torna-se base fundamental para a construção dos relacionamentos familiares, norteados pela emoção.

O princípio da igualdade, é aquele que fez com que todos os membros da entidade familiar ficassem em posição igualitária perante uns aos outros, dividindo os afazeres e a chefia da casa, sem hierarquias.

O da solidariedade, nos traz a força de um apoio, dos pais para com os filhos, e vice-versa. É aquele que versa sobre cuidar dos membros quando estiver enfermo, de garantir sua educação, seu lazer, enfim, oferecer amparo.

Com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, se é colocado em prioridade a segurança, saúde e bem-estar da criança, além de outros direitos fundamentais que lhes deve ser garantido.

A dignidade, princípio que precisa ser garantido para todos, afim de respeitar a dignidade do ser humano, sua vida e existência em si.

O princípio da convivência familiar nos traz a ideia de que as famílias permanecem juntas, sendo segregadas apenas em casos que é impossível essa coabitação. Não se aplica fatores econômicos. Quando ocorre

substituição familiar, é necessário sempre fazer o que for melhor para o jovem, evitando a separação de seu irmão caso o tenha.

A liberdade é um princípio que garante que as pessoas podem decidir se irão formar uma entidade familiar heterossexual, homossexual, se irão dissolver o casamento, enfim, não serão discriminadas pela relação que escolherem. Esse princípio não é absoluto, visto que algumas vezes o estado intervém.

5.0 Brasil possui uma diversificação de entidades familiares maiores do que as três expressas em sua Constituição Federal de 1988. Essa pluralidade familiar são modelos que nasceram com o passar do tempo, e se mutaram a parte do que é disposto legalmente e reconhecido por meio de jurisprudências, por exemplo.

6.A entidade familiar formada pelo casamento heterossexual foi a primeira a ser instaurada no país, sofreu mudanças consideráveis como a possibilidade de um divórcio, o matrimônio de pessoas do mesmo sexo, assuntos que antes não eram pensados. Há uma discussão da visão do casamento ser contratualista, individualista, ou mista, com influências religiosas. Também é preciso observar deveres, proibições, entre outros fatores para a consolidação deste instituto.

7.A monogamia está presente como requisito para a formação de um casamento, o que consideraria crime de bigamia, mas não para a união estável. A influência dessa decisão vem historicamente com a colonização portuguesa que trouxe a religião católica para o país.

8.Com o tempo, a expressão concubinato foi transformada em união estável e hoje em dia não integra mais o mesmo significado que antes. Ela diz respeito a uma relação que duradora, longa, com intenção de constituir família, e tem similaridade, mas também diferenças, em relação ao casamento.

9.A família monoparental se baseia na criação de uma pessoa, pai ou mãe, que criam seu filho sozinho, enquanto solteiro. Pode ser formada em razão de falecimento do cônjuge, separação ou por meio da adoção.

10.Por conta do entendimento do STF, a família homossexual é assim reconhecida tanto para compor uma união estável quanto para se casarem, se assim quiserem, sendo um direito desses casais que não pode ser negado. A adoção e guarda de menores é possível, porém, diferentemente dos casais heterossexuais, a adoção conjunta não lhes é contemplada.

11.A família reconstituída tem como base uma família se reconstituir com outra, ou seja, um adulto com filho de relacionamento passado começa a se relacionar com outro adulto que não o genitor da prole.

12.Composta pela ausência dos pais, a família monoparental tem como integrantes pessoas com vínculos de parentesco. A eles é possível a adoção conjunta.

13.A evolução da medicina fez com que a família ectogenética conseguisse seu espaço. Essa família é marcada pelo fator dos filhos serem gerados por meio de procedimentos médicos, como a reprodução assistida, ou ainda por meio da gestação de substituição. Não é possível, porém, a escolha de características físicas do bebê pois isso caracterizaria eugenismo.

14.Para a pessoa que vive sozinha, é lhe dado o nome 'família unipessoal'. A lei protege esses cidadãos quando proíbe a penhora do imóvel onde reside.

15.Por fim, a família multiespécie é marcada por um humano e seu animal de estimação, também marcado pelo afeto, assim como todas as outras entidades familiares. Nessa, os animais são considerados famílias e, recebem alguns direitos parecidos com o qual filhos humanos podem obter.

Notavelmente, a história trouxe mutações novas para o conceito de família e garantiu direitos que pudessem proteger as mesmas, principalmente em relação a julgamentos jurisprudenciais. Ainda assim, há muito o que incorporar legalmente quando se nota que alguns direitos são entregues à alguns tipos de entidades e aos outros não. É visível que a necessidade de se reconhecer essas e outras modalidades de famílias que vierem a surgir garantem maior segurança jurídica, além do respeito aos princípios Constitucionais que também estão incorporados no direito das famílias, como o da dignidade e liberdade. O não reconhecimento destas seria um atraso para o ordenamento brasileiro quando consideramos a evolução e mudanças positivas de institutos, como o do casamento, que trouxeram o desprendimento de certos preconceitos, adotando a ideia de que família é muito mais do que está tipificado no código, e que o afeto, respeito, dentre outros, podem configurar a existência de diversas variações familiares.

REFERÊNCIAS:

- ADI 4277/DF (Rel. Min. Ayres Britto), julgada em 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- ADPF 132/RJ (Rel. Min. Ayres Britto), julgada em 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- ANDRADE, Mariah Medeiros de et al. Famílias anaparentais socioafetivas: dinâmicas e desafios para o direito sucessório contemporâneo. Orientador: Rita Simões Bonelli. 2020. p.1-21. Disponível em: <http://ri.uca.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1592/1/TCCMARIAHANDRADE.pdf>. Acesso em: 19 de Setembro de 2022.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019. v. 6.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito da Família. 2000. p. 201-213.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/D99710.htm#. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167#:~:text=Determina%20que%20os%20animais%20n%C3%A3o,%20o%20seu%20tratamento%20como%20coisa.> Acesso em: 16 de ago. de 2022
- BRASIL. Resolução 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 16 de ago. de 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 57.606/MG, rel. Min. Fontes de Alencar, 4.ª Turma, julgado 11.04.1995. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/555382/recurso-especial-resp-57606>. Acesso em: 16 de ago. de 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 182.223/SP, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, julgado 06.02.2002. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199901103606&dt_publicacao=07/04/2003. Acesso em: 15 de set. de 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº 1.183.378/RS. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. Recorrentes: K. R. O e L. P. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=18810976&tipo=5&nreg=201000366638&SeqCgrmaSesao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 16 de ago. de 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 364 - STJ. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf. Acesso em: 16 de ago. de 2022

CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7714-6.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CONSTITUIÇÃO FEDERALM no 2.294/2021. Publicada no D.O.U. de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CONSTITUIÇÃO FEDERALM no 2.168, publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73. Disponível em: https://sistemas.ConstituicaoFederalm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf. Acesso em: 16 de ago. de 2022

DA ROSA CACHAPUZ, Rozane. Da família patriarcal à família contemporânea. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 4, n. 1, p. 69-77, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2021. 1056 p.

FERREIRA, Ana Cristina Paulino. Da guarda compartilhada de animais e a dissolução de relação afetiva. 2017.

FERRAZ, Lorena Vieira Ramos. OS LIMITES DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR E OS DIREITOS REPRODUTIVOS DO DEFICIENTE INTELECTUAL. 2019.

GAGLIANO, PABLO STOLZE; FILHO, RODOLFO PAMPLONA. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2019. v. 6.

GARCIA, Francilene de Oliveira. Guarda compartilhada de animais domésticos na separação conjugal. 2017. Disponível em: <http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2118/Francilene%20de%20oliveira%20Garcia%20-%20Guarda%20compartilhada%20de%20animais%20dom%C3%A9sticos%20na%20separa%C3%A7%C3%A3o%20conjugal.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 de set. de 2022

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. Da família moderna. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 2012, 13.10.

KARAM, Adriane Leitão. O ABANDONO AFETIVO DE IDOSOS POR SEUS FILHOS E A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, p. 1-13. [2014?] [s.l, s.n]. Disponível em: <https://www.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol7-1-2014/artigo1.pdf>. Acesso em: 15 de set. de 2022.

LOBO, Fabíola Albuquerque. O ESPAÇO DA LIBERDADE NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA, p. 489-514, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0489_0514.pdf. Acesso em: 15 de set. de 2022.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, p. 144-159, 2007.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. v. 5.

MADALENO, ROLF. MANUAL DE DIREITO DE FAMÍLIA. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARQUES, Claudia Lima. Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro atual-Direito pós-moderno?. Revista da Faculdade de Direito, v. 16, n. 16, p.21-41. 1999

MELLO, Cleyson de Moraes. DIREITO CIVIL - FAMÍLIAS. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2022.

NOGUCHI, Mariana. Guarda compartilhada de animais de estimação à luz do princípio constitucional da dignidade animal. 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18097/1/TCC%20MARIANA%20NOGUCHI.pdf>. Acesso em: 15 de set. de 2022.

PIRES, Nadjara das Neves et al. Multiparentalidade: Novas Perspectivas para os Arranjos Familiares Atuais. 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/158937/TCC%20-%20Nadjara%20Pires.pdf>. Acesso em: 15 de set. de 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 25. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIBEIRO, Amanda Marielle Madureira. Responsabilidade civil dos entes familiares pelo abandono afetivo de idosos. 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10588/1/21204051.pdf>. Acesso em: 15 de set. de 2022.

SILVA, Breno. ALIENAÇÃO PARENTAL NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 2021. Disponível em: <http://200.216.214.230/bitstream/123456789/682/1/TCC%20Breno%20Silva.pdf> Acesso em: 15 de set. de 2022.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. Do direito de família ao direito das famílias: a repersonalização das relações familiares no Brasil. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 205, p. 71-86, 2015.

STRÜCKER, Bianca; MAÇALAI, Gabriel. "BELA, RECATADA E DO LAR": OS NOVOS DESDOBRAENTOS DA FAMÍLIA PATRIARCAL. Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.217.415 - RS (2010/0184476-0). Recorrente: União. Recorrido: L E G G. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília/DF, 19 de junho de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271895/recurso-especial-resp-1217415-rs-2010-0184476-0-stj/inteiro-teor-22271896>. Acesso em: 16 de ago. de 2022

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 16839762, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso%20006-0209137-4>. Acesso em 15 de set. de 2022.

SZTAIN, Raquel. Direito De Família - Notas de análise e conômica. In: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito da Família. 2000. p.381-409.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano, v. 10, 2007. Disponível em: <https://ssl9183.websiteseguro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>. Acesso em: 15 de set. de 2022

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 14. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5.

VIÉGAS, Marcela Paone; LEOCADIO, Carlos Afonso Leite. RESPONSABILIDADE CIVIL NA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA.

VIEIRA, Joice Melo. Evolução dos nascimentos fora do casamento formal, reconhecimento paterno e os direitos da criança no Brasil, 2012.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, p. 15-30, 1999.

XAVIER, Lucas Bittencourt. A família brasileira em face da história e do direito. Revista Científica UNIFAGOC-Jurídica, 2016, 1.1.

ZENI, Bruna Schindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. Revista Direito em Debate, v. 18, n. 31, 2009.

28 A GUARDA COMPARTILHADA NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19: NOVOS CONFLITOS E PARADIGMAS.

GUSTAVO HENRIQUE BARRAGAN
FABIÓLA CRISTINA CARRERO

RESUMO: O período de pandemia de COVID-19 trouxe novos paradigmas para a jurisprudência brasileira, este artigo tem por objetivo abordar os conflitos ocasionados pelo momento vivenciado em relação a modalidade de Guarda Compartilhada. A metodologia empregada para o desenvolvimento deste artigo foi a revisão bibliográfica, utilizando-se de matérias como livros, artigos científicos, teses, legislações e jurisprudências, ressaltando que essa é uma temática relativamente nova, tendo em vista que os conflitos aqui explorados se deram devido a pandemia instalada pelo mundo com início no ano de 2019. Os objetivos também são expor formas de lidar de juristas e magistrados frente as situações adversas, e frente a Vara de Família e Sucessões em um momento pandêmico, onde devia ser mantido o equilíbrio entre o bem-estar integral da saúde das crianças e adolescentes e o melhor interesse dos mesmo. Ao longo do artigo também será abordado sobre a Lei de Guarda Compartilhada, sua vivencia e modificações tanto para o judiciário brasileiro quando para as partes que vivenciaram a situação durante o período, uma outra temática abordada é o crime de alienação parental, sobre o qual, a percepção foi de aumento neste momento correlacionando sobre o quão prejudicial é este ato para a própria criança. Será possível compreender como o judiciário brasileiro lidou com a situação, através da exposição de relatos reais que passaram por diferentes magistrados.

PALAVRAS-CHAVE: guarda compartilhada; covid-19; pandemia.

ABSTRACT OU RESUMEN: The COVID-19 pandemic period brought new paradigms to Brazilian jurisprudence, this article aims to address the conflicts caused by the moment experienced in relation to the Shared Guard modality. The methodology used for the development of this article was the bibliographic review, using materials such as books, scientific articles, theses, legislation and jurisprudence, emphasizing that this is a relatively new theme, considering that the conflicts explored here were due to the pandemic installed around the world starting in 2019. The objectives are also to expose ways of dealing with jurists and magistrates in the face of adverse situations, and in front of the Family and Succession Court in a pandemic moment, where the balance between the integral well-being of the health of children and adolescents and their best interests. Throughout the article, the Shared Guard Law will also be discussed, its experiences and changes for both the Brazilian judiciary and for the parties who experienced the situation during the period, another topic addressed is the crime of parental alienation, on which, the perception was of increase at this time correlating about how harmful this act is for the child himself. It will be possible to understand how the Brazilian judiciary dealt with the situation, through the exposition of real reports that went through different magistrates.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: shared custody; covid-19; pandemic.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo discorrer sobre a Guarda Compartilhada durante o período da pandemia de COVID-19. A pandemia causou implicações em diversos âmbitos e áreas da vida de milhares de pessoas ao redor de todo o mundo, durante a leitura desse artigo será possível pensar sobre como a pandemia influenciou em novas

decisões da jurisprudência brasileira, mais precisamente, estas decisões em relação a guarda compartilhada, modalidade que sofreu com alterações e situações adversas durante o período pandêmico

Essa pesquisa foi realizada através de revisão bibliográfica, materiais foram buscados nos meios digitais em sites como Google Acadêmico, Scielo, IBDFAM e Bibliotecas virtuais, JusBrasil, teses de mestrado e doutorado. O tema mostra-se importante e com capacidade para diálogo extenso devido ao fato de que teve ainda pouco tempo para ser explorado, e advém de um contexto muito específico, diferente e inesperado vivenciado pela nossa sociedade.

Durante o período de isolamento social devido a pandemia foi necessário a tomada de novas decisões e medidas, momento em que foi necessário não somente compreender a necessidade de adaptações mas também lidar com elas.

A convivência familiar está prevista no artigo 227 da Constituição da República, as crianças e adolescentes possuem o direito de formar laços de afetividades com seus genitores e também com outros parentes. Durante o período de pandemia além do isolamento social, gestos de manifestação de afetos foram quebrados para a prevenção contra o vírus, toques, abraços, beijos e outros tipos de manifestação de carinho através do contato físico não eram indicadas.

A criação de afetos e boa convivência entre os genitores é um fator positivo para o desenvolvimento da criança, mas em um momento em que ainda pouco se sabia sobre o vírus, suas formas de contágio e prevenção, um medo generalizado foi instaurado na população em geral que também não sabia exatamente como agir diante a situação e como proteger as crianças nesse momento. Nesse período a jurisprudência atuou para achar soluções para visitas e guardas compartilhadas em um momento em que a visita de um dos pais era algo "não seguro" para a criança, a mesma medida em que essa criança ou adolescente não poderia ter seus direitos prejudicados.

Atualmente, o vírus se vê mais controlado, apesar de novos casos ainda surgirem todos os dias, é possível observar os feitos positivos da vacina referente a diminuição no número de novos óbitos e contágios diários, mas o vírus ainda está aí e não foi extinto. Não é o desejo de ninguém que uma nova pandemia aconteça, mas é possível afirmar que em um novo caso adverso em relação a saúde pública, o judiciário brasileiro e mundial já irão ter vivenciado isso anteriormente devido a pandemia de corona vírus.

Pesquisas acadêmicas juntamente com a história contribuem para uma melhor vivência frente a uma situação já conhecida comparado ao total desconhecido, dando a possibilidade de evitar os mesmos erros e identificar os acertos.

Num primeiro momento esta pesquisa irá discorrer sobre a Lei da Guarda Compartilhada, a vivência dessa modalidade de guarda para depois falar sobre a temática relacionada a pandemia e as decisões da jurisprudência.

2 GUARDA COMPARTILHADA

No Brasil a Lei que estabelece a Guarda Compartilhada é a lei 13.058 de 2014. Quando os genitores possuem a guarda de seus filhos na modalidade compartilhada, o convívio da mãe e do pai com os filhos deve acontecer de forma equilibrada, levando em consideração as condições fáticas e os interesses dos filhos (BRASIL, 2014).

A lei que estabelece essa modalidade de guarda foi criada em 2014, e considera que quando os genitores não chegarem a um acordo sobre a guarda do filho será então aplicada a guarda compartilhada, com exceção em caso que um dos genitores declarar que não deseja a guarda (BRASIL, 2014). Sendo assim guarda compartilhada é o exercício em conjunto por genitores que não residem na mesma casa. Se a guarda é de ambos, as responsabilidades, diretos e deveres relativos aos filhos também são uma atividade conjunta. (DINIZ, 2015).

Vale ressaltar que no âmbito legal, o conceito de família não é explicado apenas como o ajuntamento de pessoas que vivem em uma única casa, sendo da estas da mesma origem genética ou não. São consideradas um grupo familiar aquelas que possuem um elemento essencial para o convívio e que visem o bem-estar do grupo. A família na atualidade tem como premissa o afeto e a dignidade da pessoa humana, o que vai contra o pensamento de que uma família é formada apenas por casamentos e compartilhamento genético (SILVA; PASSADOR, 2021).

Quando casais que viviam em uma união estável se separam mas possuem filhos, as responsabilidades relacionadas ao bem-estar da criança e do adolescente continuam. O poder familiar age para que a criança tenha

as melhores condições de subsistência e desenvolvimento pleno, apesar da mudança no convívio do menor com seus pais (SILVA; PASSADOR, 2021).

Nessa situação a criança terá como principal residência uma das casas de um dos genitores, mesmo com o equilíbrio no período de convivência. É importante frisar que crianças e adolescentes tem seus próprios direitos e seus interesses não somente são levado em conta como também prevalecem sobre os dos pais, a dignidade do menor deve ser respeitada assim como seus direitos (DINIZ, 2015).

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990 que é o principal instrumento normativo de crianças e adolescentes no Brasil, quem possuir a guarda de um menor tem a obrigação de prestar assistência material, moral e educacional a ele.

A lei de Guarda Compartilhada desde que foi aplicada é considera um avanço no sentido de desmembrar conjugalidade e parentalidade, já que neste caso ambos os pais são responsabilizados (GOLSALVES; BRITO, 2011).

Existem argumentos favoráveis e desfavoráveis diante a aplicação da guarda compartilhada, para alguns autores essa modalidade de guarda pode ser uma facilitadora diante o ambiente de convívio familiar, pois o compartilhamento da guarda garante a possibilidade de vínculos mais estáveis da criança com ambos os pais, favorece a igualdade de deveres e direitos dos mesmos (GONSALVES; BRITO, 2011).

Segundo Gonsalves e Brito (2011) durante as suas buscas pela jurisprudência foram encontradas reações contrárias a essa modalidade de guarda por alguns juristas que argumentam que “Guarda compartilhada que se revela, desde sempre, como ineficaz e causadora de quantidade de problemas, especialmente em relação a crianças em fase de formação de personalidade”, logo na sequência as autoras citam alguns estudiosos que afirmam que a modalidade de guarda unilateral pode vir a contribuir para o afastamento da criança do genitor que não possui a guarda, devido a essa situação a criança pode vir a ter alguns prejuízos em seu desenvolvimento emocional (GONSALVES; BRITO, 2011).

A Constituição Federal (1988), discorre sobre o princípio da dignidade humana, este princípio zela pelas circunstâncias mínimas para a dignidade humana, isto é, priorizam que os indivíduos vivam, cresçam e se desenvolvam sem distinção e com respeito. Este princípio está muito relacionado com o direito da família. Outro princípio que se relaciona com o direito da família é o princípio do melhor interesse ou proteção integral da criança, princípio que preza para que esses quesitos sejam assegurados por equidade jurídica, independentemente de serem frutos de um matrimônio, não matrimônio ou adoção (CAMPOS; ARAÚJO, 2021). A Constituição Federal determina que:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos preceitos.

Do ponto de vista do âmbito constitucional, os interesses dos menores tem domínio sobre todas as outras coisas, sendo o foco as crianças e adolescentes sendo de suma importância a convivência familiar quando de interesse e bem-estar da criança e a importância da guarda compartilhada para que isso seja garantido.

Vê-se adiante, neste artigo que a guarda compartilhada pode ser considerada também uma estratégia para evitar que a alienação parental aconteça.

3. A VIVÊNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA: POSSÍVEIS SITUAÇÕES

Diferente do passado onde a mãe sempre ficava responsável pela guarda devido ao fato de que era considerado que os homens não tinham preparo para desempenhar esse papel, atualmente, a lei demonstra a preferência pela guarda compartilhada em situações onde os genitores não vivem em um relacionamento, quando não existe o acordo entre ambos, a aplicação da guarda compartilhada é o mais comum. A guarda compartilhada

também pode ser requerida pelos genitores para parentes próximos que tenham contato com a criança ou adolescente (MELLO; NAKAYAMA, 2021).

Essa modalidade de guarda é benéfica para as crianças e adolescentes devido ao fato de que a perda do contato com um dos genitores pode influenciar negativamente no desenvolvimento psíquico. Quando existe a convivência existe também a manutenção dos laços de afeto (MELLO; NAKAYAMA, 2021 apud ALVES, 2009).

O direito à convivência é assegurado pelo Código Civil no artigo 1589, "O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação" (MELLO; NAKAYAMA, 2021 apud SOUZA, 2020).

Além do direito a convivência e bem-estar da criança, a guarda compartilhada também é uma forma de combater a alienação parental. A alienação parental "é um processo de rejeição, difamação, ausência e conflito parental onde se relaciona pais e filhos". Segundo Gardner, existem oito variáveis de alienação parental, sendo estas:

- (1) difamação e rejeição ao genitor alienado; (2) explicações injustificadas para a rejeição, (3) ausência de ambivalência; (4) afirmar que a decisão de rejeitar o pai ou a mãe é da própria criança; (5) criança apoiar o alienador no conflito parental; (6) ausência de culpa pela rejeição e difamação do genitor; (7) relato de experiências não vividas ou reprodução do discurso do alienador pela criança, e (8) rejeição e difamação a outros membros familiares do genitor alienado e sua rede social (CAMPOS, ARAÚJO, 2021 p. 32).

Casos de alienação parental, ocorrem na maioria das vezes diante disputas judiciais entre pais que visam obter a guarda dos filhos menores. Em alguns casos é necessário até mesmo a intervenção estatal, a fim de solucionar os conflitos ocasionados por essa situação. A alienação parental é configurada como uma forma de um responsável legal atingir o outro responsável mas essa situação acaba por afetar a própria criança ou adolescente (CAMPOS; ARAÚJO, 2021).

Art. 3º - A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (BRASIL, 2010).

Existem situações em que a alienação parental, não se faz tão evidente, os abusos podem acabar sendo não tão visíveis, esse ato pode ocorrer através da desqualificação do outro genitor, ou a criação de conflitos que impeçam a convivência entre a criança e o outro genitor (CAMPOS; ARAÚJO, 2021).

A alienação parental, pode ser definida também como a manipulação psíquica de um menor contra um dos genitores, sendo a criança e os adolescentes as vítimas, pois essa situação pode ocasionar riscos a ao emocional, afetivo e físico. O alienador é aquele que pratica os atos de alienação, podendo ser os próprios pais, demais ascendentes ou tutores, sendo a prática mais comum ocasionada por um dos genitores após o término do relacionamento, o alienado é o afetado por tais práticas, também sendo vítima nesta situação (CORREIA; PONCION; SILVA, 2021).

Segundo Campos e Araújo (2021) a lei 12.328 de 2010 que discorre sobre a Alienação Parental trouxe efeitos positivos sobre a temática, porém mostrou-se insuficiente para evitar de fato a prática de alienação parental. A lei 13.058 de 2014, referente a Guarda Compartilhada, mostrou-se muito benéfica para evitar de fato a prática da alienação, estabelecendo um novo padrão sobre a temática o que possibilitou também uma educação mais participativa por ambos os pais. A convivência e contato são consideradas uma forma de evitar as práticas de alienação parental.

Expostos esses fatores, pensamos sobre a dificuldade que a jurisprudência brasileira enfrentou em um momento em que as precauções para evitar o aumento de uma pandemia, era justamente evitar o convívio entre filhos e pais que possuíam uma guarda compartilhada instituída, devido ao COVID-19, onde a indicação era o

isolamento social. Segundo a Assessoria de Comunicação da IBDFAM (2020), os atritos entre pais que possuíam guarda compartilhada dos filhos se acirram no período de pandemia e os pedidos por suspensão temporária da convivência com os filhos nesse período também vieram como forma de alienação parental. Como o Direito de Família no Brasil, lidou com essas questões?

4. GUARDA COMPARTILHADA DURANTE O PERÍODO DA PANDEMIA DE COVID-19.

A primeira vez em toda história que o Poder Legislativo precisou pensar em medidas de enfrentamento de uma epidemia dirigidas ao Direito de Família e suas sucessões foi no momento em que o mundo enfrentava a COVID-19 (NEVARES, et. al. 2020). A maior forma de enfrentamento neste período foi o isolamento social a fim de que os casos não aumentassem de forma desenfreada e duas questões relacionadas a família que apareceram nesse momento foram referentes a visitação dos filhos de pais separados e o pagamento de pensões alimentícias (SILVA; PASSADOR, 2021).

Para Silva e Passador (2021) as mudanças enfrentadas pela sociedade mundial durante a pandemia foram muitas, desde seu início em 2020. Vivemos em um mundo globalizado, que compartilha informações através dos meios tecnológicos e também problemas e desigualdade, sociedade em que a todo momento, movimenta capital por meio de comércio e negociações, a população brasileira foi pega de surpresa e desprevenida diante tantas mudanças que tiveram que ser feitas diante o problema de saúde mundial, coronavírus.

Anteriormente a pandemia o Direito de Família considerava-se capaz de ser o conciliador de interesses antagônicos sem a necessidade de muitos conflitos. Era necessário e viável priorizar a convivência entre filhos e genitores a qualquer custo, para ir de encontro aos interesses das crianças ou adolescentes lhes garantido uma formação saudável (Nevares, et. al. 2020)

Mas durante o período pandêmico a realidade tornou-se outra, o vírus da COVID-19 por vezes transmitido através de gestos afetuosos de carinho, como beijos, abraços e toques alterou essa realidade e as formas de convívios, além do cotidiano dos componentes da família para garantia de sustento e a forma de interação seja com os genitores, avós e demais parentes (NEVARES, et. al. 2020).

Segundo Nevares et. al. (2020), no contexto brasileiro a maioria das guardas são maternas com direito a visita dos pais e que são chamadas de guardas compartilhadas mesmo a criança tendo contato com o genitor masculino apenas uma vez por semana ou fim de semana, mas até mesmo esse modalidade de guarda sofreu alterações durante o contexto pandêmico, modificando o dia-a-dia de milhares de brasileiros, por exemplo, o deslocamento das crianças teve que ser suspenso, pais ou mães atuantes na área da saúde com contato direto ao infectado que pensaram no bem estar da criança deixaram o filho na moradia com a outra parte genitora, evitando até mesmo visitas.

Muitas das famílias conseguiram entrar em um acordo sobre como ocorreria essa nova forma de convivência, de forma temporária, sem a necessidade de recorrer à justiça. Mas da mesma forma que toda população teve que enfrentar uma situação para qual não tinha preparo, o ordenamento jurídico também não estava preparado para tal, tendo que enfrentar várias novas situações que foram acarretadas devido ao contexto (SILVA; PASSADOR, 2021).

Houveram várias situações conflitantes entre os genitores e seus interesses, como a discordância sobre a eficácia do isolamento social. Algumas partes requeriam a suspensão do regime de visitas, enquanto a outra considerava o distanciamento como algo negativo pensando no lado emocional, psicológico e afetivo da criança (SILVA; PASSADOR, 2021). Segundo Silva e Passador (2021), a situação antes não era nem imaginada pois:

“(…) difícil imaginar que dia seria necessário acionar o juízo para achar soluções para as visitas/guarda compartilhada onde um dos pais de alguma forma se tornou “não seguro” para o filho devido sua rotina diária ou como tratar o crescente número de problemas com o pagamento de alimentos sem esquecer a parte mais importante que é de continuar a garantindo o interesse do menor, afinal o menor de nenhuma forma poderá ter os seus direitos prejudicados. Diante da atual situação foi e é necessário muito equilíbrio e sensatez tanto das partes, como também dos

advogados e dos julgadores, para não incentivar o conflito, mas pacificar e conduzir com calma as questões familiares”. (SILVA; PASSADOR, 2021, p. 11).

Segundo Angelo (2020), o judiciário brasileiro, necessitou agir de “supetão”, realizando atividades como a de suspensão de prazos processuais, audiências de custódia e entrando em plantão judicial. Não houve uma manual para lidar com a situação para sobre como agir em tempos de pandemia e os magistrados passaram por dificuldades ao ter que atuar com temas sobre os quais não existem jurisdição formada.

O poder judiciário ao se ver obrigado a refletir sobre qual a melhor estratégia para esses casos, contou por cooperar com o bom senso das partes, a demanda de pedidos devido a pandemia foi grande, mas o momento ocasionou dúvidas sobre como ponderar aquele sobre aquele contexto (GUARIENTE; SIMÕES, 2021).

Enquanto Angelo (2020), escrevia seu texto, haviam apenas três casos de precedentes publicados que envolviam a temática da guarda compartilhada. Para que seja entendido melhor sobre como tramitarão essas situações e suas dificuldades, será discorrido sobre esses casos expostos pelo autor.

Em dois casos, foram proibidos que dois pilotos de avião visitasse suas filhas durante o prazo de 14 dias após voltar de viagem, prazo em que se era recomendado para uma quarentena, segundo o magistrado atuante neste caso isso ocorreu devido a profissão exercida por este pai.

O outro caso foi sobre um pai que queria continuar vendo sua filha, com problemas respiratórios mesmo depois de realizar viagens internacionais, passando por aeroportos, nessa situação, a suspensão da visita foi determinada por um período de 15 dias, devida a situação de saúde da criança.

Devido a situações como esta, percebe-se que no período de pandemia os conflitos sobre a guarda compartilhada tornaram-se mais constantes e frequentes, a situação trouxe para ambas as partes desconfiança e receio sobre a segurança da criança naquele momento (MELLO; NAKAYAMA, 2021).

De modo geral, percebeu-se que as decisões judiciais, na maioria das vezes, optava por suspender as visitas e modificar o modo de convivência entre as crianças e adolescentes e os pais, e foi neste sentido que a pandemia impactou o Direito de Família (MELLO; NAKAYAMA apud SOUZA, 2020).

Uma das formas encontradas pela magistrada Fernanda Maria Zerbeto Assis Monteiro, da terceira Vara de Família e Sucessões de Curitiba, para evitar a quebra total de um vínculo entre genitor e filho(a), foi julgar como adequado o contato através de chamadas de vídeos previstas para serem mantidas nos dias já instaurados como dias de visitação, já tendo sido acordados pelas partes, considerando que o mais adequado para aquele momento era mesmo a suspensão temporária do convívio presencial (IBDFAM, 2020).

Para Guariente e Simões (2021) esse convívio é algo indispensável a fim de garantir o desenvolvimento saudável dessas crianças e adolescentes, os autores destacam a importância de manter o contato entre filho e genitor através de meios virtuais de forma diária, por pelo menos uma hora.

Para Doria (2020) a suspensão compulsória dessa convivência apresenta um conflito para os direitos fundamentais que fazem parte da Constituição Federal, como o direito das crianças e adolescentes à convivência familiar mas entende também que é dever de ambos genitores, estado e sociedade ter como uma das prioridades preservar a saúde das crianças.

A autora discorre sobre a importância de que nenhum direito fundamental deve se sobrepor a outro e que um conflito envolvendo dois ou mais desses direitos deve sempre buscar por respeitar ambos os direitos. O afastamento compulsório temporário teve como estratégia preservar a saúde da criança e a autora discorre que, nestes casos, um estratégia razoável é a de estabelecer que esse afastamento não se estenda por um prazo maior que o necessário.

Sendo assim, considera que o afastamento é realmente recomendável em casos que o contato com aquele genitor apresente risco à saúde do menor, mas que o convívio deve ser instaurado novamente assim que esse risco não estiver mais presente (DORIA, 2020).

Outro ponto para se pensar, é o fato de que a guarda compartilhada é estruturada de modo a pensar sobre a rotina escolar das crianças em creches e escolas, no período de pandemia as aulas foram suspensas e nesse momento os pais tiveram que pensar modos para que essas crianças não ficassem sozinhas para que eles

puddessem trabalhar, nesse sentido a suspensão da visita para uma das partes, acaba fazendo com que o genitor que encontra-se com a criança naquele momento tenha mais uma missão (DORIA, 2020).

De acordo com o art. 1.853 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Logo, para lidar com essas mudanças de rotina impostas pela pandemia, recomenda-se que os pais definam, consensualmente, um regime de convivência específico para esses tempos de quarentena, sempre pensando no melhor interesse das crianças. Uma sugestão é aplicar, durante esse período, as regras que já foram decididas para o período de férias escolares (DORIA, 2020).

Mas o importante neste momento, é que aja o bom senso por parte dos responsáveis, evitando o contato das crianças com pessoas do grupo de risco, um prática é comum é que as crianças e adolescentes fiquem com os avós para que os pais possam trabalhar, mas no período da pandemia de COVID-19, isto era contraindicado, pois os idosos fazem parte desse grupo de risco (DORIA, 2020).

No capítulo anterior deste artigo foi discorrido sobre a alienação parental, lendo essas situações pode-se perguntar, o que acontece se nesse período de pandemia um dos genitores impedir a convivência dos filhos com o outro genitor de forma injusta?

Segundo o Código Civil, “a alteração não autorizada o descumprimento imotivado de cláusula de guarda compartilhada, podendo ter como consequência a redução de prerrogativas atribuídas ao genitor que assim proceder” (DORIA, 2020).

O genitor que agir de forma a dificultar o contato do menor com um dos seus genitores ou dificultar a convivência familiar, age de forma considerada como alienação parental segundo a Lei 12.318 de 2010.

Algumas dessas ações são disposta no art. 2º da Lei de Alienação Parental, parágrafo único:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

O cuidado com a criança não justifica o rompimento da convivência dela com um de seus pais. Caso o genitor considere injusta a suspensão da convivência que lhe foi imposta, o aconselhável é buscar soluções alternativas extrajudiciais para gerir o conflito, como por exemplo, através da mediação, mas em última instância, caso não aja acordo entre os genitores, o judiciário poderá agir para solucionar o conflito (DORIA, 2020).

Os princípios de do Direito da Família como o da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar e o melhor interesse da criança foram mantidos mas com a necessidade de adaptar-se as imposições e restrições de um período de doença de alto contágio através do contato humano (GUARIENTE; SIMOES, 2021).

É normal que acordos e sentenças de guarda compartilhada não prevejam situações específicas como o caso de uma pandemia, e por isso estes conflitos acontecem, essa falta de regras anteriormente estabelecidas faz com que o aconselhado seja manter o bom-senso, presando pelo interesse das crianças e adolescentes conciliado a situação pandêmica vivenciada (DORIA, 2020).

O período da infância e adolescência é um período de transformações, tanto sociais como emocionais, culturais e efetivas, e o convívio com a sociedade é forma para o desenvolvimento psicossocial, sendo o seio familiar parte da estrutura para o processo cognitivo (CORREIA; PONCION; SILVA, 2021).

Segundo Correia, Poncion e Silva (2021) a falta de convívio gera maléficos ao desenvolvimento psíquico, motor e social, por que o convívio é uma necessidade humana, ainda mais nos primeiros anos de vida, e além desse afastamento da convivência com a sociedade em geral, o afastamento da convivência também com um dos genitores devido a suspensão temporária (CORREIA; PONCION; SILVA, 2021).

(...) o impacto da falta de socialização nesta fase crucial de desenvolvimento na formação da identidade. Todos vão sair desse período de pandemia com dificuldades maiores do que teriam normalmente. A vida em si já é um desafio, mas o que testemunhamos agora não tem precedentes. Todas as questões de autonomia e desenvolvimento do senso de si serão prejudicadas (ZOLLNER, 2021).

À seguir neste trabalho serão exposta algumas jurisprudências com o intuito de fazer entender métodos utilizados pela justiça em casos que chegaram em teor do Tribunal de Justiça.

No estado do Mato Grosso no ano de 2020, houve um Recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo pai de uma criança, que teve como determinada a suspensão de seu direito de visitação e guarda compartilhando pelo tempo que perdurasse a crise mundial desencadeada pela pandemia de Covid-19. O recorrente, sentiu-se inconformado com a situação, a argumentação foi:

a expressão 'enquanto perdurar a crise de saúde mundial desencadeada pela pandemia do COVID-19' é uma expressão aberta que trata de um fato futuro e incerto, ora, não se pode alegar com certeza quanto tempo será necessário para se superar a crise, um mês talvez? Quem sabe um ano? Assim, apesar da boa intenção do magistrado, a decisão beira o absurdo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO, 2020).

E a decisão foi a de ser reformada a decisão agravada, com a justificativa de que " não ficou demonstrada justificativa plausível para suspensão do direito de visitação e de guarda compartilhada do Agravante".

Outro caso de Agravo de Instrumento ocorrido no Mato Grosso, foi interposto por uma mãe, que foi privada de ver seus filhos durante a pandemia de Covid-19, pois tralhava em hospital, neste caso a argumentação foi a seguinte:

Não se justifica privar a agravante de ver os filhos durante a pandemia do Coronavírus pelo simples fato de trabalhar em hospital, se não demonstrado que, em razão da atividade que exerce, os exponha ao risco de contrair a doença, até porque não há data prevista e nem muito menos definida para que essa situação termine. Diante disso, impõe-se a manutenção da guarda compartilhada acordada judicialmente na Ação de Divórcio. (BRASIL, 2020).

Neste caso o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, considerou como inexistente provas que justificassem a necessidade de alteração da guarda estabelecida no acordo judicial. E também não existiam evidencias de que a mãe tenha sido negligente com a saúde e bem-estar dos filhos, descumprindo medidas sanitárias recomendadas pelas autoridades, o exposto então, levou o provimento ao recurso para manter a guarda na modalidade compartilhada.

No estado de São Paulo, ocorreu uma situação adversa onde o agravante solicitava pela urgência da concessão da guarda compartilhada, durante o momento da pandemia de COVID-19, porém a criança precisava realizar um estudo psicossocial, anteriormente determinado, para que fosse ampliado o regime de visitação ou guarda compartilhada, o estudo teve um atraso devido a situação pandêmica (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2020). Esse estudo deveria ser realizado por profissionais isentos, de confiança do Juízo a fim de formular novas provas para que pudessem ser definidas e melhor apreciados os interesses da criança pelo Magistrado, o direito de visita no entanto deveria ser respeitado, desde que não causasse danos e prejuízos para a criança.

Neste caso a decisão foi a de não alterar a antiga decisão, que colocava o estudo como uma prioridade para a regulamentação da modalidade de guarda, foram considerados também, ausentes os requisitos que

justificassem a imediata ampliação do regime de visitas ou alteração de guarda do menor, anteriormente a realização desse procedimento (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2020).

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo discorrer sobre a guarda compartilhada, especificamente no período da pandemia de COVID-19 que assolou o mundo todo, tendo impacto no cotidiano de todas as pessoas.

O artigo limita-se a falar sobre esses impactos no contexto da jurisprudência brasileira, do direito de família e sucessões em nosso país, buscamos compreender qual a dimensão do impacto dentre dessa realidade e como se saíram juristas e magistrados na busca por soluções desses conflitos e situações inesperadas antes da chegada do vírus, em relação a guarda compartilhada.

Ao discorrer um pouco sobre a guarda compartilhada foi possível enxergar a importância dessa modalidade, principalmente, para as crianças e adolescentes que são beneficiadas e asseguradas de seus direitos quando conseguem manter o convívio com ambos os genitores, ou demais parentes, foi possível compreender o porquê desse tipo de guarda ser a mais comumente instaurada para genitores que não vivem em um relacionamento.

Posto isso, foi abordado o fato de que por vezes, antes da instauração da modalidade da guarda ou até mesmo depois, genitores que não possuem uma boa relação ou vivem conflitos devido a situação da criança podem acabar cometendo o crime de alienação parental visando atingir o outro genitor ou família do mesmo, sem pensar que na verdade essa atitude traz malefícios para o próprio menor, que desenvolve-se através desse contato e laços de afeto.

No período de pandemia essas situações de alienação parental tornaram-se ainda mais frequentes, como relatado em alguns artigos, a suspensão temporária das visitas se fez necessária visando o bem-estar e saúde das crianças, além da não propagação do vírus e descumprimento de regras sanitárias, porém, essa suspensão não estava relacionada a atingir o genitor como visaram algumas pessoas ao pedir por essa suspensão, mas a jurisprudência brasileira, foi correta em determinar que essa situação não extravase o tempo realmente necessário.

É fato que a pandemia de Covid-19 influenciou na vida de milhões de brasileiros, das mais diversas formas possíveis, ninguém estava preparado para atravessar uma pandemia, todos foram pegos de surpresa e tiveram dúvidas sobre como lidar com a situação e de que modo agir, sentiram-se com medo, tensos e ansiosos, um momento de dificuldade vivenciada por todos os seres humanos vivos, e se até os mais velhos sofreram com esse momento, imagina as crianças que saíram completamente de seu contexto, vivendo outro modo de relação familiar dentre de sua casa e ainda sem poder conviver com um ente querido como tinha costume anteriormente.

A tecnologia que foi de grande ajuda nesse momento vivenciado, mantendo a possibilidade de um ensino remoto e trabalhos na modalidade home office, colaborou também para a manutenção da relação entre filhos e genitores que não podiam fazer contato naquele momento, como por exemplo, com chamadas de áudio e vídeo através de ferramentas tecnológicas e redes sociais, algo que foi pensando, considerado e imposto pelos magistrados que se viram diante situações de guardas compartilhadas suspensas para uma das partes.

Analisando o que foi trago e estudado para a confecção desse projeto, ficou claro que não existiu um consenso total entre os magistrados frente a essas situações, situação adversa e que não tem previsibilidade na lei e que por vezes, dependeu por contar com o bom senso dos envolvidos.

Num momento em que a orientação era a de isolamento social ficou difícil para a jurisprudência brasileira, o que seria o melhor interesse da criança ou adolescente naquele momento.

Houveram divergências entre deferimentos ou indeferimentos nos pedidos de suspensão de guarda, como dito anteriormente, algumas pessoas acabavam por pedir a suspensão não pela pandemia em si, mas por desavenças com a outra parte que também é atingida nessa situação assim como a criança.

Difícil preparar-se para um momento imprevisível vivenciado por toda a sociedade, nunca antes na história foi necessário pensar sobre essas questões, ainda mais com tanta responsabilidade, responsabilidade de não expor crianças e até mesmo demais familiares em risco e toda a sociedade.

A situação pandêmica não permitiu que houvesse um preparo humano para lidar com a situação. Dentro da modalidade de guarda compartilhada e deferimentos ou indeferimentos de suspensão de visitas não houve consenso, porém é perceptível através deste estudo compreender que a prioridade em todo esse tramite sempre foi o menor ou a menor que vivenciava essa situação com seus genitores, prezando não somente pela saúde mas também pelo desenvolvimento cognitivo, afetivo e emocional, assim como deve ser, a criança e adolescente em evidência sendo o foco.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. Sem marco legal para guarda dos filhos na epidemia, pais devem priorizar acordos. *Conjur*, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/fica-guardacompartilhada-tempos-coronavirus>>. Acesso em: 10/05/2021.

BARBOZA, L. Adyene. FRANCO, D. Loren. Desafios da guarda compartilhada ante a pandemia de COVID-19. *Jornal Eletrônico* v. 13. 2021.

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

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. São Paulo, Atlas, 1991.

BRASIL. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. 2014.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO. AGRAVO REGIMENTAL CÍVEL. Agravante: Greice Kelly Silva. Agravado: Roberto dos Santos Lima. Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho. Mato Grosso. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO. Agravo de Instrumento 06.2020.8.11.0000, 24.2020.8.11.0000. Apelante: Márcio Dias. Apelada: Laura Regina Brasil Hokama. Relatora: Clarice Claudino da Silva. Mato Grosso. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento: 76.2020.8.26.0000. Agravante: André Goulart Porfírio. Agravada: Veruska Zantetti. Relator: Moreira Viegas. São Paulo. 2020

BRITO, T. M. Leila. GONSALVES, N. Emmanuela. Guarda compartilhada: alguns argumentos e conteúdo da jurisprudência. *Direito GV*. São Paulo. 2013.

CAMPOS, F. Thayna. ARAÚJO, C. Évelyn. Alienação parental: Os reflexos da pandemia sobre a guarda compartilhada. Goiânia. 2021.

CORREIA, A. Ariana. PONCION, R. R. Lourdes. SILVA, P. N. A. Gilberto. A suspensão da guarda compartilhada em tempos de pandemia do SARS-cov-2. UNIFSA. 2021.

DINIZ, H. Maria. Guarda: Novas Diretrizes. *Revista de Direito Contemporâneo* v.3. 2015.

DORIA, Z. I. Isabel. Guarda compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19. *IBDFAM*. 2020.

GUARIANTE, F. A. Heloisa. Simões M. Fernanda. Convivência familiar: os desafios da guarda compartilhada em tempos de pandemia. *IBDFAM*. 2021.

IBDFAM. Pandemia do coronavírus: guarda compartilhada está entre desafios enfrentados no Direito das Famílias. 2020.

MELLO, S. H. Hellen. NAKAYAMA, K. Juliana. O exercício da guarda compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19. Instituto Brasileiro de Direito da Família. 2021.

NEVARES, M. L. Ana. XAVIER, P. Marília. MARZAGAO, F. S. Coronavírus. Impactos no Direito de Família e Sucessões. Ed. Foco. Indaiatuba – SP. 2020.

SILVA, F. Eliane. PASSADOR, Giseli. Guarda compartilhada em tempos de pandemia. *Revista Acadêmica Faculdade Progresso* v. 7 n. 2. Guarulhos – SP. 2021.



ZOLLNER, R. C. Ana. A pandemia e a urgência no cuidado com a saúde mental de crianças e adolescentes.
EcoDebate. 2021.

29 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS SOB A PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DA PERSONALIDADE

Tatiana Manna Manna Bellasalma e Silva
Roberta Simões dos Santos

RESUMO: Este trabalho visa apresentar um estudo acerca do armazenamento de dados pessoais nos bancos de dados, em sua grande maioria das vezes sem uma autorização prévia do titular destes. Com o surgimento da Lei 13.709/2019, denominada Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei brasileira mais atual e de relevante importância em relação à proteção de dados, que busca regulamentar a forma de coletar e tratar esses dados. O presente estudo tem por objetivo analisar a proteção de dados sob a ótica de um direito fundamental, buscando compreender os contornos legais, quando pensado em mecanismos de defesa desse direito: a responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados, e o quanto este sistema ainda é frágil na sociedade atual. Baseado em uma análise de dado pessoal e a necessidade da caracterização deste como um direito fundamental. Dando sequência será discutido a definição dos sujeitos envolvidos no tratamento de dados e os princípios desta atividade. Analisar-se-á ainda, as normas de responsabilização civil adotada pela LGPD, as suas incidências, aplicações normativas visando a proteção de dados pessoais, e os danos causados pelo titular na ofensa do direito fundamental. Empregou-se o método teórico bibliográfico, consistente na análise de obras e artigos científicos que versam sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de Dados; Direito da personalidade; Lei geral proteção de dados.

ABSTRACT OU RESUMEN: This work aims to present a study about the storage of personal data in databases, most of the time without prior authorization from the holder of these. With the emergence of Law 13.709/2019, called the General Data Protection Law, the most current and relevant Brazilian law in relation to data protection, which seeks to regulate the way of collecting and treating this data. The present study aims to analyze data protection from the perspective of a fundamental right, seeking to understand the legal contours, when thinking about mechanisms of defense of this right: the civil liability of data processing agents, and how much this system still is fragile in today's society. Based on an analysis of personal data and the need to characterize it as a fundamental right. Following this, the definition of the subjects involved in data processing and the principles of this activity will be discussed. It will also analyze the rules of civil liability adopted by the LGPD, its incidences, normative applications aimed at the protection of personal data, and the damage caused by the holder in the offense of fundamental right. The theoretical bibliographic method was used, consisting in the analysis of works and scientific articles that deal with the theme.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Data Protection; Personality law; General Data Protection Act.

INTRODUÇÃO

Uma tecnologia crescente, uma sociedade em desenvolvimento, o avanço da globalização, trouxeram consigo a difusão da informação de forma ampla, como jamais imaginado. Diante disso surge a problemática em torno da proteção dos dados pessoais, visando garantir a preservação do direito dos indivíduos em uma sociedade digital.

Quando falamos em era da informação devemos ter a consciência da importância que a concretização da proteção de dados pessoais, visando preservar os direitos dos indivíduos inseridos na sociedade digital.

Com o avanço da capacidade da produção de dados das mais variadas tipicidades, e a expansão de acesso à internet, a era digital propagou de forma inimaginável a capacidade de difusão de conteúdos e dados produzidos, ficou evidente o quanto a sociedade está insegura diante de todo este novo. A evolução tecnológica atual traz consigo um grande campo de desenvolvimento para os indivíduos, em contra partida implica em riscos para a pessoa, principalmente quando fala-se em direito à privacidade e intimidade.

Os dados armazenados nos mais diversos bancos de dados, passam por um compartilhamento entre inúmeras organizações, pessoas jurídicas ou pessoas físicas, de forma não controladas, para os mais diversos fins imagináveis.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) surge justamente da necessidade de regulamentar um mercado que cresce a cada dia, o exploratório de dados pessoais, protegendo o titular dos dados, implementando formas de criar limites ao modo que estes dados serão tratados.

A Lei define o que são dados pessoais e explica que alguns deles estão sujeitos a cuidados ainda mais específicos, como os dados sensíveis e dados pessoais sobre crianças e adolescentes. Esclarece ainda que todos os dados tratados, tanto nomeio físico quanto no digital, estão sujeitos a regulamentação.

Partindo da necessidade de se traçar meios eficientes visando a garantia da preservação dos direitos individuais dos indivíduos frente aos desatinos e anseios da economia moderna, o presente trabalho busca compreender a responsabilidade civil dos agentes de tratamento como um mecanismo de tutela ao direito fundamental do titular à proteção de seus dados pessoais.

A metodologia utilizada para a pesquisa, será tipo bibliográfica por meio de análises de livros, artigos jurídicos, documentos, da legislação e jurisprudência, resultado numa pesquisa com finalidade descritiva e exploratória.

O texto estrutura-se em três partes, sendo que na primeira será realizada uma análise de conceitos gerais da legislação, definição dos agentes envolvidos no tratamento de dados, e a função de cada um, explorando ainda os princípios previstos da Lei e as delimitações e bases legais que nortearão o tratamento de dados. Informações estas que servirão como base para orientar a análise da responsabilidade civil.

Na sequência irá se delimitar o direito fundamental da proteção de dados, analisando os contornos jurídicos acerca do tema, visando uma compreensão exata do que será resguardado sob a tutela do direito fundamental.

Por fim será analisado a relação de proteção de dados com o direito da personalidade e a responsabilidade civil dos envolvidos, com base no regime jurídico adotado e os elementos previstos na lei, considerando a estreita ligação entre os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, garantindo uma segurança eficaz para seus dados.

A cerca de toda a discussão fundamentada na LGPD, surge um questionamento enquanto a possibilidade de convivência com a evolução tecnológica, no que se refere ao tratamento dos dados pessoais, e a garantia da preservação no tocante a preservação de seus direitos, como a privacidade e a intimidade.

Empregou-se o método teórico bibliográfico, consistente na análise da legislação e de obras e artigos científicos que versam sobre o tema.

2 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SUA IMPORTÂNCIA

O dado pessoal como um bem jurídico ganhou destaque no ordenamento jurídico brasileiro com a edição e promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.708/2018, que estabeleceu pela primeira vez, um conjunto de normas destinadas a regular o seu tratamento. (BRASIL, 2018).

Essa Lei trouxe um regime geral sobre o tema e, juntamente com a Lei de Acesso a Informação, o Marco Civil da Internet (MCI) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) compõe o conjunto normativo responsável por regulamentar o tratamento da informação no Brasil (MENDES; DONEDA, 2018).

A proteção dos direitos fundamentais encontra previsão no artigo 2º da Lei Geral de proteção de Dados, correlacionada com o texto da Constituição Federal brasileira, principalmente no artigo 5º, incisos X e XII, que versam sobre a privacidade, a honra, a imagem das pessoas e o sigilo da comunicação.

No LGPD, a autorização/consentimento do titular dos dados é considerada elemento essencial para que o tratamento dos dados ocorra, conforme previsão no art. 11, II, da Lei.

A Lei traz várias garantias ao cidadão, dentre elas: poder solicitar que seus dados pessoais sejam excluídos, revogar o consentimento, transferir dados para outro fornecedor de serviços, entre outras ações. O tratamento dos dados deve ser feito levando em conta alguns requisitos, como finalidade e necessidade, a serem previamente acertados e informados ao titular.

A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei 13.709/2018) dispõe sobre o tratamento de dados de pessoas naturais, tanto por meio físico, quanto por meio digital, reconhecendo a finalidade da tutela desses dados/informações para a proteção de direitos, como os da liberdade de expressão e de comunicação, privacidade, honra, imagem, autodeterminação informativa e livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º). Ademais, a lei reconhece a efetivação e promoção de Direitos Humanos Fundamentais como tutela dos dados pessoais. (art. 2º, VII).

Os dados pessoais sensíveis aos termos do inciso II art. 5º da LGPD são aqueles “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. De forma geral, são dados particulares, que denotam a forma de pensar e ser do indivíduo bem como sua origem sociocultural e biológica.

A Lei nos apresenta três vias de sua aplicabilidade na sociedade, no primeiro caso quando o tratamento de dados for realizado no território nacional, onde nesse caso, basta ocorrer o tratamento de dados no Brasil, sem importar o local sede ou domicílio do agente de tratamento, ainda que no exterior. Vale ressaltar que a lei também é válida para estrangeiros que tiverem seus dados tratados no Brasil, ainda que estrangeiro esteja no Brasil.

A segunda aplicabilidade é quando o tratamento tem por objetivo a oferta o fornecimento de bens ou serviços, ou tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, ou seja, o fato gerador nesse caso é a localização geográfica do fornecimento dos bens ou serviços do titular, com a certeza de que quando o tratamento for realizado no Brasil, a LGPD deverá ser aplicada, independente se o agente estiver em território nacional ou fora dele.

Já a terceira e última hipótese, acontecerá quando os dados pessoais objetos do tratamento tenham sido coletados no território nacional tendo em vista que quando os dados forem coletados o titular se encontre no Brasil.

De acordo com Teixeira e Armelin (2020), o binômio necessidade-utilidade deve estar em constante atualização acerca do propósito fundamental da coleta dos dados pessoais. O tratamento dos dados deve estar adstrito à sua finalidade, sendo que sua utilização além do necessário e divergente do acordado com o titular dos dados passa a ser considerado ato ilícito acarretando em responsabilização dos responsáveis pelo tratamento dos dados.

A aplicação da legislação surge da necessidade de garantir maior segurança das informações privadas, apontando detalhadamente como deve ser realizado o tratamento dos dados de forma lícita. A Lei 13.709/2018, apresenta conceitos bem definidos no seu art. 5º:

- I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
- II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
- III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

- IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;
- V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;
- VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
- VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;
- VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);

Além das definições referentes ao que seriam os dados pessoais, e os dados pessoais sensíveis, a Lei define quem são os agentes responsáveis pelos dados, e o que é considerado o tratamento destes, desde a sua coleta, até seu arquivamento ou compartilhamento.

Vale ressaltar que os dados pessoais têm o propósito que justificam a sua coleta, armazenamento e tratamento. Seguindo esta premissa, o titular deverá ser informado com clareza e explicitamente sobre como se dará o ciclo da vida destes dados. Deve ser garantido ao titular que os dados coletados serão utilizados de forma estrita conforme previsto no contexto do tratamento por ele consentido (à exceção nos casos de segurança pública e defesa nacional). (FUIZA, CÔRREA, LISBOA, p. 217, 2020).

Encontra-se previsão na LGPD, o acesso com consulta gratuita sobre a forma e a duração do ciclo. Há garantias também quanto a clareza e atualização dos dados, com base em seu tratamento e quando estes estiverem incorretos, ou com tratamento desvirtuado, permite-se a anonimização, bloqueio e até mesmo exclusão destes. (FUIZA, CÔRREA, LISBOA, p. 217, 2020).

A Lei quando trata da responsabilidade civil decorrente de infrações praticadas por Órgãos Públicos, determina ser solidária a responsabilidade entre o operador e controlador dos dados. Na ocorrência de danos morais, patrimoniais, individuais ou coletivo e não sendo hipóteses de excludente, será devido o pagamento de indenização. (FUIZA, CÔRREA, LISBOA, p. 217, 2020).

As técnicas utilizadas para tratamento destes dados devem respeitar boas práticas de governança e atender os princípios gerais da legislação. As infrações cometidas serão passíveis de sanções, incluindo advertência formal, bloqueio de dados e multas conforme Art. 52, incisos I e XII da Lei 13.709/2019: (FUIZA; COSTA; BORGES, p. 267, 2020).

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (Vigência)

- I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
- II - Multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total na R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;
- III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;
- IV - publicação da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
- V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;
- VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;
- VII - (VETADO);
- VIII - (VETADO);
- IX - (VETADO);
- X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019);

- XI – suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de (6) seis meses, prorrogável por igual período; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019);
- XII – proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019).

Todo vazamento de informações com agravante aos dados sensíveis, são passíveis de aplicação de sanção. Em razão disso se faz necessário o domínio da pessoa sobre seus dados, a LGPD está envolta a uma carga de princípios, exigindo um consentimento de forma específica, e principalmente, autorizando à pessoa a sua revogação de forma potestativa (art. 8º, § 5º, LGPD):

Entende-se que o sistema desenvolvido tem como pilares centrais: a) amplo conceito de dado pessoal; b) necessidade de qualquer tratamento e dados tenha uma base legal; c) rol taxativo de hipóteses legais para o tratamento de dados; d) caracterização detalhada do consentimento do titular e preocupação com sua manifestação; e) legítimo interesse como uma das hipóteses autorizativas e necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses para a sua regular aplicação; f) amplo rol de direitos do titular; g) densa carga principiológica. (NOVAKOSKI; NASPOLINI, p. 161, 2020).

A utilização dos dados pessoais, requer um cuidado especial, pois estamos falando de características próprias de cada pessoa, sua intimidade, algo que muitas vezes é violado de forma indiscriminada, tornando sua utilização vinculada a responsabilidade por qualquer dano causado. Não se trata apenas sobre vazar informações pessoais, e sim ser responsável pelos dados que se tem poder e se manipula.

Os dados de caráter pessoal contém informação das pessoas físicas que permitem sua identificação no momento ou posteriormente. Na sociedade tecnológica, os cadastros armazenam alguns dados que possuem um conteúdo especial, e por isso são denominados sensíveis. Tais dados podem referir-se a questões como ideologia, religião ou crença, origem racial, saúde ou vida sexual. Exige-se que os cadastros que armazenam contenham uma segurança especial, como forma de evitar que sejam mal utilizados. Com as cautelas especiais relativas aos dados sensíveis, seja quando são recolhidos, seja quanto à segurança em seu armazenamento, tenta-se garantir que os mesmos não sejam utilizados para outra finalidade ou de maneira equivocada. O dado pessoal é uma informação que permite identificar uma pessoa de maneira direta. A proteção do dado sensível tenta prevenir ou eliminar discriminações. Pode-se dizer que é uma nova leitura do princípio da igualdade e, sua intenção é a de que os dados armazenados não sirvam para prejudicar as pessoas. (PINTO; ROVER; PEIXOTO. p. 123, 2020).

Embora a LGPD esteja inserida em um conjunto de princípios e regras que visam a criação de um ambiente de responsabilidade proativa, permeada por um cunho preventivo, o risco potencial de ocorrência de lesão na coleta e tratamento de dados pessoais, especialmente ante os riscos inerentes a uma sociedade de classificação (Novakoski; Naspolini, 2020), mostra cada vez mais a necessidade de um sistema de responsabilidade civil apto a propiciar a efetiva tutela da vítima e a reparação integral do dano.

Um sistema de Leis eficaz, que efetivem a proteção dos dados da população, garantindo segurança as operações realizadas no mundo da tecnologia se fazem cada vez mais urgente, e Leis que sejam aplicadas com o rigor que a pauta exige.

3 DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS

Uma exata compreensão do conceito de dado pessoal passa pela análise de duas teorias: a reducionista e expansionista.

Na perspectiva reducionista, apenas os dados que digam respeito a uma pessoa identificada, específica e determinada é que serão qualificados como dados pessoal. Assim sendo é necessário, portanto haver um vínculo direto e imediato entre o dado e a pessoa a que este se refira para caracterizá-lo como dado pessoal. Ao passo que sob a perspectiva expansionista, dados pessoais serão todas as informações que digam respeito a uma pessoa identificada ou identificável. O vínculo entre o dado e pessoa a que ele diga respeito pode ser indireto ou mediato (BIONI, 2015).

De forma clara e objetiva, os dados pessoais sob a ótica reducionista são basicamente, por exemplo, o número da carteira de identidade ou cadastro de pessoa física, enquanto para a teoria expansionista abrangeria também informações como os dados de localização e o número do Internet Protocol (IP), que apesar de não serem capazes de identificar, por si só, o titular daquela informação, pode em conjunto com outras informações e com o tratamento adequado identificá-lo.

Neste sentido,

Ainda que divergentes, tais teorizações detêm o mesmo centro gravitacional. Ambas demandam uma análise contextual donde está inserido de um lado, aferindo-se o seu grau identificabilidade para, então, desencadear a compreensão se uma determinada informação está relacionada a uma pessoa identificada ou identificável. (SCHWARTZ; SOLOVE, 2011)

Adotando a teoria expansionista, a LGPD define expressamente dado pessoal no seu art. 5º inciso I, como: “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018, s. p.). Com base nisso, no direito brasileiro os dados que atraem repercussão jurídica são todos aqueles que sejam aptos a identificar uma pessoa natural.

Em contrapartida ao conceito de dado pessoal há o de dado pessoal há o de dado anônimo, o qual, a contrário sensu, diz respeito a um dado que não tem aptidão de identificar uma pessoa individualizada. A quebra do vínculo entre o dado e seu titular pode ser fruto de um processo denominado anonimização, pelo qual o dado antes pessoal, relativo à pessoa identificada, torna-se anonimizado (DONEDA, 2006).

Considerando todos os aspectos resta evidente uma zona obscura entre dado pessoal relativo a uma pessoa natural identificável e o dado anonimizado uma vez que:

Por essa lógica, qualquer dado pessoal anonimizado detém o risco inerente de se transmutar em um dado pessoal. A agregação de diversos “pedaços” de informação (dados) pode revelar (identificar) a imagem (sujeito) de quebra-cabeça, a qual era até então desfigurada (anônimo) – o chamado efeito mosaico (TENE, 2013).

O critério abordado pelo direito comunitário europeu e pela LGPD, legislações que adotaram o conceito expansionista, foi o da razoabilidade, isto é, a mera potencialidade de identificação de um dado pessoal não seria suficiente para enquadrar o dado pessoal como identificável. É necessário que seja possível identificar o titular daquele dado utilizando-se de um “esforço razoável”. (BIONI, 2020).

Considerando a definição de esforço razoável, a LGPD define no art. 12, §1º que “a determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios”. (BRASIL, 2018, s.p.).

Restando claro que a conceituação de dado pessoal, apto a atrair proteção jurídica, está amparado numa compreensão de que estas informações são relativas a uma pessoa natural identificada ou identificável, levando em consideração que a possibilidade de identificação se baseia no conjunto de dados constante em uma base de dados específicos o observando ainda, o uso de técnicas que importem em um esforço razoável à sua identificação.

Diante de toda a problematização surge a importância em superar conceitos teóricos restritivos, devendo se pensar em uma normatização da proteção de dados que supere a teoria e se volte para a prática, protegendo a indivíduo sempre que a atividade de tratamento de dados possa lhe causar algum dano. (BIONI, 2015).

4 A RELAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS COM OS INSTITUTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os direitos da personalidade estão inseridos de forma estrita à personalidade humana e seu desenvolvimento. Para Sérgio Iglesias, “A personalidade é um complexo de características interiores com o qual o

indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais. Com efeito, no sentido jurídico, a personalidade é um bem, aliás, o primeiro pertence à pessoa”. (SENGIK; MARTINS, p. 4, 2020)

No entendimento de Limongi França, aos direitos da personalidade são facultades: “direitos da personalidade dizem-se facultades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”. (SENGIK; MARTINS, 2020. p. 5)

O conceito de direitos da personalidade possui estreita relação com o de dignidade da pessoa humana. Orlando Gomes, por exemplo, define os Direitos da Personalidade como sendo os “considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”. (SENGIK; MARTINS, 2020. p. 5).

Uma das maiores dificuldades no quesito privacidade da sociedade contemporânea e tecnológica, baseia-se na criação de um banco de dados. Os dados pessoais são coletados em diversas fontes e, quando reunidos em um único sistema, passam a fornecer um completo perfil da pessoa, que se vê completamente vulnerável perante bancos, agentes financeiros ou governamentais. Na sociedade de massas, a velocidade do fluxo de informações eleva a importância da proteção dos direitos da personalidade, especialmente da privacidade. (SILVA; CARVALHO, 2017, p.10).

É em função disso que a proteção dos dados pessoais passou a ser encarada por meio de uma ótica mais abrangente, pela qual outros interesses devem ser considerados, compreendendo as diversas formas de controle tornadas possíveis com a manipulação de dados pessoais (DONEDA, 2006, p. 204).

A problemática relacionada aos bancos de dados e o direito à privacidade do cidadão já era enfrentando por nossos Tribunais já em 1995, quando a dita sociedade em rede ainda estava em formação. Nesse sentido, vale conferir o trecho de voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar que muito bem demonstra a preocupação com a manipulação de dados pessoais.

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade (...). E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. (BRASIL, STJ, 1995).

Nesse sentido, a doutrina defende que o enorme aumento de quantidade de informações pessoais coletadas por instituições públicas e privadas, as quais alimentam os diversos bancos de dados, visa a aquisição de elementos que alimentam os diversos bancos de dados, visa a aquisição dos elementos necessários à preparação e gestão de programas de intervenção social, bem como o controle da conformidade dos cidadãos à gestão política dominante e, no aspecto privado, a obtenção de informações necessárias para o desenvolvimento de estratégias empresariais (RODOTÀ, 2008, p. 28).

Como consequência dessa ampliação do alcance informacional dos bancos de dados, doutrinadores verificaram o surgimento de um verdadeiro corpo eletrônico, formado pelas nossas informações pessoais. Esse nosso perfil virtual pode ser denominado de várias formas como corpo digital ou pessoa virtual. É o que, com precisão, Pierre Lévy conceitua como “hiper corpo” híbrido, social e tecnobiológico:

O meu corpo pessoal é a manifestação temporária de um enorme “hiper corpo” híbrido, social e tecnobiológico. O corpo contemporâneo se assemelha a uma chama. Ele costuma ser minúsculo, isolado, separado, quase imóvel. Depois, ele chega a fugir de si mesmo, intensificado pelos

esportes ou pelas drogas, passa através de um satélite, lança algum braço virtual em direção ao céu, ao longo das redes de interesses ou de comunicação. (LÉVY, 1996, p. 17-18).

Outra construção doutrinária que denota a quantidade de informações pessoais armazenadas em bancos de dados é o data shadow. Alan Westin cunhou esse termo para identificar os dados pessoais armazenados e que acompanham o indivíduo, como uma sombra, aonde quer que ele vá (DONEDA, 2006, p. 175).

A conscientização quanto a problematização da exposição da imagem e dados, haja vista que um dano cometido na rede de comunicação, se torna global em pouco tempo, fazendo com que o desgaste seja bem maior que o próprio erro. O avanço da tecnologia muitas vezes caminha na contramão da privacidade pessoal.

Uma falsa ideia que muitos têm que tudo que é feito na internet fica desprotegido pelo direito, era a grande tábua de salvação para muitos, mas já leis e jurisprudências suficientes para tratar sobre o tema e coibir os abusos provocados. Atos estes que afetam a reputação de um grande percentual de pessoas no meio eletrônico. Mas precaução nunca é demais, um cuidado com a divulgação de textos, imagens e vídeos se faz necessário constantemente, para que se qualquer ato irregular for praticado, uma ação imediata reduz o dano, e a possibilidade de retirar o material da rede com maior celeridade. (RODRIGUES; BECHARA; GRUBBA, p.4-6, 2020).

O mundo da informação está em constante ascensão, mas este fator traz consigo consequências, tornando necessária a partilha de conhecimento, visando um englobar de informações no tocante a todas as camadas da sociedade. É sabido a existência de classes sociais onde está evolução da informação ainda não chegou, mas nos centros mais desenvolvidos nada se realiza sem considerar os impactos da tecnologia digital. Nesse sentido, RODRIGUES; BECHARA; GRUBBA (2020) defende que a quarta revolução industrial é sem precedentes, eis que é diferente em escala, escopo e complexidade das demais, caracterizando-se ainda pela velocidade, amplitude e profundidade e pelo seu impacto sistêmico. Para o autor:

Nessa revolução, as tecnologias emergentes e as inovações generalizadas são difundidas muito mais rápidas e amplamente do que nas anteriores, as quais continuam a desdobrar-se em algumas partes do mundo. A segunda revolução industrial precisa ainda ser plenamente vivida por 17% da população mundial, pois quase 1,3 bilhão de pessoas ainda não têm acesso à eletricidade. Isso também é válido para a terceira revolução industrial, já que mais da metade da população mundial, 4 bilhões de pessoas, vive em países em desenvolvimento sem acesso à Internet. O tear mecanizado (a marca da primeira revolução industrial) levou quase 120 anos para se espalhar fora da Europa. Em contraste, a internet espalhou-se pelo globo em menos de uma década. (RODRIGUES; BECHARA; GRUBBA, p.5, 2020).

Todo vazamento de informações com agravante aos dados sensíveis, são passíveis de aplicação de sanção. Em razão disso se faz necessário o domínio da pessoa sobre seus dados, a LGPD está envolta a uma carga de princípios, exigindo um consentimento de forma específica, e principalmente, autorizando à pessoa a sua revogação de forma potestativa (art. 8º, § 5º, LGPD):

Entende-se que o sistema desenvolvido tem como pilares centrais: a) amplo conceito de dado pessoal; b) necessidade de qualquer tratamento e dados tenha uma base legal; c) rol taxativo de hipóteses legais para o tratamento de dados; d) caracterização detalhada do consentimento do titular e preocupação com sua manifestação; e) legítimo interesse como uma das hipóteses autorizativas e necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses para a sua regular aplicação; f) amplo rol de direitos do titular; g) densa carga principiológica. (NOVAKOSKI; NASPOLINI, p. 161, 2020).

A utilização dos dados pessoais requer um cuidado especial, pois estamos falando de características próprias de cada pessoa, sua intimidade, algo que muitas vezes é violado de forma indiscriminada, tornando sua

utilização vinculada a responsabilidade por qualquer dano causado. Não se trata apenas sobre vasar informações pessoais, e sim ser responsável pelos dados que se tem poder e se manipula.

Os dados de caráter pessoal contém informação das pessoas físicas que permitem sua identificação no momento ou posteriormente. Na sociedade tecnológica, os cadastros armazenam alguns dados que possuem um conteúdo especial, e por isso são denominados sensíveis. Tais dados podem referir-se a questões como ideologia, religião ou crença, origem racial, saúde ou vida sexual. Exige-se que os cadastros que armazenam contenham uma segurança especial, como forma de evitar que sejam mal utilizados. Com as cautelas especiais relativas aos dados sensíveis, seja quando são recolhidos, seja quanto à segurança em seu armazenamento, tenta-se garantir que os mesmos não sejam utilizados para outra finalidade ou de maneira equivocada. O dado pessoal é uma informação que permite identificar uma pessoa de maneira direta. A proteção do dado sensível tenta prevenir ou eliminar discriminações. Pode-se dizer que é uma nova leitura do princípio da igualdade e, sua intenção é a de que os dados armazenados não sirvam para prejudicar as pessoas. (PINTO; ROVER; PEIXOTO. p. 123, 2020).

A responsabilidade civil esta regulamentada na Seção III do Capítulo VI da LGPD, intitulada de “Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”. É importante ressaltar que tais normas não serão aplicáveis em todos os casos envolvendo responsabilidade civil, podendo, dependendo da relação jurídica, ceder espaço a normas específicas, como o Código de Defesa do Consumidor, o que, inclusive, é expressamente reconhecido pela LGPD em seu artigo 4510.

A responsabilidade civil na LGPD não surge apenas da violação do microsistema jurídico de proteção de dados. É preciso interpretar o art. 42, caput em conjunto com o art. 44, parágrafo único, que assim dispõe:

Paragrafo único: Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados do controlador ou operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

Embora a LGPD esteja inserida em um conjunto de princípios e regras que visam a criação de um ambiente de responsabilidade proativa, permeada por um cunho preventivo, o risco potencial de ocorrência de lesão na coleta e tratamento de dados pessoais, especialmente ante os riscos inerentes a uma sociedade de classificação (Novakoski; Napolini, 2020), mostra cada vez mais a necessidade de um sistema de responsabilidade civil apto a propiciar a efetiva tutela da vítima e a reparação integral do dano.

Um sistema de Leis eficaz, que efetivem a proteção dos dados da população, garantindo segurança as operações realizadas no mundo da tecnologia se fazem cada vez mais urgente, e Leis que sejam aplicadas com o rigor que a pauta exige.

Em um artigo publicado de 4 de junho de 2021, pela Folha de São Paulo, foi constatado que há mais de 600 decisões judiciais envolvendo a Lei Geral de Proteção de Dados, desde a sua entrada em vigor, em setembro de 2020. Além disso, o artigo da Folha também traz uma pesquisa com 122 empresas, 41% destas afirmam já terem sofrido ataques cibernéticos o que denota a fragilidade dos bancos de dados em âmbito virtual.

Diante de todos estes dados, é possível pensar que há muito de se esperar com a entrada em vigor da integralidade da LGPD, o que inclui a efetivação das suas sanções, assim como pensar que a partir disso, haverá um crescimento da judicialização por partes dos titulares de dados vazados e/ou usados de forma indevida, tendo em vista que notícias informando vazamento de dados no Brasil são mais tão raras, a exemplo do vultoso vazamento de dados ocorridos em janeiro de 2021, que expôs os dados de 223 milhões de brasileiros, dentre eles, CPF's, CNPJ's, nome, sexo, datas de nascimentos, sendo a origem dos dados ainda desconhecidas.

Exemplos como o acima citado, demonstram o quanto a segurança de dados no Brasil é sensível, considerando que nem a origem desses atos foi possível rastrear, impossibilitando a identificação do operador dos dados, visando uma possível responsabilização pelos atos.

CONCLUSÃO

A era digital, característica marcante do início do século XXI, é marcada pelo surgimento de uma sociedade em rede, onde os mais variados avanços da tecnologia da informação e comunicação, gerando reflexos de grande impacto para os indivíduos, a sociedade e o Estado. Com a evolução da internet das últimas décadas, possibilitou o desenvolvimento para o indivíduo, mas em contra partida, implica em enormes riscos para a pessoa titular dos dados pessoais, falando principalmente em direito a privacidade e intimidade.

O compartilhamento de informações, proveniente a era da informação, mesmo oferecendo riscos diretos aos usuários, como privacidade e intimidade, não podemos esquecer que também proporciona uma coletividade em efetivando uma redução espacial e temporal de interações sociais.

Os benefícios resultantes da Lei Geral de Proteção de Dados são evidentes, principalmente, quando analisados de forma global em nossa sociedade.

Por fim, vale ressaltar que, mesmo com a vinda da Lei para garantir a eficácia dos direitos fundamentais, a sociedade deve buscar aderir as normas de segurança e boas práticas, pois, mesmo que o responsável pelo possível dano causado por um incidente possa ser responsabilizado, a extensão do dano causado poderá ser minimizada caso parta do titular a utilização de todos os meios disponíveis visando a sua segurança com o intuito de amenizar as consequências. Assim sendo, vale mais a inexistência de um dano para o titular, e multa alguma para os agentes, do que um dano grave ou até gravíssimo para o titular, e uma multa para os agentes.

Considerando que a sociedade caminha para uma normatização baseada em dados, o ambiente social passa a visar a proteção de dados da pessoa mantendo o controle destes, por meio da autodeterminação informativa, visando uma igualdade. Proteger os dados pessoais sensíveis de maneira eficaz se torna um instrumento para a efetivação da igualdade, da liberdade e do consentimento.

O avanço tecnológico é extremamente importante para uma sociedade que busca evolução, mas este tem que ser pautado na responsabilidade por todos os seus usuários, uma vez que todos os atos são passíveis de sanções, desde que não estejam corretos, a era digital veio para ficar, mas a sociedade precisa aprender a utilizar toda esta evolução em crescimento como sociedade e pessoa humana.

REFERÊNCIAS:

BIONI, B.R. Xequê-mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: GROPAI, 2015.

BIONI, B. R. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 191-201, Janeiro-Março/2010.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, (2018). Disponível em: 21. Acesso em 07 de setembro de 2022.

DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FIUZA, C.A.C; COSTA, I.G; BORGES, M.C.A. Responsabilidade civil pela violação de dados em contratos educacionais. Organização CONPEDI. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/o5bw94o1/wvTmLxE0VZDw062a.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

FIUZA, C.A.C; CORRÊA, C.F; LISBOA, R.S. Lei geral de proteção de dados e a sua aplicabilidade às pessoas jurídicas como titulares de dados sensíveis. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/olpbq8u9/ww214z1r/80VMIAI0f3s88D8r.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

LÊVY, P. O que é virtual. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

LISBOA, R.S. Boa-fé e confiança na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. Revista do Advogado, São Paulo, n. 144, p. 74-79, nov. 2019.

MENDES, L.S. DONEDA, D. Reflexões iniciais sobre a nova lei Geral de Proteção de Dados. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 120. N. 27. p. 469-483, 2018.

NOVAKOSKI, A.L.M; NASPOLINI, S.H.D.F. Responsabilidade civil na LGPD: problemas e soluções. Organização CONPEDI. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/7024/pdf%29>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

PENA, R.A. Era da Informação. Mundo educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/era-informacao.htm>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

PINTO, D.J.A; ROVER, A.J; PEIXOTO, F, H. Lei Geral de proteção pessoais (Lei 13.709/2018): o consentimento do titular dos dados para o tratamento de seus dados pessoais. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/olpbq8u9/lxxdq7f2/gtDM9g1XDSnikT8L.pdf>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

RODOTÁ, S. A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, H.W; BECHARA, G.N; GRUBBA, L.S. Era digital e o controle da informação. Disponível em: [file://home/escola/Downloads/3268-49-7186-1-10-20201130%20\(2\).pdf](file://home/escola/Downloads/3268-49-7186-1-10-20201130%20(2).pdf). Acesso em 08 de setembro de 2022.

TEIXEIRA, T. ARMELIN, R.M.G.F. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2. Ed. Rev.atual. E ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TENE, O. Privacy law's midlife crisis: a critical assessment of the second wave of global privacy laws. Ohio State Journal. Columbus, v. 74. n. 6. p. 127-1262, 2013.

SCHWARTZ, P.M. SOLOVE, G.W. The PII Problem: Privacy and a New Conceptn of Personally Identifiable Information. New York University Law Review, New York, v. 86. N.2. p. 1814-1823, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1909366. Acesso em: 22 agosto de 2022.

SENGIK, K.B. MARTINS, R. Os direitos da personalidade e suas tutelas: uma visão da proteção da liberdade negativa e da liberdade positiva no direito brasileiro. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=e4c0565355a8fbf0>. Acesso em: 07 de setembro de 2022.

SILVA, L.G; CARVALHO, M.A. Direito ao esquecimento na sociedade da informação: análise dos direitos fundamentais no meio ambiente digital. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. v.3. n.2. p. 66-86, jun./dez, 2017.

30 A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Ana Elisa Silva Fernandes Vieira
Dirceu Pereira Siqueira

RESUMO: A pesquisa tem por objetivo analisar se a técnica da mediação familiar é um instrumento de efetivação dos direitos da personalidade por meio da pacificação familiar, em casos de conflitos familiares de alienação parental. Emprega o método de abordagem dedutivo com a técnica de investigação de revisão bibliográfica em livros e artigos publicados em periódicos eletrônicos disponíveis nas bases de dados, como o Google Acadêmico e em site de periódicos nacionais. Como resultados parciais, conclui-se que a mediação é técnica que pode contribuir para a redução da conflituosidade familiar em contextos de alienação parental por tornar possível a tomada de consciência do genitor alienante quanto aos danos potencialmente causados ao outro genitor (alienado) e ao filho em desenvolvimento, além da compreensão do conflito real existente que foi deslocado para a relação parental.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação parental. Mediação familiar. Direitos da personalidade.

ABSTRACT OU RESUMEN: The research aims to analyze whether the technique of family mediation is an instrument for the realization of personality rights through family pacification, in cases of family conflicts of parental alienation. It employs the deductive approach method with the bibliographic review investigation technique in books and articles published in electronic journals available in databases, such as Google Scholar and on the website of national journals. As partial results, it is concluded that mediation is a technique that can contribute to the reduction of family conflict in contexts of parental alienation by making it possible for the alienating parent to become aware of the damage potentially caused to the other (alienated) parent and to the child. in development, in addition to the understanding of the actual existing conflict that was shifted to the parental relationship.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Parental alienation. Family mediation. Personality rights.

INTRODUÇÃO:

A partir da Constituição Federal de 1988 as relações familiares passaram pelo fenômeno da repersonalização e constitucionalização, isto quer dizer, o princípio base do ordenamento jurídico (a dignidade humana) tornou-se o fundamento do Direito das Famílias, e inspirou a criação de novos princípios que buscam direcionar a dinâmica familiar contemporânea, como a paternidade responsável, o melhor interesse da criança e do adolescente, a afetividade e a solidariedade. A família passou a ser vista como o ambiente propício – e necessário – ao adequado desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Para tanto, a paternidade deve ser exercida de forma responsável e consciente, resguardando a dignidade e protegendo os direitos da personalidade dos filhos que estão em desenvolvimento.

Acontece que as famílias têm sofrido ingerências da busca individual de cada membro por felicidade. Somado a isto, na família, há o enfrentamento de questões conflituosas que ocasionam cenários de conflitos e violências, podendo levar os casais ao rompimento do vínculo conjugal. Quando isso acontece e existem filhos advindos do relacionamento, apesar de não existir mais o vínculo conjugal, os genitores mantém o vínculo parental por toda a vida dos filhos em desenvolvimento. Dessa forma, é certo afirmar que os pais continuam responsáveis quanto às decisões da vida dos filhos, que deve se dar de forma equilibrada e igualitária, visando o bem do filho.

Acontece que após a separação do casal, pode acontecer de um dos genitores, imbuído no desejo de vingança em razão do rompimento da relação conjugal ou por outros motivos desconhecidos, ter intenção de afastar o filho do outro cônjuge/companheiro(a), por meio de violência, descrédito do outro genitor e até mesmo incutindo falsas memórias. Tal conduta pode caracterizar a alienação parental, que poderá transformar-se em um quadro mais grave, de síndrome da alienação parental, causando danos emocionais, psíquicos e comportamentais no filho em desenvolvimento. O fenômeno da alienação parental decorre de um trabalho incessante, por vezes até sutil e silencioso do genitor alienador a fim de atingir o ex-cônjuge/companheiro e eliminar os vínculos afetivos que este possui com o filho.

Em casos de alienação parental, o filho vítima de alienação tem seu direito à convivência familiar com o genitor alienado ameaçado e em casos graves, até mesmo violado. Acontece que o direito à convivência é um direito fundamental da criança em formação, que necessita do contato com ambos os genitores para ter um desenvolvimento sadio e adequado. A alienação impede que esta convivência ocorra, o que representa um risco aos direitos de personalidade tanto do filho quanto do genitor alienado, pois o ato de alienação pode atingir, por exemplo, a integridade psicofísica, o desenvolvimento da personalidade, a honra, a vida privada, a intimidade, a autodeterminação.

A mediação familiar consiste em um método consensual de solução de conflitos em que as partes intermediadas por um mediador tentam identificar interesses em comum na busca da solução para o conflito. Dessa forma, a mediação tem sido utilizada em casos de conflitos familiares com o objetivo de levar o casal a superar a situação conflituosa. Isto com a possibilidade da presença de multiprofissionais como psicólogos e operadores jurídicos, que juntos, proporcionam um olhar transformador do conflito. Acontece que a aceitação do uso da mediação familiar em casos de alienação parental não é pacífica, especialmente em razão do veto presidencial do artigo da lei de alienação parental que previa o uso da mediação em tais casos.

Diante desta problemática, o presente artigo tem como objetivo responder ao problema de pesquisa: a mediação pode ser considerada um instrumento adequado de solução de conflitos e efetivação de direitos da personalidade em casos de alienação parental?

Para responder a tais questionamentos a presente pesquisa fará a análise da alienação parental, da mediação de conflitos e sua aplicabilidade aos casos de alienação. Para tanto, utiliza o método de abordagem dedutivo com a técnica de investigação de revisão bibliográfica em livros e artigos publicados em periódicos eletrônicos disponíveis nas bases de dados, como o Google Acadêmico e sites de periódicos nacionais.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONFLITO FAMILIAR DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A partir da Constituição Federal de 1988 as relações familiares passaram pelo fenômeno da repersonalização e constitucionalização, isto quer dizer, o princípio base do ordenamento jurídico (a dignidade humana) tornou-se o fundamento do Direito das Famílias, e inspirou a criação de novos princípios que buscam direcionar a dinâmica familiar contemporânea, como a paternidade responsável, o melhor interesse da criança e do adolescente, a afetividade e a solidariedade. A família passou a ser vista como o ambiente propício – e necessário – ao adequado desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Para tanto, a paternidade deve ser exercida de forma responsável e consciente, resguardando a dignidade e protegendo os direitos da personalidade dos filhos que estão em desenvolvimento.

A família contemporânea, também chamada de família eudemonista, tem como característica “a comunhão de vida, de amor, e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca entre seus membros” (CARDIN, 2015, p. 15). Logo, é certo afirmar que os genitores têm o dever de agir em forma responsável quanto aos cuidados dos filhos.

As relações familiares passaram por um fenômeno que muitos autores chamam de repersonalização, em que as atenções dentro da família são voltadas para o indivíduo enquanto pessoa, à tutela de sua personalidade e da sua dignidade enquanto ser humano, sendo a família, em decorrência das relações nutridas, o ambiente que permite e auxilia no desenvolvimento sadio e pleno da personalidade do indivíduo para à sociedade (MALUF, 2010).

Nas palavras de Pietro Perlingieri (2002, p. 178-179), a família atual, repersonalizada, é o “lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes”. Assim considerando, é nesse ambiente de desenvolvimento que por vezes o relacionamento conjugal pode vir a findar-se por diversos motivos, aos quais ao cabe ao Direito analisar, tão-somente suas consequências jurídicas na vida dos filhos em desenvolvimento. Assim, nos casos em que o relacionamento conjugal teve fim e existindo filhos menores, segundo a Lei 11.698 de 2008, ambos os pais serão responsáveis quanto às decisões da vida dos filhos e terão a guarda compartilhada, com residência fixa com um dos genitores.

A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro desde a entrada em vigor da Lei n.º 11.698 de 2008 - que a partir da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil de 2002 reafirmaram a importância dos princípios da paternidade responsável e o da busca pelo melhor interesse da criança e adolescente. E, busca, acima de tudo, a manutenção do vínculo familiar prezando pela normalidade das relações, na medida do possível, diante a separação conjugal, de tal forma que os filhos não sofram o impacto do fim do relacionamento de seus genitores (GAMA, 2008). Sobre esse aspecto, Paulo Luiz Netto Lôbo (2010, p. 190) esclarece que a legislação “acertadamente, privilegia a preservação da convivência do filho com seu “grupo familiar”, que deve ser entendido como o conjunto de pessoas que ele concebe como sua família, constituído de parentes ou não.”

Acontece que não são em todos os casos que os genitores mantêm um bom relacionamento após o fim da união e conseguem, em conjunto, exercer a guarda compartilhada e o poder familiar. Após a dissolução da sociedade conjugal, é possível que tenha início o drama familiar pela disputa entre os genitores pela guarda dos filhos. Assim, diante da fixação da guarda compartilhada ou mesmo da guarda unilateral, por vezes, um dos genitores - imbuído do desejo de vingança por muitos motivos, como não ter aceitado o fim do relacionamento -, tem condutas que influenciam no relacionamento do filho com o outro genitor. E, a depender do grau de gravidade das condutas desse genitor, é possível caracterizar a alienação parental.

A alienação pode ser motivada durante o trâmite do processo judicial de guarda, em decorrência do “espírito de vingança em razão do inconformismo pelo fim do relacionamento ou, ainda, da insatisfação com a nova condição econômica, do desejo de retaliação, fruto da solidão e depressão ou até mesmo da busca pela posse exclusiva da prole” (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 46). Assim, o fenômeno da alienação parental decorre de um trabalho incessante, por vezes até sutil e silencioso do genitor alienador a fim de atingir o ex-cônjuge/companheiro e eliminar os vínculos afetivos que este possui com o filho.

A alienação parental e a Síndrome de Alienação Parental (SAP) são situações diversas entre si. Na realidade, a primeira se instala na relação familiar, antes mesmo da segunda, que é mais grave e consiste em um efeito psicológico, uma consequência grave decorrente de reiteradas atitudes de alienação. A alienação caracteriza-se pela conduta de um dos genitores, que detém a guarda compartilhada ou unilateral, em desmoralizar e desacreditar o outro genitor, e influenciar o filho a se afastar do outro genitor, a ponto de a criança manifestar repúdio ao relacionamento com este outro genitor. Já a síndrome caracteriza-se por efeitos, sintomas e sequelas emocionais, psíquicas e comportamentais causados à criança em decorrência das atitudes reiteradas de alienação, distorcendo os pensamentos e emoções da criança e do adolescente para com o genitor, e até mesmo a criação de falsas memórias. (CARDIN; RUIZ, 2017, p. 291).

O ato de alienação, explicam Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno (2018, p. 43), “trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor”, visando, assim, a transformação da consciência do menor, “mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião”. Com efeito, a conduta de alienação causa “uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação”.

A síndrome de alienação parental (SAP), por sua vez, foi detectada nos Estados Unidos, por Richard Gardner (1931-2003), professor da Clínica Infantil da Universidade de Columbia e membro da Academia Norte-americana de Psiquiatria da Criança e do Adolescente, no final dos anos 1980, e posteriormente difundida na Europa a partir das contribuições de François Podevyn (TRINDADE, 2007, p. 101). Segundo Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno

(2018, p. 42), buscando uma forma de facilitar o tratamento em casos de alienação parental, “Gardner denominou síndrome, pois buscava sua inclusão no rol do DSM-IV (manual de diagnóstico e estatísticas dos transtornos mentais), publicado pela Associação Psiquiátrica Americana”.

Consoante Richard Gardner, a Síndrome da Alienação Parental (SAP) consiste em:

A síndrome da alienação parental é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação da Síndrome da Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (GARDNER, 2002, online, s.p.).

De acordo com Valéria Silva Galdino Cardin e Ivan Aparecido Ruiz (2012, p. 292), “o alienador costuma ser o ex-cônjuge inconformado com o fim do relacionamento e incapaz de reconstruir a vida sem antes destruir a do outro”. Assim, utiliza-se dos filhos menores como instrumentos de vingança pelo fim da relação. Os autores ainda explicam que a alienação parental não necessariamente precisa ser realizada apenas pelo genitor, assim, prática, poderia ser desencadeada “também pelos avós, irmãos e outras pessoas do grupo familiar” (CARDIN; RUIZ, 2017, p. 291).

Na legislação brasileira, a alienação parental teve destaque com a Lei 12.318 que entrou em vigor em 26 de agosto de 2010, e dispôs a respeito da alienação. A lei trouxe um conceito de alienação parental e um rol exemplificativo de condutas relacionadas à prática da alienação. Assim a lei, em seu artigo 2º, caput, define a alienação como a “interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente [...] para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este” (BRASIL, 2010). Vale mencionar que referida legislação não adota a conotação de síndrome, pois esta não consta no rol da Classificação Internacional das Doenças (CID) e a legislação se restringe à conduta do genitor, não versando a respeito das consequências e sintomas que a conduta pode acarretar (MADALENO; MADALENO, 2018).

Os conflitos de alienação parental são especialmente complexos pelas psicodinâmicas subversivas e pela triangulação da criança no conflito, desse modo, infringe diversos direitos do menor e do genitor alienado, tanto direitos fundamentais como direitos da personalidade.

Dentre os direitos fundamentais, o art. 227 estabeleceu a responsabilidade tripartite da família, da sociedade e do Estado, de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Assim, toda criança e adolescente é sujeito de direitos fundamentais, dentre os quais destaca-se a convivência familiar. Este direito é ameaçado em casos de alienação parental, pois um dos genitores impede que o outro tenha contato e conviva de fato com o filho.

O direito à convivência familiar se manifesta no dever de cuidado dispensado aos filhos e consiste em um dos direitos mais importantes assegurados às crianças e adolescentes, tendo origem na doutrina da proteção integral construída sob a égide da Organização das Nações Unidas (ARANTES, 2011, p. 65).

O direito à convivência familiar é um direito fundamental, pois além de estar previsto na Constituição Federal de 1988, é por meio desta convivência que outros direitos são assegurados, como por exemplo, o direito ao amplo e irrestrito desenvolvimento da personalidade, o direito à integridade físico e psíquica, o direito vida privada, e inclusive direitos sociais como por exemplo, direitos à alimentação, saúde e moradia. Em última análise, é por intermédio da convivência na família que o indivíduo cresce e se desenvolve como cidadão, respeita a vida alheia e tem a si próprio respeitado (HIRONAKA, 2018, p. 326).

Assim, é por meio da convivência com a família, além do convívio com a sociedade, que se promove o bom e adequado desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente.

Desse modo, o direito à convivência familiar possui íntima relação com os direitos de personalidade e embora não um direito de personalidade em espécie, ele está vinculado a esta categoria de tais direitos, que visam proteger os bens inerentes à pessoa humana, como a vida, a honra, a integridade psicofísica, a privacidade, a imagem, dentre outros.

Nas palavras de Moraes e Vieira (2020, p. 752), o direito à convivência familiar, embora fundamental, não pode ser considerado um direito de personalidade em si, “pois não está ligado intrinsecamente a questões referentes à pessoa propriamente dita, mas que em verdade possibilita o desenvolvimento de tais.” No mesmo sentido, segundo Amarilla, o direito à convivência familiar deve ser entendido como um meio ao desenvolvimento da personalidade dos membros da família e atendimento das demandas especiais daqueles que, em razão de sua pouca idade insuficiente maturidade, clamam por mais atenção e cuidado (AMARILLA, 2014, p. 90).

Evidencia-se, então, que sem a efetivação do direito à convivência familiar, outros direitos como fundamentais e de personalidade, estarão prejudicados. Nota-se, assim, a essencialidade da convivência familiar à pessoa humana.

A alienação parental e o conflito dela decorrente - que atribui tensão à família, instabilidade, insegurança e incertezas na mente do menor, que vê ruir as referências parentais que nutria (SOUZA, 2009, online) - atinge a direitos da personalidade, como integridade psíquica, a autodeterminação pessoal, e em última análise a dignidade do menor, desrespeitando a afetividade e solidariedade intrínsecas às relações familiares (CARDIN, 2012).

Sobre o direito à personalidade integridade, este direito visa proteger tanto a incolumidade do corpo como da mente, sendo estes os bens jurídicos protegidos (BITTAR, 2015, p. 129-130). Assim, a proteção jurídica da integridade psicofísica busca evitar o sofrimento físico, o prejuízo à saúde ou a perturbação às faculdades mentais, com o reconhecimento da tutela tanto no plano civil quanto no penal (DE CUPIS, 2008, p. 70). Elimar Szaniawski (2005, p. 469) explica que a integridade da pessoa humana envolve todos os aspectos físicos e psíquicos, constituindo uma integridade psicofísica.

A integridade psíquica destina-se à proteção da psique dos indivíduos e “faz parte da estrutura da pessoa e constitui um componente indivisível da própria personalidade” e por isso, junto com a integridade física, trata-se de um direito absoluto, em que “Todos têm o dever de respeitar a incolumidade anatômica do indivíduo e sua saúde, não podendo atentar contra estes bens jurídicos, de modo algum.” (SZANIAWSKI, 2005, p. 472, 474). Nesse sentido, atos reiterados de alienação podem ocasionar a Síndrome de alienação que ameaça a integridade psíquica dos envolvidos.

Esta questão também se relaciona ao direito à autodeterminação, tanto do genitor quanto do filho vítima de alienação. Segundo Szaniawski, (2005, p. 161) “o direito de autodeterminação da pessoa consiste no poder que todo o ser humano possui de se autodeterminar, isto é, um poder que todo o indivíduo possui de decidir por si mesmo, o que é melhor para si, no sentido de sua evolução e da formação de seu próprio tipo de personalidade”. A alienação viola a autodeterminação pessoal na medida em que impede que genitor e filho exerçam sua convivência de forma autônoma e construam um relacionamento entre si.

A alienação causa a deterioração do vínculo afetivo, o distanciamento qualitativo entre o menor e o indivíduo alienado, e também em relação à família deste, que poderá durar anos. Num estágio mais grave, o próprio menor apresenta condutas contrárias ao relacionamento com o indivíduo alienado, sendo desnecessária uma atitude direcionada por parte do alienante. Tal situação pode comprometer a realização de visitas, no caso da guarda compartilhada ou unilateral e o pagamento de pensão alimentícia, dificultando um relacionamento saudável entre o menor e o outro genitor, e o mais grave, tal conduta afeta a construção de uma referência sadia quanto à sua existência, afetando o desenvolvimento de sua personalidade.

Como bem explica Valéria Silva Galdino Cardin (2012, p. 135), ocorrendo a alienação parental, e de forma mais grave, a síndrome de alienação parental, “[...] a família, que deve ser um reduto de afetividade, dá lugar a sentimentos subalternos, como os de deslealdade, frieza, egoísmo, ódio e abandono, desencadeando a alienação parental.” A realidade é que esta atitude por partes dos genitores, em decorrência do fim do relacionamento ou

ainda, por parte de parentes como avós, tios, irmãos, de alienar o outro não detentor da guarda ou do domicílio fixo do menor, sempre existiu.

Não é recente a existência de conflitos familiares que conduzem os indivíduos às atitudes de agressividade, vingança e retaliação ao seu desafeto familiar. Contudo, é contemporânea a compreensão de que tais atitudes podem acarretar violação à direitos essenciais à pessoa e aos fundamentos da relação familiar de paternidade responsável, afetividade e solidariedade. O caminho para resolução desses conflitos, portanto, consiste na conscientização dos indivíduos de que antes mesmo de seus interesses individuais e pessoais violados no término do relacionamento, estão os interesses da família e dos filhos em desenvolvimento.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E SUA APLICABILIDADE AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A maneira de se detectar a prática da alienação parental é por meio de avaliações, perícia e laudos psicológicos realizados por equipe multidisciplinar determinado pelo juiz da causa, de acordo com a Lei n.º 12.318/2010. A legislação específica ainda prevê que o juízo tomará “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” (art. 4º, BRASIL, 2010a).

Se caracterizada atos típicos da prática da alienação ou condutas semelhantes, de acordo com o art. 6º da Lei de Alienação Parental, o juiz poderá tomar medidas com a finalidade de inibir ou atenuar seus efeitos com um conjunto de sanções aplicáveis nos casos em que for constatada a prática da alienação parental por um dos genitores ou de terceiro que tenha a criança sob sua guarda, de acordo com a gravidade do caso. Contudo, tais medidas não visam o tratamento da situação conflituosa, do alienante e dos efeitos na vida do genitor alienado e na vida do menor.

Alterações legislativas não são suficientes, por si só, para garantir os interesses de crianças e adolescentes, frutos de lares desfeitos. Assim, o que se exige é um amadurecimento emocional dos pais, como um pressuposto absolutamente necessário para o efetivo atendimento dos interesses dos filhos. (CHAVES, 2008, online).

O Estado por meio do Poder Judiciário tem encontrado dificuldades em fazer cessar as violações à dignidade e aos direitos da personalidade em situações de conflitos familiares e até mesmo de conscientizar os genitores e responsáveis dos fundamentos da família atual, como o princípio da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, melhor interesse da criança e adolescente, solidariedade familiar, e conduzi-los a uma mudança de conduta.

Por esse motivo, tem se espalhado nos diversos sistemas jurídicos, inclusive no Brasil, as técnicas ou meios consensuais de resolução de conflitos e interesses, como os métodos da arbitragem, conciliação, mediação, negociação e até mesmo as ideias do Direito Sistêmico. Estas formas de tratamento de conflitos caminham de acordo com a noção de acesso à ordem jurídica justa como acesso à justiça, proteção e garantia de direitos essenciais declarados no âmbito da própria Constituição Federal de 1988, e a efetividade do direito humano e fundamental à paz no âmbito familiar.

Embora reconhecidas as diversas técnicas existentes para a resolução de conflitos familiares, a presente pesquisa se restringirá a análise da mediação e dos projetos de lei sobre o tema e as intervenções do Poder Judiciário, voltados à solução dos conflitos de alienação parental.

A mediação de conflitos consiste no “meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar [...] saídas produtivas para os impasses que os envolvidos.” (TARTUCE, 2018, p. 188). A mediação de conflitos “é um processo direcionado a pessoas em relações contínuas de longa duração, que envolvem valores, sentimentos e interesses e ações comprometidas”, como no caso de relações familiares, em que há continuidade do vínculo (DINIZ, 2017, p. 212).

A mediação de conflitos, como técnica de resolução de conflitos, era tida com o objetivo de desafogar o Judiciário (BARBOSA, 2015, p. 17), mas, paulatinamente, passou a ser considerada como uma maneira eficaz e justa e dirimir o conflito, efetivar os direitos de personalidade e a dignidade humana nas relações complexas e conflituosas, sendo esta a concepção atual da técnica (SIQUEIRA; PAIVA, 2016, p. 185).

Segundo Águida Arruda Barbosa (2015, p. 56), “a mediação, é um método que se vale de técnicas de comunicação, adequadas para a escuta qualificada” com o objetivo de “[...] a concretizar o princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana e de proteção do Estado” (SIX, 2001). “Especialmente na mediação, a escuta ativa pode ser vista como uma ferramenta necessária para o desenvolvimento da comunicação e de um melhor relacionamento entre os diferentes indivíduos.” (GIMENEZ; TABORDA, 2017, p. 210). Nesse sentido, “a mediação de conflitos não busca apenas o acordo em si e o fim da lide, mas, antes, restabelecer a comunicação, auxiliar as pessoas a compreender seus interesses e sentimentos” e, a partir dessas compreensões, desenvolverem um diálogo em conjunto (DINIZ, 2017, p. 212). Assim sendo, a mediação não tem o objetivo de resolver o conflito, mas sim melhorar a comunicação, provocando a conscientização de que ninguém é detentor de toda a verdade na situação (SIX, 2001)

Roberto Portugal Bacellar (2011, p. 32) descreve a mediação como a técnica que “induz pessoas interessadas na resolução de um conflito a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”. O autor ressalta o diálogo assistido conduzido pelo mediador para propiciar o restabelecimento da comunicação, o encontro de alternativas para se efetuar um acordo satisfatório aos interessados e preservar o bom relacionamento.

A mediação busca colocar um fim ao conflito real, solucionando o verdadeiro problema do núcleo familiar e transformando a relação, assim, não necessariamente, busca-se chegar a um acordo (SALES; VASCONCELOS, [s.a.], p. 7). Águida Arruda Barbosa (2015, p. 54) também destaca o caráter transformador da mediação e a define como um método pelo qual um terceiro, neutro e capacitado, ensina os mediandos “a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos”.

O mediador, terceiro imparcial e neutro na relação, não impõe uma solução para o conflito, possui a incumbência de promover um diálogo amigável com as partes, apresentando sugestões hipotéticas, na intenção de clarear as ideias, emoções, pensamentos e interesses dos envolvidos no conflito. (SALES; VASCONCELOS, 2006, p. 72). Na área do direito de família, o mediador tem um papel importante, por exemplo, pode ajudar o ex-casal a chegar a um consenso buscando assim facilitar o diálogo entre as partes em processo de divórcio e consequente estabelecimento da guarda e visitas dos filhos.

A mediação é mais indicada aos conflitos de relações continuadas, em que existem vínculos mais profundos entre as partes, como a relação familiar, e visa a restauração do diálogo para a perpetuação dessa relação (CUNHA, 2016, p. 519). O terceiro (mediador) busca criar condições para que as próprias partes encontrem a solução, ou seja, não irá intervir ou apresentar propostas, mas sim ajudá-las a restabelecer o diálogo rompido pelo conflito. Desse modo, o fim da mediação não necessariamente é a elaboração de um acordo ou uma solução jurídica ao litígio, sendo o acordo uma consequência da real comunicação das partes (SALES, 2003, p. 38).

O profissional que atua na mediação familiar precisa estar atento aos sinais de atitudes de alienação ou até mesmo, em casos mais graves, sinais de existência da Síndrome de Alienação Parental. Mais até do que levar as partes a entender as razões uma da outra, o mediador possui o papel de conduzi-las a refletirem sobre a situação dos filhos que acabam sendo os maiores prejudicados com o conflito. Assim, cabe ao mediador estar atento à possíveis negligências, omissões por parte de um dos genitores.

Segundo Trícia Navarro Xavier Cabral (2018, p. 471) o instituto da mediação “[...] se preocupa em identificar o pano de fundo da disputa, resolvendo a controvérsia e restaurando as relações sociais entre os envolvidos”, sendo muito indicado para conflitos complexos e dinâmicos, como os de família. Em pesquisa realizada pelo CNJ, em 2019, sobre a mediação de conflitos no Brasil, após entrevistas com advogados, juízes e serventuários, constatou-se que os litígios de família são os casos mais adequados a serem conduzidos à mediação e os que apresentam melhores resultados quando submetidos à técnica, pois é de extrema importância a manutenção ou a reestruturação dos laços que unem os envolvidos, especialmente quando há filhos (BRASIL, 2019, p. 141-143). Fabiana Marion Spengler (2019, p. 42) explica que a mediação pode ser utilizada em todo conflito decorrente do ambiente familiar.

A mediação é muito indicada para conflitos de ruptura conjugal, como divórcios e dissoluções de uniões, já que chama o casal à responsabilidade pelo reencontro, para preservar a convivência dos ex-cônjuges e torná-los conscientes dos efeitos que o desenlace conjugal causa entre eles e à prole (OLIVEIRA, 2001, p. 106-107).

Para Liane Maria Busnello Thomé (2018, 126-128) a mediação deve ser recepcionada como técnica complementar ao Judiciário e oferecida aos casais que desejam manter a continuidade da relação pela parentalidade, fortalecendo a família recomposta, com particular atenção à prole, que tende a sofrer com o término conjugal. Dessa forma, além dos conflitos decorrentes da conjugalidade, a mediação é eficaz para pacificar os conflitos de parentalidade, pois atribuiu aos envolvidos responsabilidades na relação e esclarece aos pais as consequências do conflito aos filhos, que acabam sendo os maiores prejudicados no litígio familiar (STANGHERLIN; RANGEL, 2018, p. 686). Nos casos de divórcio com filhos, o casal poderá recordar que é o par conjugal que se dissolve e não o par parental (ARAÚJO, 2017, p. 3).

Os genitores são conscientizados quanto aos direitos e deveres na família, como a corresponsabilidade no tocante à vida presente e futura da prole e de que o filho é sujeito de direitos, está em desenvolvimento, merece proteção e não pode ser objetificado para agredir o outro genitor (ROBLES, 2009, p. 54). Em casos que envolvem crianças e adolescentes, o mediador deve buscar sensibilizar os pais, os outros responsáveis por crianças ou adolescentes, quando aos seus deveres de cuidado com os filhos, tanto os de ordem econômica e alimentar, quanto os de ordem afetiva e moral. A mediação conduzirá aos questionamentos: quais as necessidades da prole? Qual a melhor maneira de atender a essas necessidades? Por esta tomada de consciência, a técnica poderá contribuir para cessar práticas como o de abandono ou a alienação parental.

A título de exemplo, quando o par parental está em conflito e o clima de combate faz com que a manutenção da guarda compartilhada cause danos à prole, a mediação poderá esclarecer o conflito que origina o embate familiar, eliminando os entraves da comunicação dos genitores e assegurando que os interesses da prole sejam atendidos, mantendo a guarda na modalidade compartilhada ou outra que melhor se adeque à família. A técnica considera os conflitos periféricos para chegar-se ao conflito nuclear, identificando os interesses dos genitores e auxiliando na comunicação deles, o que refletirá positivamente no relacionamento destes com a prole. Inclusive, o Enunciado nº 335, da IV Jornada de Estudos do Conselho da Justiça Federal, expressa que a guarda compartilhada será estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e de equipe interdisciplinar (OLIVEIRA; TOLEDO; BALTAZAR, 2019).

A Lei de Alienação, seu texto original, a Lei n.º 12.318/2010 previa no art. 9º, a possibilidade da utilização da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial, em casos de alienação parental. Contudo, o artigo foi vetado pelo Presidente da República por entender que o direito à convivência familiar é indisponível, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e por isso, caberia sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Ademais, compreendeu que o dispositivo seria contrário ao princípio da intervenção mínima, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), segundo o qual eventual medida para a proteção os menores devem ser exercidos exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável. (BRASIL, 2010b).

A Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, (Lei da Mediação), dispõe que pode ser objeto de mediação o conflito que versar sobre direitos indisponíveis e admitir transação (art. 3º). Logo, tratando de direitos indisponíveis, mas transigíveis, é necessário que exista o consenso das partes e seja o acordo homologado em juízo, após manifestação do membro do Ministério Público (§ 2º do art. 3º).

Assim, não haveria um impedimento ou controvérsia legal quanto a possibilidade de realização de mediação em casos de direito de convivência e, assim sendo, que envolvam alienação parental, pois entrando as partes em comum concordância, o que fora acordado seguiria para a homologação judicial. Verifica-se o benefício do uso ad mediação nestes casos, tendo em vista que dificilmente as partes conseguiriam chegar em um acordo com manutenção do equilíbrio existente entre os genitores na parentalidade responsável sem o auxílio de um mediador e equipe especializada.

Segundo Andréia Magalhães Araújo (2013, p. 29) seria possível realização de mediação judicial em casos de alienação parental, porém, entende que em razão da natureza do conflito não caberia a mediação extrajudicial.

Para a autora, “nada há que desabone a tentativa inicial, suspendendo-se o curso do processo, de utilização da mediação, mormente quando se constata que a suposta alienação parental ainda se apresenta em estágio embrionário”. Assim, “dar-se-á aos genitores a possibilidade de amadurecerem o luto da separação conjugal, sem que haja tentativa de vingança por meio de desmoralização do ex-parceiro perante a prole comum”.

Para Giselle Câmara Groeninga, (2011, p. 202) “o veto desconheceu, em suas razões, a definição de Mediação, que absolutamente não prevê a solução do litígio por parte de autoridade e a disponibilidade do direito à convivência familiar.” Em outras palavras, o mediador não decide nem julga a causa; nem o objetivo da mediação é necessariamente a formulação de um acordo.

Como bem explicam Elena I. Highton e Gladys S. Álvarez (1998, p. 195-196):

La mediación es un procedimiento no adversarial en el que um tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto”. Dessa forma, o mediador contribui ajudando as partes a encontrarem interesses em comum na controvérsia - como no caso da alienação, poderia ser o melhor interesse do filho - com forma de conduzir uma visão produtiva do conflito. Assim, “La mediación es un procedimiento por el cual el mediador, como tercero neutral, actúa con iniciativa suficiente para instar y facilitar la discusión y consiguiente resolución de la disputa, sin indicar cual debe ser el resultado.

Portanto, a mediação não versaria a respeito da indisponibilidade do direito de convivência do menor; sendo discutido e negociado tão só as possibilidades de cumprimento do exercício da parentalidade e convivência adequados, sendo um instrumento indicado para um melhor esclarecimento sobre o real conflito entre os pais e a conscientização da necessidade de se colocar os interesses dos filhos em primeiro lugar, em cumprimento com a doutrina da proteção integral e primazia dos interesses dos filhos. Ademais, por tratar-se de direito que envolva criança e adolescente, o acordo eventualmente originado na mediação familiar deverá ser analisado e acompanhado pelo Ministério Público além de ser homologado judicialmente, a fim de se garantir que nenhum direito seja preterido.

A mediação familiar é norteada pelos princípios da confidencialidade, imparcialidade, voluntariedade e autodeterminação. Sendo assim, ninguém será obrigado a participar da técnica, sendo que aquele que sentir-se desconfortável no procedimento de mediação poderá pedir o encerramento da sessão de mediação, cujo pedido será acatado pelo mediador. Desse modo, não há qualquer imposição em participação; apenas a exposição dos benefícios na participação, sendo a decisão final dos pais em participar ou não.

Inobstante, tratando-se a mediação judicial, há a previsão da audiência inicial de mediação e conciliação, prevista no artigo 695 do Código de Processo Civil. Entende-se, porém, que ainda nestes casos, haverá uma análise de viabilidade de uso da técnica, e entendendo o magistrado pela alta litigiosidade, poderá não conduzir a família à participação na referida audiência. E, por outro lado, no curso do processo judicial, as próprias partes podem solicitar a suspensão do processo para se submeterem a mediação extrajudicial (art. 694, parágrafo único do CPC/15).

Entende-se que embora o veto presidencial na Lei de Alienação tenha afastado a possibilidade legal do uso da mediação em casos de alienação parental, existem Tribunais de Justiça que utilizam da técnica, desde que consentido por ambos os pais, para a tentativa de se alcançar um acordo em comum na família, diminuindo a conflituosidade entre as relações; isto é, utiliza a técnica como uma forma de contribuir com a celeridade e efetividade processual.

Por tais motivos, entende-se que o veto presidencial ao artigo 9º da Lei de Alienação Parental não deve ser motivo impeditivo para a utilização deste procedimento de resolução de conflitos, tendo em vista que a mediação facilita o processo, tornando-o mais rápido, preservando os laços afetivos e pode ser entendida como um caminho para assegurar a efetividade da Lei de Alienação Parental, a fim de combater a prática.

CONCLUSÃO

As famílias contemporâneas sofreram transformações que as direcionaram ao momento atual, em que são entendidas como um ambiente de desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e realização pessoal. Por esse motivo, os indivíduos na relação conjugal tendem a experimentar situações de divórcios e separações com mais frequência. Contudo, quando existem filhos, estes deveriam, em tese, permanecer com a normalidade da relação parental, todavia, não é o que acontece em alguns casos.

Em algumas situações, com a guarda compartilhada ou unilateral, em que os deveres dos genitores são os mesmos, um deles acaba por alienar o filho no relacionamento com o outro genitor, ex-cônjuge por motivos de vingança devido ao término do relacionamento. À esta situação dá-se o nome de alienação parental. Em casos mais graves, mediante um laudo psicológico, pode-se constatar, inclusive, a Síndrome de Alienação Parental, em que o filho possui sintomas, efeitos e conseqüências emocionais, psicológicas e comportamentais decorrentes da alienação sutilmente realizada pelo genitor detentor da guarda contra o outro genitor.

Constatou-se que a alienação impede que a convivência parental ocorra, o que representa um risco aos direitos de personalidade tanto do filho quanto do genitor alienado, pois o ato de alienação pode atingir, por exemplo, a integridade psicofísica, o desenvolvimento da personalidade, a honra, a vida privada, a intimidade, a autodeterminação.

Nestes casos, a legislação específica determina que o juiz, ao identificar indícios de uma atitude alienante por parte de um dos genitores, poderá tomar uma série de medidas que têm como objetivo a proteção do filho menor. Ocorre que essa previsão, via de regra, não cessa a situação conflituosa nem as condutas alienantes, pois os genitores não são conscientizados de suas atitudes.

A mediação, assim, é um método consensual de solução de conflitos aplicável ao conflito familiar que proporciona às partes momentos de conscientização quanto a seus atos, especialmente quando existem filhos menores e dependentes na relação. Auxiliados por um mediador capacitado, os genitores podem tomar consciência de seus atos, identificando os interesses reais de cada um, possibilitando uma comunicação aberta e não violenta. Assim, podem chegar a uma pacificação familiar que em última análise resguarda o filho menor, sua dignidade e seus direitos fundamentais, como os direitos da personalidade, que ainda está em formação e desenvolvimento.

A mediação é capaz de aproximar os genitores e conscientizá-los que o importante na relação mantida é o melhor interesse do menor; em outras palavras, o interesse que deve ser buscado é o do menor que está sendo alienado do relacionamento com um dos genitores e, cabe ao mediador, profissional capacitado para tanto, identificar essas questões e auxiliar as partes à conscientização da paternidade responsável para se alcançar a pacificação.

A Lei da Alienação Parental, em seu texto original, previa a possibilidade da utilização da mediação, entretanto, este artigo foi vetado pelo Presidente. Assim, embora o veto tenha afastado a possibilidade da mediação em casos de alienação parental, a técnica tem sido utilizada com fundamento na Resolução 125 do CNJ, que instituiu a política de tratamento adequado aos conflitos de interesses no contexto do Poder Judiciário, sendo possível a utilização da técnica em situações familiares que tenha sido identificada a prática da alienação.

Ainda que em um estágio mais avançado, quando se verifica não só a conduta de alienação, mas também a síndrome – e o filho sofre com sintomas psíquicos, emocionais e comportamentais –, a mediação pode ser uma possibilidade interessante especialmente pela participação de profissionais especializados na área de psicologia cujos conhecimentos, muitas vezes, o mediador, ainda que tenha formação jurídica, não possui. Em tais momentos, o auxílio desses profissionais é extremamente importante, podendo detectar as causas das condutas típicas da alienação parental e da síndrome da alienação. Dessa forma, a mediação é altamente recomendada como forma de pacificação familiar e social em casos de alienação parental em virtude do acompanhamento especializado e personalizado ao caso concreto.

Conclui-se, portanto, que a mediação é técnica que pode contribuir para a redução da conflituosidade familiar em contextos de alienação parental por tornar possível a tomada de consciência do genitor alienante quanto aos danos potencialmente causados ao outro genitor (alienado) e ao filho em desenvolvimento, além da compreensão do conflito real existente que foi deslocado para a relação parental. Reconhece-se, porém, que não

são todos os casos que a mediação surtirá os efeitos desejados de conscientização e diminuição da conflitividade, devendo nesses casos, seguir-se com as penas previstas na Lei de Mediação, e por consequência, possibilitar o exercício da convivência que tornará possível o exercício dos direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS:

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais. Curitiba: Juruá, 2014.

ARANTES, Geraldo Claret de. A criança e o direito à convivência familiar. Revista Síntese Direito de Família. São Paulo. v. 12, n. 63, dez./jan. 2011.

ARAÚJO, André Carias de. Métodos consensuais de solução de conflitos familiares. In: CICLO DA ACADEMIA DA MAGISTRATURA, 3., 2017. Anais [...]. 2017. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/11188715/M%C3%A9todos+Consensuais+de+Solu%C3%A7%C3%A3o+de+Conflitos+Familiares+-+Dr.+Andr%C3%A9+Carias+de+Ara%C3%BAjo+%28Bl+nov%29.pdf/44a4417a-4a5c-c13b-a815-7e886007f8f4>. Acesso em: 7 set. 2020.

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (orgs.). Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar interdisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL [Constituição (1998)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL, Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, Presidência da República, [2010a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL, Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL, Mensagem n.º 513, de 26 de agosto de 2010. Brasília, DF, Presidência da República, [2010b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes. Brasília, DF: CNJ, [2019]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/d0da6f63aa19de6908bd154f59254b93.pdf>. Acesso em: 9 out. 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. In: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords.). Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 471-494.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Reprodução humana assistida e parentalidade responsável: conflitos e convergências entre os direitos brasileiro e português. 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; RUIZ, Ivan Aparecido. Da mediação na alienação parental: uma via aberta para a pacificação familiar, como forma de acesso à justiça à luz do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação. Revista Em Tempo. Marília. v. 16, p. 287-306, 2017. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2424>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A Guarda dos filhos na separação. IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/455/novosite>. Acesso em: 11 fev. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Procedimento especial para as Ações de Família no Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Novo CPC: doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 513-521

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; TABORDA, Alini Bueno Dos Santos. A escuta ativa e a alteridade como pressupostos para a liberação do perdão pela mediação. Revista Em Tempo, v. 16, n. 01, p. 206 - 222, fev. 2018. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2418>. Acesso em: 11 fev. 2020.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DINIZ, Bárbara Silva. Mediação judicial de conflitos: um estudo de caso sobre desafios institucionais. Revista Direito em Debate, v. 25, n. 46, p. 207-237, mar. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6014>. Acesso em: 11 fev. 2020.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Patrícia Martins. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), Bebedouro, SP, v. 9, n. 1, p. 136-170, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/577>. Acesso em: 21 ago. 2021

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à Luz da Lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Tradução: Rita Rafaeli. 2002. Disponível em: <https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 10 fev. 2020.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082012-152003/pt-br.php>. Acesso em: 10 fev. 2020.

HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. Mediación para resolver conflictos. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito de família, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos: correlação entre o ser familiar e o ser humano. Argumentum Journal of Law, Marília, SP, v. 19, n. 2, p. 319-329, mai./ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/609/292>. Acesso em: 28 ago. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. 3. ed. de acordo com a Lei n. 12.010/2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais 5. ed. rev., atual. e ampl. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Carlos Alexandre de; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente? Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, Portugal, v. 6, n. 1, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-1/203>. Acesso em: 21 ago. 2021.

NASCIMENTO; LEONELLI; AMORIM; LEONELLI, 2007, p. 16-17

OLIVEIRA, Euclides de. O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família. Revista do Advogado, São Paulo, n. 62, mar., 2001.

OLIVEIRA, Maria Fernanda César Las Casas de; TOLEDO, Renata Maria Silveira; BALTAZAR, Maria. A mediação como alternativa ao litígio nos casos de abandono afetivo. *Revista dos Tribunais*, v. 1002, p. 45-61, abr. 2019.

ROBLES, Tatiana. *Mediação e Direito de família*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. A família na contemporaneidade e a mediação familiar. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2016. *Anais [...]*. Manaus: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/015.pdf>. Acesso em: 4 set. 2022.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PAIVA, Caroline Zanetti. A utilização da mediação como forma de efetivação ao acesso à justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS*, v. 11, n. 1, p. 180-197, jun. 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. *Mediação familiar, um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2006.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Tradução: Águida Arruda Barbosa, Giselle Groeninga de Almeida e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. *Os filhos da família em litígio judicial: uma abordagem crítica*. IBDFAM, 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=541>. Acesso em: 10 fev. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Dicionário de mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. v. 1.

STANGHERLIN, Camila; RANGEL, Rafael Calmon. O Conflito e a Mediação nas Relações de Direito de Família: uma nova perspectiva sob o viés da alteridade e do Novo código de Processo Civil. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: Juspodivm. p. 679-699, 2018.

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

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 129-138. Disponível em: <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2017/10/WINNICOTT-FAMI%CC%81LIA-E-O-DESENVOLVIMENTO-INDIVIDUAL.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021

31 A NOVA ERA: CRIPTOATIVOS

RICARDO DA SILVEIRA E SILVA
ANDREY AUGUSTO PRADO

RESUMO O presente trabalho possui como objetivo demonstrar a evolução dos criptoativos. Inicialmente demonstrar-se-á brevemente a evolução dos criptoativos, considerando o avanço do comércio eletrônico e a crise econômica que ajudou a alavancar o desenvolvimento das criptomonedas. Em seguida será abordado a natureza jurídica dos criptoativos, demonstrando que mesmo com a ausência de regulamentação específica, é uma modalidade que está sendo aderida pela sociedade rapidamente, fazendo com que o Estado se posicione rapidamente. Da mesma forma. Considerando a evolução dessa nova era financeira digital, demonstrará uma breve perspectiva de adesão dessa modalidade entre o Japão, Alemanha e Brasil, abordando seus pontos de vista sobre os criptoativos e avanços de adesão e regulamentação. Em seguida será conceituado algumas das moedas digitais, sendo elas o Bitcoin e Ethereum, suas definições, características e diferenciações. Por fim, será demonstrado as garantias e meios de segurança da nova tecnologia em suas transações, bem como o desempenho do sistema blockchain que possui como objetivo garantir as transferências realizadas entre compra e venda de moeda digital.

PALAVRAS-CHAVE: Criptoativos. Moeda. Bitcoin. Ethereum.

ABSTRACT The present work aims to demonstrate the evolution of cryptoassets. Initially, the evolution of cryptoassets will be briefly demonstrated, considering the advance of e-commerce and the economic crisis that helped to leverage the development of cryptocurrencies. Then the legal nature of cryptoassets will be addressed, demonstrating that even with the absence of specific regulation, it is a modality that is being adhered to by society quickly, causing the State to position itself quickly. In the same way. Considering the evolution of this new digital financial era, it will demonstrate a brief perspective of accession of this modality between Japan, Germany and Brazil, addressing their points of view on cryptoassets and advances in adhesion and regulation. Then some of the digital currencies will be conceptualized, being Bitcoin and Ethereum, their definitions, characteristics and differentiations. Finally, the guarantees and means of security of the new technology in its transactions will be demonstrated, as well as the performance of the blockchain system that aims to guarantee the transfers carried out between the purchase and sale of digital currency.

KEYWORDS : Crypto assets. Coin. Bitcoin. Ethereum.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, o presente trabalho abordou-se a historicidade, evolução e natureza jurídica dos criptoativos. Partindo do avanço do comércio eletrônico e da crise econômica, que foram a base para o desenvolvimento das moedas digitais.

Em seguida, considerando a ausência de definição expressa da natureza jurídica dos criptoativos, demonstrou-se acerca da necessidade de uma regulamentação expressa a respeito. Nesse mesmo esboço, apontou-se brevemente alguns pontos de vista importantes sobre a adesão e regulamentação dos criptoativos em países estrangeiros e nacional.

Posteriormente será apresentado a origem e o surgimento das moedas digitais, inclusive demonstrando a principal moeda que detém o design público, sendo ela denominada Bitcoin, considerada uma moeda digital sem proprietário ou qualquer controlador central, tendo em vista possuir um sistema coletivo de gerenciamento revolucionário, onde qualquer pessoa possa participar desse meio de validação em seu sistema de pagamento descentralizado.

Logo, será demonstrado e conceituado a moeda digital Ethereum, uma proposta criada e desenvolvida por Vitalik Buterin, sendo este um membro ativo da comunidade do Bitcoin no ano de 2013, que com seu árduo trabalho na então comunidade, após vários anos de estudos conseguiu apresentar a proposta de uma nova plataforma estruturada acima da tecnologia blockchain, inovando para que fosse possível realizar algo superior ao já operado pela plataforma bitcoin, e que utilizasse sua própria moeda.

Por fim, em uma breve perspectiva, buscar-se-á demonstrar as garantias e os meios de segurança existentes para a nova tecnologia aderida por boa parte da sociedade, as criptomoedas, demonstrando a proteção das transações realizadas pelos usuários, bem como o desempenho do sistema Blockchain.

Assim, para que fosse possível toda a elucidação do presente trabalho de conclusão de curso, realizou-se pesquisas em artigos científicos e revisões bibliográficas pertinentes ao tema em questão.

DESENVOLVIMENTO

A EVOLUÇÃO E A NATUREZA JURÍDICA DOS CRIPTOATIVOS

A origem e a evolução dos criptoativos não são recentes, embora tenha sido amplamente conhecida recentemente, mas suas origens históricas e teóricas são relativamente consideradas antigas, conforme se demonstrará a seguir.

A origem e a evolução dos criptoativos

O início de toda a vontade de criar um meio de pagamento que utilizasse a internet e fosse criptografado, veio entre o final da década de 80 e começo da década de 90, quando surgiu os primeiros conceitos e algumas tentativas de criação de novas moedas que pudessem servir o propósito de substituir o dinheiro convencional (GRIFFITH, 2014).

Antigamente, as únicas formas de comercialização da moeda eram através do dinheiro ou do ouro. Na concepção de André Santa Cruz (2019, p. 920), o estado descobriu que controlar a moeda lhe permitiria criar dinheiro sem lastro, sem causar impacto e revolta considerando a tributação, embora isto acarrete aumento dos preços.

Nesse sentido, Murray Rothbard (2013, p.48) aduz que:

No livre mercado, o dinheiro pode ser adquirido de duas formas: ou o indivíduo produz e vende bens e serviços desejados por terceiros, ou ele se dedica à mineração de ouro (um negócio tão lucrativo como outro qualquer, no longo prazo). Mas se o governo descobrir maneiras de praticar falsificação - criar dinheiro do nada -, então ele poderá, rapidamente, produzir o próprio dinheiro sem ter o trabalho de vender serviços ou de garimpar ouro. Ele poderá, assim, se apropriar maliciosamente de recursos e de forma bastante discreta, sem suscitar as hostilidades desencadeadas pela tributação. Com efeito, a falsificação pode criar em suas próprias vítimas a feliz ilusão de incomparável prosperidade. Falsificação, evidentemente, nada mais é do que outro nome para a inflação - ambas criam um novo "dinheiro" que não é um metal como ouro ou prata e ambas funcionam similarmente. E assim podemos entender por que os governos são inerentemente inflacionários: porque a inflação monetária é um meio poderoso e sutil para o governo adquirir recursos do público, uma forma de tributação indolor e bem mais perigosa."

Assim, André Santa Cruz (2019, p.920) informa que a solução de tais problemas seriam a desestatização do dinheiro.

Considerando tal necessidade, o autor afirma que com o avanço do comércio eletrônico e a economia do compartilhamento (negociações sem controle da autoridade governamental), ajudou a quebrar o monopólio estatal sobre a moeda, fazendo com que, houvesse o desenvolvimento das criptomoedas.

Os motivos fundamentais que impulsionaram a criação do Bitcoin são, portanto, evidentes: um sistema financeiro instável e com elevado nível de intervenção estatal e a crescente perda de privacidade financeira (ULRICH, 2014)

No período do ano de 2008, a crise global, além de atingir o sistema financeiro, atingiu de certa forma as moedas digitais, tendo seus métodos de pagamento e operação liquidados.

No meio de toda a fumaça e da batalha contra a crise, o interesse em cima das criptomoedas não recuou. A teoria que cerca as moedas digitais tinham o potencial de resolver e facilitar a dificuldade ocasionada pela crise que ocorria no ano de 2008 (CHUEN, 2015)

Assim, nasceu a primeira moeda digital, o Bitcoin, criada pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto, tendo sido criada no ano de 2008 e lançado seu “White paper” no mercado digital no ano de 2009.

Nesse mesmo sentido, Oliveira (2018) complementa que o Bitcoin foi lançado em 2009, e desde então, o seu protocolo, desenhado em código livre, já foi testado e desafiado por quase uma década, sem registrar qualquer falha grave. Isso surpreende até os maiores especialistas em tecnologia.

Apesar de ter sido introduzido em 2009 o ativo digital bitcoin (BTC) despertou interesse da grande mídia apenas em 2012. Devido ao seu suposto anonimato, os criptoativos são frequentemente comparados à moeda física. No entanto, essas moedas são puramente digitais e usadas principalmente online, um meio padrão de pagamento pela internet (CAMACHO; SILVA, 2018, p.1)

Vale destacar, que no ano de 2010 na data de 22 de maio, houve a primeira compra de algo físico com o método de pagamento utilizando bitcoins, sendo duas pizzas onde o programador Laszlo Hanyecz pagou nada mais nada menos do que 10.000 bitcoins pelas mesmas, uma transação nada comum para a época, porém, com enorme relevância para que após esse feito demais pessoas também realizassem novas compras por este método (UOL, 2022)

Os criptoativos, como mencionado, são moedas digitais, não devendo ser classificadas como moedas, considerando que não possuem os requisitos mínimos para serem consideradas moedas, como por exemplo, não ser em “papel”, por não ser considerado globalmente como meio de troca, reserva de valor e unidade de conta.

Assim, os criptoativos são denominados ativos financeiros, tendo em vista que seus usuários utilizam de tal moeda para investir a curto ou longo prazo e obter lucros, conforme sua grande valorização.

Nesse sentido, vale destacar, que a moeda é tipicamente definida por três atributos fundamentais: meio de troca, unidade de conta e reserva de valor. Os criptoativos atendem razoavelmente ao primeiro critério, pois um número crescente de comerciantes, especialmente em mercados online, está disposto a aceitá-lo como forma de pagamento. No entanto, o uso comercial mundial dos criptoativos permanecia minúsculo, indicando que poucas pessoas o usam como meio de troca (YERMACK, 2013)

Se tratando de um sistema descentralizado não há quem possua total controle sobre o sistema de pagamentos em bitcoin, pois é um sistema de controle por código de natureza puramente digital, sendo um software intangível programado por matemática mas que não possui lei no seu controle.

Com o decorrer dos anos, e a manutenção da crise econômica no país, os bancos centrais tentavam suprimir seus problemas, sem sucesso, considerando o capital desigual da sociedade, algumas pessoas viam os criptoativos como uma alternativa de conseguir meios rentáveis, assim, começaram a aderir cada vez mais a utilização de criptoativos, fazendo com que a pioneira das moedas digitais entrasse em circulação, nesse caso, o bitcoin.

É certo que no meio das operações financeiras quanto mais rápido for seu modo de operação será melhor, e neste ponto cada dia mais as criptomoedas se tornam um dos meios mais rápidos de realizar essas transações, o ativo quanto mais rápido se tornar dinheiro melhor.

Atualmente devido sua alta liquidez o bitcoin é a criptomoeda mais estável e com maior rapidez na liquidação, pode-se comprar qualquer coisa com ele, e ele já é usado como padrão de se medir com qualquer outro recurso que represente capital ou ativo.

Um caso que podemos exemplificar seria a compra de bens de elevado valor, um exemplo são as obras de arte e joias que são na maioria das vezes caríssimas. As transações de compra e venda de tais obras ocorrem pelo meio privado e esta transação pode levar um longo tempo para concretizar e se tornar dinheiro para o comprador, precisando passar por avaliadores especializados, buscar compradores através de intermediários etc.

No entanto, se fossem negociados via pagamentos em bitcoin, qualquer pessoa ao redor do mundo poderia arrematar esta obra ou uma joia em apenas alguns instantes, por se tratar de um método totalmente ágil para transacionar elevados valores e se fazer líquido pois em um curto tempo já estaria em posse do vendedor da obra de arte os valores que hora ofertou o seu item.

A natureza jurídica dos criptoativos

A determinação da natureza jurídica das moedas virtuais, no Brasil, ainda é uma tarefa em aberto, especialmente por não haver Lei que regulamente o assunto, em que pese a existência de projetos visando a correção dessa lacuna, como é o caso dos PL 2303/15 e PL 2060/19, que buscam regras libertárias para moedas virtuais no país (KOZLOVWSKY, 2022, p.1)

De acordo com Vitor Kozlovsky (2022, p.1):

A primeira manifestação de uma entidade oficial brasileira acerca do tema, ocorreu no ano de 2014, com o comunicado 25.306, do Banco Central do Brasil. O documento visava sobretudo, destacar a diferença entre o conceito de moeda virtual e moeda eletrônica, sendo essa uma extensão da moeda física para o mundo digital, e aquela uma moeda completamente virtual, sem qualquer lastro ou comunicação com o mundo material. Nesse mesmo ano, a Receita Federal se manifestou no sentido de enquadrar criptoativos como ativos financeiros, para fins de tributação.

Vale destacar, que no ano de 2019, foi publicada a Instrução Normativa 1.888, a respeito da obrigatoriedade de prestação de contas, efetuadas tanto pelos usuários, quanto pelas empresas que executariam suas operações utilizando as criptomoedas, conceituando os referidos criptoativos como uma “representação digital de valor”.

Frente ao exposto, conclui-se que a natureza jurídica das moedas virtuais no Brasil encontra-se em constante mutação, visto que, muito embora uma corrente classifique-as como ativo financeiro, há quem lhes atribua a natureza de moeda, observadas as seguintes propriedades: divisibilidade, fungibilidade, durabilidade, reserva de valor e meio de troca (KOZLOVWSKY, 2022, p.1).

A perspectiva Japonesa, Alemã e Brasileira sobre os criptoativos

O Japão foi um dos primeiros países a se interessar pela adesão dos criptoativos, e como de costume, os japoneses rapidamente criaram regulamentação jurídica própria a respeito dos criptoativos, considerando sua visão inovadora e aberta a respeito desse fenômeno (COSTA, 2019, p.28)

Em março de 2016, foi aprovada no Japão a chamada “Lei das Fintechs”, um projeto de alterações legais com o objetivo de adaptação da legislação nacional às transformações no ambiente de tecnologia da informação e, dentro da qual, foi incluída a regulação das criptomoedas (UHDRE, 2021)

No Japão, os criptoativos são considerados promissores, inovadores, fazendo com que o Estado Japonês regulamente com celeridade, tendo em vista que a natureza jurídica dos criptoativos são consideradas amplas, genéricas, sendo denominado como “valor de propriedade”, delimitando o conceito amplo. (COSTA, 2019, p.28)

Portanto, para os japoneses, a sua não regulamentação traria insegurança jurídica para o País, considerando que a nova modalidade de pagamento e aquisição de valores ocorreria aceleradamente na sociedade. (COSTA, 2019, p.29)

Por outro lado, de acordo com Felipe Ramos Costa (2019, p.30) os Alemães encontram-se em constante adequação institucional, considerando o fenômeno dos criptoativos. De acordo com os Estados Alemão, o criptoativo não pode ser considerado uma moeda virtual, por não possuir todas as funções da moeda e por não possuir sistema monetário nacional.

Para o Banco Central Alemão, os usuários que utilizarem criptoativos, deverão utilizar-se de “Crypto Token”, que se distingue da referência de “moeda”, considerando que o país não produziu nenhuma regulamentação

própria para definir e regulamentar os criptoativos em seu país, pois, para os alemães, os criptoativos são ativos financeiros, enquadradas numa categoria de pensamento (COSTA, 2019, p.30)

Já no Brasil, o Banco Central do Brasil posicionou-se a respeito dos criptoativos no ano de 2014, conforme Comunicado nº 25.306/2014:

O Banco Central do Brasil esclarece, inicialmente, que as chamadas moedas virtuais não se confundem com a "moeda eletrônica" de que tratam a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação infralegal. 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 denominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos, e não se caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais (LEGISWEB, 2014).

Ainda em relação ao Comunicado nº 25.306/2014, alertou a sociedade quanto aos riscos de os criptoativos serem utilizados para o financiamento de atividades criminosas, e de acarretarem, perda patrimonial aos usuários, ante a possibilidade de ataques pela internet. E, isso sem que existisse qualquer interferência e/ou regulação estatal que os minimizassem (UHDRE, 2021).

Por fim, o Comunicado salientou a desnecessidade, naquele momento, de se regulamentar tais ativos, mas que a autarquia monitoraria a evolução do uso das moedas virtuais, acompanharia as discussões nos foros internacionais sobre a matéria para fins de adoção de eventuais medidas, se for o caso, observadas as atribuições dos órgãos e das entidades competentes. (UHDRE, 2021)

Destaca-se, que embora em 12 de janeiro de 2018, a Comissão de Valores Mobiliários tenha emitido Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN vetando a possibilidade de utilização de fundos de investimentos em criptomoedas no Brasil, a mesma, em 19 de setembro de 2018, publicou Ofício possibilitando sua utilização indireta em criptoativos, por meio de aquisição de cotas de fundos e derivados (GOV.BR, 2018)

Complementando a orientação da CVM, Dayana de Carvalho Uhdre (2021) informa que o órgão regulador sobre a Instrução CVM nº 555, em seu arts. 98 e seguintes, ao tratar do investimento no exterior, autorizaria o investimento indireto em criptoativos por meio.

E ainda, acrescentou a possibilidade de aquisição de cotas de fundos e derivativos, entre outros ativos negociados em terceiras jurisdições, desde que admitidos e regulamentados naqueles mercados (UHDRE, 2021)

O Brasil aos poucos está amadurecendo a ideia de utilização de criptoativos no seu dia a dia, seja como forma de pagamento, seja como forma de investimento. Por sua vez, merece destaque a inovação trazida pela Instrução Normativa nº 1.888 de 3 de maio de 2019, que dispõe em seu art. 5º a categorização própria dos criptoativos:

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal;

Percebe-se, em suma, que ainda se está a andar em terreno incerto. Dado o volume cada vez maior das atividades com criptoativos, e a velocidade com que negócios e produtos estão sendo criados (UHDRE, 2021)

O desafio em relação a regulamentação Brasileira está justamente em definir como o fazer, e em que momento o fazer, a fim de preservar a higidez do mercado financeiro e de capitais, e não obstaculizar as inovações tecnológicas (UHDRE, 2021)

Logo, pode-se afirmar que o Brasil está em constante aproximação com o modus operandi Japonês, tendo em vista sua busca por adequações e regulamentações próprias capazes de definir a possibilidade de adesão e a natureza jurídica dos criptoativos.

AS MOEDAS DIGITAIS

O bitcoin

Inicialmente, indaga-se, o que é uma moeda digital? A moeda digital segundo Oliveira (2018) contém a seguinte descrição:

Moeda digital (ou criptomoeda) é aquela criada, armazenada e utilizada exclusivamente a partir de dispositivos eletrônicos, como um computador ou um smartphone. Ao contrário das demais, como o dólar, o euro ou real, o Bitcoin não é controlado por um Banco Central ou qualquer instituição governamental. Por isso, o Bitcoin acumula a característica de ser uma moeda descentralizada, que prescinde de uma autoridade única. Ele foi inicialmente lançado como um meio de pagamento eletrônico, para a compra de produtos ou serviços. Mas, com o passar dos anos, sua utilidade foi muito mais além. Qualquer pessoa pode transferir diretamente recursos para um familiar ou um amigo, dentro ou fora de seu país, ou mesmo contribuir com organizações não governamentais sem a participação de intermediários. É uma moeda sem fronteiras. E, diante das crescentes valorizações, tem ainda despertado o interesse de poupadores, que veem no Bitcoin uma oportunidade de manter (ou ampliar) seu poder de compra futuro.

Partindo brevemente do contexto histórico, em 1980, já havia pessoas que pensavam na importância da criptografia e procuravam desenvolver usos interessantes para ela, dentre os quais a criação de uma espécie de dinheiro digital (CRUZ, 2019, p.921).

Uma dessas pessoas era David Chaum, criptógrafo que publicou artigos pioneiros sobre o tema e chegou até a tentar implantar suas ideias na prática, com a criação da DigiCash, empresa que tinha como um de seus principais produtos o eCash. (CHAUM, 1985)

Apresentado de uma forma totalmente diferente, o Bitcoin foi anunciado através de um artigo ou white paper de seu criador Satoshi Nakamoto, postado em um fórum aberto de discussões sobre criptografia (MACIEL, 2018, p. 22)

De acordo com Ulrich (2014, p.12) “Nakamoto lançou-o como um white paper em um fórum aberto: aqui está uma nova moeda e um sistema de pagamento. Usem se quiserem.”. Ainda hoje várias teorias surgem sobre quem é ou quem são o pseudônimo Satoshi Nakamoto, visto que ele “não existe”.

Sendo baseado em código-fonte aberto, Felipe Ackermann Maciel (2018, p.22) aduz que o sistema não pertence a ninguém, sua moeda não pode ser reproduzida fora das regras do sistema, resolvendo os problemas que eram encontrados nas tentativas prévias de criação de criptomoedas e também o problema das moedas em papel controladas por bancos e governos.

Segundo André Santa Cruz (2019, p. 922) Satoshi Nakamoto publicou um texto intitulando o Bitcoin, afirmando o seguinte:

Uma versão puramente eletrônica do dinheiro permitiria que pagamentos on-line fossem enviados diretamente, de uma entidade para outra, sem ter que passar por uma instituição financeira. Assinaturas digitais fornecem parte da solução para o problema, mas os principais benefícios são perdidos se for preciso ter uma terceira parte confiável para evitar gastos duplicados. Propomos uma solução para o problema do gasto duplo usando uma rede de usuário para usuário. A rede coloca registros de tempo nas transações que ele insere em uma cadeia contínua de testes de trabalho com base no cálculo de hashes, formando um registro que não

pode ser alterado sem recriar o teste de trabalho completo. A cadeia mais longa não serve apenas como testemunha e teste da sequência de eventos, mas também garante que ela está vindo do cluster com o maior processamento da CPU. Enquanto a maioria do poder de processamento da CPU estiver sob o controle de nós que não cooperam para atacar a rede, eles gerarão a cadeia mais longa e aproveitarão os invasores: A rede em si requer uma estrutura mínima. As mensagens são enviadas sob a premissa de menor esforço, e os nós podem sair e se juntar à rede quando acharem adequado, aceitando a mais longa cadeia de prova de trabalho, como prova do que aconteceu durante sua ausência (CRUZ, 2019, p.922)

Como se percebe, o bitcoin é uma criptomoeda que utiliza uma tecnologia ponto a ponto (peer-to-peer) para criar um sistema de pagamentos on-line que não depende de intermediários e não se submete a nenhuma autoridade regulatória centralizadora (CRUZ, 2019, p.923)

O código do bitcoin é aberto, seu design é público, não há proprietários ou controladores centrais e qualquer pessoa pode participar do seu sistema de gerenciamento coletivo. Logo, o bitcoin é uma inovação revolucionária porque é o primeiro sistema de pagamentos totalmente descentralizado (CRUZ, 2019, p.923)

O comércio eletrônico tradicional, conforme aduz André Santa Cruz (2019, p.923) é realizado através de intermediários (uma operadora de cartão de crédito, uma instituição financeira ou uma empresa de pagamentos on-line, como o PayPal) e lastreado em uma moeda oficial (dólar, real, euro etc.).

As transações com bitcoins de acordo com o Autor, não dependem de intermediários e não são lastreadas em uma moeda oficial, mas no próprio bitcoin. Assim, não se fala em um novo sistema de pagamentos, mas sim de uma nova moeda.

Considerando a relevância do assunto, Fernando Ulrich (2014, p.17) explica que:

Bitcoin é uma moeda digital peer-to-peer (par a par ou, simplesmente, de ponto a ponto), de código aberto, que não depende de uma autoridade central. Entre muitas outras coisas, o que faz o Bitcoin ser único é o fato de ele ser o primeiro sistema de pagamentos global totalmente descentralizado. Ainda que à primeira vista possa parecer complicado, os conceitos fundamentais não são difíceis de compreender.

Os efeitos positivos desses acontecimentos foram logo sendo percebidos: outras criptomoedas com o mesmo ideal de descentralização foram criadas e várias startups relacionadas a essa criação revolucionária surgiram, fazendo com o que preço de mercado do bitcoin aumentasse bastante, atingindo o até então inédito valor de mil dólares no final de 2013 (CRUZ, 2019, p.927)

A invenção do Bitcoin é revolucionária porque, pela primeira vez, o problema do gasto duplo pode ser resolvido sem a necessidade de um terceiro; Bitcoin o faz distribuindo o imprescindível registro histórico a todos os usuários do sistema via uma rede peer-to-peer. Todas as transações que ocorrem na economia Bitcoin são registradas em uma espécie de livro-razão público e distribuído chamado de blockchain (corrente de blocos, ou simplesmente um registro público de transações), o que nada mais é do que um grande banco de dados público, contendo o histórico de todas as transações realizadas. Novas transações são verificadas contra o blockchain de modo a assegurar que os mesmos bitcoins não tenham sido previamente gastos, eliminando assim o problema do gasto duplo. A rede global peer-to-peer, composta de milhares de usuários, torna-se o próprio intermediário; Maria e João podem transacionar sem o PayPal. (URLICH, 2014, p.18)

Vale destacar que a tecnologia Blockchain não tem seu uso restrito às criptomoedas, e por isso ela despertou tanto interesse e atenção por parte do mercado, fazendo com que vários setores da economia percebessem quão revolucionária era a criação de Satoshi e companhia (CRUZ, 2014, p.923)

De acordo com André Santa Cruz (2014, p. 928), o bitcoin possui as seguintes características e vantagens:

Usa criptografia, o que o torna um meio de pagamento virtual muito seguro e confiável; é totalmente descentralizado, tornando-se imune ao controle estatal, o que elimina a burocracia (não há limites, feriados etc.); é um sistema ponto-a-ponto, o que elimina a necessidade de terceiros intermediários (bancos, em regra), reduzindo o custo das operações; é escasso, o que, aliado ao fato de ser descentralizado, impede manipulações governamentais em sua base monetária (surtos inflacionários e consequente desvalorização); é global, o que facilita o seu uso em operações internacionais (remessas ao exterior podem demorar dias no sistema bancário comum, mas com bitcoins duram poucos minutos); e é uma tecnologia de código aberto (open source), o que permite seu rápido aperfeiçoamento e sua autorregulação pela própria rede de usuários, aumentando ainda mais a segurança e a confiabilidade do sistema.

Embora haja controvérsias quanto à precificação futura do Bitcoin, ninguém duvida da capacidade disruptiva e revolucionária que a invenção de Satoshi Nakamoto representa para o futuro (OLIVEIRA, 2018)

Enquanto entender o Bitcoin pode ser visto de forma simplória como um objeto de interesse restrito, é bastante provável que em um futuro (muito) próximo entender suas bases não seja mais uma questão de escolha, mas sim de real e cotidiana necessidade (OLIVEIRA, 2018)

Por fim, Eduardo Henrique Kouzak Oliveira (2018) afirma que antecipar-se à compreensão desta incrível tecnologia, que chegou para modificar a forma com que as pessoas transacionam e, em sentido mais amplo, interagem entre si, é inevitável.

Aqueles que vencerem a barreira da inércia e mergulharem a fundo na busca da informação e do conhecimento, estarão também, sem dúvida, mais capacitados a realizar escolhas mais acertadas e inteligentes (OLIVEIRA, 2018)

Assim, todas essas características e vantagens do bitcoin fizeram com que ele passasse a ser cada vez mais usado para fins diversos: investimento, trading financeiro, recebimentos por produtos vendidos ou serviços prestados, compra de produtos ou serviços internacionais, transferências internacionais etc (CRUZ, 2014, p.929)

Ethereum

A proposta da plataforma Ethereum surgiu com Vitalik Buterin, um membro ativo da comunidade do próprio Bitcoin em 2013. Devido ao seu trabalho na comunidade ao longo dos anos, ele propôs uma nova plataforma baseada na tecnologia Blockchain, que pudesse fazer mais do que a plataforma do Bitcoin e que possuísse uma moeda própria (GERRING, 2016).

A Ethereum foi projetada para ser mais acessível e flexível que o Bitcoin, podendo ser usada para criar contratos inteligentes (Smart Contracts) e também aplicativos descentralizados. A própria comunidade descreve o Ethereum: "Ethereum é uma plataforma Blockchain aberta que permite que qualquer um construa e use aplicações descentralizadas que rodam na tecnologia Blockchain." (WHAT'S ETHEREUM,2016).

De acordo com o site oficial da Ethereum (WHAT'S ETHEREUM,2016):

A plataforma Ethereum basicamente é um sistema de programação. É chamado de Ethereum Virtual Machine (Máquina Virtual Ethereum), e pode ser entendido como um sistema operacional semelhante ao Windows. Foi construído através de algumas linguagens de programação existentes, e é capaz de rodar algoritmos de várias complexidades. Isso permite a criação de aplicativos e de contratos inteligentes, que não dependem de alguém para administrá-los. Podem até mesmo ser criadas novas criptomoedas que usem o sistema ou plataformas inteiras que sigam algum outro propósito específico.

O Ethereum, conforme Diana Costa (2022) possui como principais características a eliminação de intermediários, elimina o tempo e esforço necessários para os processos manuais, bem como, em relação aos seus registros, estes são encriptados e duplicados na blockchain pública, onde todos os usuários visualizam a atividade do mercado.

A autora ainda pontua as vantagens entre o Bitcoin e Ethereum, sendo elas:

Eles não são controlados por nenhum governo central, portanto não podem controlar o seu valor; São mais difíceis de falsificar do que as moedas que usamos como o Euro ou o Dólar; A inexistência de intermediários ao fazer transações ou pagamentos, torna-a mais barata; Sistema de código aberto como Bitcoin, que permite que você crie melhorias (COSTA, 2022).

Por sua vez, demonstra também suas diferenças entre Bitcoin e Ethereum:

Não existe limite de Ethers, ao contrário do Bitcoin que terá no máximo 21 milhões de unidades; Recompensa fixa de 5 Ethers para mineração, enquanto que no caso da Bitcoin é reduzida pela metade por cada 210000 blocos de minas; O tempo das transações do Ethers é muito mais rápido do que o Bitcoins, com a possibilidade de executar operações em questões de segundos em vez de minutos; Contratos inteligentes integrados na mesma plataforma Ethereum sem a necessidade de nenhum software externo (COSTA, 2022)

GARANTIAS E MEIOS DE SEGURANÇA DA NOVA TECNOLOGIA

A proteção e a liquidez das transações das criptomoedas

As transações são verificadas, e o gasto duplo é prevenido, por meio de um uso inteligente da criptografia de chave pública. Tal mecanismo exige que a cada usuário sejam atribuídas duas "chaves", uma privada, que é mantida em segredo, como uma senha, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos (CRUZ, 2014, p.924)

Há inúmeras vantagens que fazem de uma moeda digital um excelente complemento no meio financeiro. No seu atual estágio, o Bitcoin já representa uma substancial redução nos custos de transação, independentemente da sua liquidez futura (ULRICH, 2014)

O Bitcoin já atua como um meio de troca, já é uma moeda, embora menos líquida do que as moedas nacionais. Dessa forma, poderíamos até considerá-lo o precursor de uma nova classe de ativos: a das "moedas digitais" (ULRICH, 2014)

Como tecnologia, segundo Fernando Ulrich (2014) aos poucos o protocolo Bitcoin vai sendo descoberto pelo que realmente é: uma forma revolucionária de criar, transitar e estocar informação prescindindo de qualquer intermediário; uma forma inovadora para transferência de propriedade.

Segundo André Santa Cruz (2014, p.924) para melhor compreensão da forma com que são realizadas as transações, este exemplifica que:

Quando a Maria decide transferir bitcoins ao João, ela cria uma mensagem, chamada de "transação", que contém a chave pública do João, assinando com sua chave privada. Olhando a chave pública da Maria, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com sua chave privada, sendo, assim, uma troca autêntica, e que João é o novo proprietário dos fundos.

A transação - e, portanto, uma transferência de propriedade dos bitcoins é registrada, carimbada com data e hora e exposta em um bloco "do blockchain (o grande banco de dados, ou livro-razão da rede Bitcoin) (CRUZ, 2014, p.924)

Em relação à liquidez, o Bitcoin não é considerado vantajoso neste aspecto, segundo Surda (2012):

O bitcoin não é utilizado de forma ampla, mesmo que venha ganhando mercado a cada ano e as pessoas e empresas estão cada vez mais utilizando este modelo inovador. O Bitcoin possui todos os aspectos para um dia poder superar o papel-moeda, o ouro e a prata em relação a modalidade de troca, para então se tornar dinheiro, que é o meio de troca aceito universalmente.

O obstáculo da vez é a liquidez, pois é a chave para tudo ocorrer como projetado inicialmente, e as moedas virtuais alcançarem seu objetivo como dinheiro e modelo de troca universal. Sem liquidez suficiente, o Bitcoin enfrentará obstáculos significantes para evoluir a estágios mais maduros de meios de troca e, finalmente, tornar-se dinheiro (SURDA, 2012).

O desempenho do sistema Blockchain

O Blockchain é uma tecnologia que surgiu junto com o Bitcoin, em 2008. Basicamente, o Blockchain foi pensado como uma forma segura para se transferir bitcoins e trazer confiabilidade à rede Bitcoin, uma vez que o fato de ser uma moeda intangível e desregulamentada gera desconfiança sobre a criptomoeda. (PROOF, 2018)

Vale destacar que a tecnologia Blockchain não tem seu uso restrito às criptomoedas, e por isso ela despertou tanto interesse e atenção por parte do mercado, fazendo com que vários setores da economia percebessem quão revolucionária era a criação de Satoshi e companhia (CRUZ, 2014, p.927)

O uso da tecnologia Blockchain, porém, torna o terceiro intermediário desnecessário, segundo André Santa Cruz (2014, p.928):

Porque a confirmação da veracidade da operação é feita pela própria rede, por meio da resolução de um problema matemático (isso é o que chamamos de mineração, que atualmente é feita por quem possui uma alta capacidade computacional), e após a confirmação tudo fica disponível on-line para sempre, sem nenhuma possibilidade de exclusão ou alteração.

Logo, toda e qualquer transação que hoje depende de uma terceira parte confiável para ser realizada pode se beneficiar do uso da tecnologia Blockchain, eliminando a necessidade desse intermediário (registro imobiliário e smart contracts, por exemplo) (CRUZ, 2014, p. 928)

Todas as transações realizadas na rede são registradas em um grande livro contábil, chamado Blockchain. Esses registros são públicos, ou seja, qualquer um pode acessar. No entanto, a confidencialidade é garantida pela criptografia (OLIVEIRA, 2018)

Embora nenhuma transação possua identificações diretas de quem participou dela, cada uma delas possui uma assinatura digital, o hash. Todos podem verificar qualquer transação: basta acessar sites como Blockchain.info e digitar o número do hash. Caso ele esteja correto, a transação poderá ser visualizada. (OLIVEIRA, 2018)

Segundo Eduardo Henrique Kouzak Oliveira (2018) o usuário não é identificado pelo seu nome real, mas sim por um código ou uma sequência alfanumérica, tal como uma conta de e-mail. Com transações diretas entre os usuários, elimina-se não apenas barreiras geográficas, mas custos de atravessadores e burocracia. E ganha-se tempo.

O autor acrescenta ainda a confiabilidade das transações, nesse sentido:

A segurança é garantida por usuários avançados, chamados mineradores, que emprestam poder computacional para a validação de testes criptográficos. Eles são capazes de avaliar se uma transação é ou não idônea e atuam como um ponto fundamental de confiança entre as partes. Como recompensa pelo seu trabalho de manter a segurança da rede, recebem novas moedas. Porém, a reserva de bitcoins é finita e a sua disponibilidade se dá em passos cada vez mais lentos. Isso tudo foi programado para evitar que o seu preço se desvalorize (OLIVEIRA, 2018)

Por sua vez, assim como a internet, Eduardo Henrique Kouzak Oliveira (2018) informa que a Blockchain carrega consigo uma robustez intrínseca. Ao armazenar blocos de informações descentralizadas, isso traz duas consequências: primeiramente, impede que seja controlada por qualquer entidade.

Por outro lado, há quem diz que os blockchains podem ser públicos ou privados, nesse sentido, Dayana de Carvalho Uhdre (2021) aduz que blockchains públicas (como Bitcoin ou Ethereum) seriam aquelas cujas informações estão “abertas”, acessíveis para qualquer pessoa ler e visualizar. Já as blockchains privadas são aquelas cujas

dados só podem ser visualizados por um grupo de pessoas predefinidas ou autorizadas (caso da Ripple, por exemplo ou da Libra), ou mesmo por uma única organização (ou conglomerado organizacional).

Em outras palavras, ninguém é dono da Blockchain, segundo o autor anteriormente mencionado, e ao mesmo tempo ela pertence a todos, sendo pública por definição. Isso traz transparência e isenção ao sistema.

Em segundo lugar, Eduardo Henrique Kouzak Oliveira (2018) aduz que não pode ser corrompida em um ponto central de fragilidade, tendo sido operada, até o presente momento, sem um único ponto de falha significativa.

Portanto, pode-se afirmar que o Blockchain é considerado um livro caixa, tendo em vista que são inseridas neste “livro caixa” todas as transações realizadas pelo Bitcoin.

CONCLUSÃO

O início de toda a vontade de criar um meio de pagamento que utilizasse a internet e fosse criptografado, veio entre o final da década de 80 e começo da década de 90, quando surgiu os primeiros conceitos e algumas tentativas de criação de novas moedas que pudessem servir o propósito de substituir o dinheiro convencional (GRIFFITH, 2014).

Considerando a necessidade de evolução, criaram uma modalidade e possibilidade de utilização de uma moeda sem lastro, uma moeda que se valorizava a todo instante, da mesma forma que havia a possibilidade de desvalorização.

A partir desta novidade, várias pessoas começaram a aderir o uso das moedas digitais, como por exemplo o Bitcoin (criada pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto, tendo sido criada no ano de 2008 e lançado seu “White paper” no mercado digital no ano de 2009) e a Ethereum, que conforme explanado no presente trabalho, é considerada o oposto do Bitcoin, tendo sido projetada para ser mais acessível e flexível que o Bitcoin.

A própria comunidade descreve o Ethereum como uma plataforma Blockchain aberta que permite que qualquer um construa e use aplicações descentralizadas que rodam na tecnologia Blockchain.” (WHAT’S ETHEREUM, 2016).

Com estas inovações, houve a necessidade de implantação de um sistema que transmitisse segurança aos usuários, ao realizarem suas transações (compra e venda de criptomoedas), assim, surgiu o “blockchain”, sendo considerado e definido como um banco de dados, ou um livro caixa.

Vários países aderiram positivamente o uso de moedas digitais, tendo inclusive, por questões de proteções de bem jurídicos, regulamentado a moeda digital em seus ordenamentos jurídicos.

No entanto, embora todas as inovações explanadas no presente trabalho tenham sido aderidas pela sociedade há muitos anos, o Brasil ainda não regulamentou especificamente a respeito.

Embora haja discussões nesse sentido, as criptomoedas são consideradas extremamente importante no mercado financeiro, tendo em vista que cada dia a compra e venda das criptomoedas estão tomando mais espaço e conhecimento na sociedade.

Logo, o volume de negociações que são realizadas a anos já deveria ter chamado a atenção das autoridades competentes, que deveriam visar um ambiente mais seguro e confiável para os brasileiros que ainda não investiram, mas possuem intenção de aderir esta nova era, embora muitos usuários já realizam transações, mesmo sem a regulamentação e confiam nos sistemas de operações.

Portanto, a regulamentação e definição das criptomoedas no ordenamento jurídico brasileiro é um passo fundamental que já deveria ter sido dado há muitos anos pelas autoridades competentes, para que não houvesse ainda, dúvidas a respeito e insegurança dos usuários em suas transações, para que assim, o mercado financeiro das criptomoedas demonstrasse tranquilidade aos usuários com o seu grande potencial, diante da proteção jurídica.

REFERÊNCIAS

CAMACHO, Tatiana Silveira; SILVA, Guilherme Jonas Costa da. Criptoativos: uma análise do comportamento e da formação do preço do bitcoin. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/economia/article/view/67885>. Acesso em: 01 ago.2022.

COSTA, Diana. Ethereum: o que é, como nasceu e quais são suas vantagens. 2022. Disponível em: <https://www.rankia.pt/criptomoeda/ethereum-nasceu-quais-sao-suas-vantagens/>. Acesso em: 16 ago.2022.

COSTA, Felipe Ramos. Os criptoativos: historicidade, natureza jurídica, conceito e problematizações jurídico-econômicas. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/11064/1/feliperamoscosta.pdf>. Acesso em: 16 ago.2022.

CHAUM, David. Security without identification: transaction systems to make big brother obsolete. Communications of the ACM, v.28, n.10, October 1985, p.1030-1044.

CHUEN, D.L.K. Handbook of Digital Currency. 1. ed. Singapore: Elsevier, 2015.

CRUZ, André Santa. Direito Empresarial – Volume Único. 9. ed. São Paulo: Editora Método.2014.

GERRING, T. Cut and Try: Building a Dream. Disponível em: Cut and try: building a dream | Ethereum Foundation Blog. Acesso em: 15 de ago.2022.

GRIFFITH, K. A Quick History of Cryptocurrencies BBTC – Before Bitcoin. Disponível em: <A Quick History of Cryptocurrencies BBTC – Before Bitcoin - Bitcoin Magazine - Bitcoin News, Articles and Expert Insights>. Acesso em: 01 ago. 2022.

IN RFB nº 1888/2019. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Disponível em: [http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=100592#:~:text=IN%20RFB%20n%C2%BA%201888%2F2019&text=Institui%20e%20disciplina%20a%20obrigatoriedade,Federal%20do%20Brasil%20\(RFB\).>](http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=100592#:~:text=IN%20RFB%20n%C2%BA%201888%2F2019&text=Institui%20e%20disciplina%20a%20obrigatoriedade,Federal%20do%20Brasil%20(RFB).>). Acesso em: 14 ago. 2022.

LEGISWEB. Comunicado Bacen nº 25306 de 19/02/2014. 2014. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=265825>. Acesso em: 14 ago.2022.

OLIVEIRA, Eduardo Henrique Kouzak. O manual do Bitcoin: tudo o que você precisa saber para não perder tempo nem dinheiro / Eduardo Henrique Kouzak Oliveira ; prefácio Samy Dana. – Brasília, DF: [s.n.], 2018.

PROOF. Blockchain. Entenda Blockchain em menos de 15 minutos. Disponível em: <Entenda Blockchain e Bitcoin em menos de 15 minutos – PROOF. Acesso em: 16 ago. 2022.

ROTHBARD, Murray. O que o governo fez com nosso dinheiro? Trad. Leandro Augusto Gomes Roque. São Paulo: Instituto Ludwig Mises Brasil, 2013, p.48.

SURDA, Peter. Economics of Bitcoin: is Bitcoin an alternative to fiat currencies and gold?. 2012. 93 p. Disponível em: [mastersthesis-surda-2012-11-19b.pdf](https://www.mastersthesis-surda-2012-11-19b.pdf) (economicsofbitcoin.com). Acesso em: 16 ago.2022.

UHDRE, Dayana de Carvalho. Blockchain, tokens e criptomoedas : análise jurídica / Dayana de Carvalho Uhdre. São Paulo: Almedina, 2021.

UOL, Economia. Bitcoin pizza day: hoje marca 12 anos da 1ª compra com a criptomoeda. 2022. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2022/05/22/pizza-day-bitcoin-primeira-compra-criptomoeda.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 15 ago.2022.

URLICH, Fernando. Bitcoin: o dinheiro na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2014.

URLICH, F. Bitcoin: A Moeda na Era Digital. 1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. 123p.

KOZLOVSKY, Vitor. A natureza jurídica do bitcoin no ordenamento brasileiro em 2022. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/361852/a-natureza-juridica-do-bitcoin-no-ordenamento-brasileiro-em-2022>. Acesso em: 09 ago.2022.

WHAT'S ETHEREUM. Disponível em: Início | ethereum.org. Acesso em: 16 ago.2022.

YERMACK, David. Is Bitcoin a real currency? An economic appraisal. NBER Working Papers, 2013.

32 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO DIGITAL

RICARDO SILVEIRA DA SILVA
KAUAN SOARES DA SILVA

RESUMO Este trabalho visa apresentar a suposta eficácia da LGPD perante a proteção de dados dos bancos digitais, em razão das inovações elencadas na Lei nº 13.709/2018. A presente pesquisa iniciou-se abordando a questão do direito de personalidade do titular dos dados, tendo em vista que pela ótica conceitual aberta, a proteção de dados é considerada um novo direito fundamental. Em relação a privacidade na era digital, com o avanço da sociedade virtual de informação, a todo instante surgem meios de invasão da privacidade, tendo em vista o fato de os dados pessoais estarem inseridos em servidores onde pessoas do mundo todo possuem acesso. Assim, pode-se dizer que com a promulgação da LGPD o cenário no Brasil deveria ter evoluído com resultados positivos, considerando as inovações trazidas pela referida legislação. No entanto, as disposições previstas na LGPD não produzem seus efeitos com eficácia, tendo em vista as falhas e a ausência de aplicabilidade real da ANPD. Logo, pode-se afirmar que há omissão do Poder Executivo em implementar com eficácia e celeridade as medidas impostas e previstas em lei, e com isso direitos e princípios constitucionais são violados, considerando os direitos fundamentais dos dados pessoais dos titulares. O presente trabalho teve como metodologia utilizada pesquisa bibliográfica e em artigos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados, Banco de dados, LGPD, Ineficácia

ABSTRACT This work aims to present the alleged effectiveness of the LGPD in terms of data protection of digital banks, in view of the innovations listed in Law nº 13.709/2018. The present research began by addressing the issue of the data subject's right to personality, considering that from an open conceptual perspective, data protection is considered a new fundamental right. Regarding privacy in the digital age, with the advancement of the virtual information society, means of invasion of privacy arise at all times, given the fact that personal data are inserted in servers where people from all over the world have access. Thus, it can be said that with the enactment of the LGPD, the scenario in Brazil should have evolved with positive results, considering the innovations brought by the aforementioned legislation, however, the provisions provided for in the LGPD do not produce their effects effectively, in view of the flaws and the absence of real applicability of the ANPD. Therefore, it can be said that there is an omission of the Executive Power to implement effectively and quickly the measures imposed and provided for by law, and with that constitutional rights and principles are violated, considering the fundamental rights of the holders' personal data. The present work had as methodology used bibliographic research and scientific articles.

KEYWORDS: Data Protection, Database, LGPD, Ineffectiveness

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar o sistema legal de proteção de dados pessoais no mundo digital.

Partindo desta premissa, iniciou-se demonstrando o objetivo geral do presente trabalho, apresentando os direitos fundamentais dos usuários do mundo digital, demonstrando especificamente o direito da personalidade, que são elementos substanciais da singularidade de cada indivíduo, capazes de o identificar em suas particularidades enquanto seres sociais. Nesse sentido, decorre a importância de elevar a proteção de dados pessoais a um status de direito da personalidade.

Em seguida, demonstrou-se o que é o direito digital, conceituando a definição de banco de dados, o que a compõe e quem a integra, da mesma forma, demonstrou-se a conceituação de privacidade, dentro da era digital.

Por sua vez, considerando que o presente trabalho se trata de proteção de dados pessoais na era digital, adentrou-se nas inovações trazidas pela Lei nº 13.709/2018, seus aspectos gerais e suas necessidades de harmonizações sociais.

Por fim, abordou-se a problemática do dever de proteção dos dados pessoais, diante da Lei nº 13.709/2018, como ela ocorre ou deveria ocorrer, bem como a quem compete a responsabilidade de proteção e as sanções aplicáveis aos violadores dos direitos previstos e protegidos por lei.

A metodologia utilizada para elaboração do presente trabalho foi estudos através de pesquisas bibliográficas e em artigos científicos.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal (CF), os Direitos e Garantias Fundamentais do ser humano, sendo ele brasileiro ou estrangeiro residente no país, assegura-se as garantias e efeitos destas obrigações, dentre eles, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Sendo estes, direitos de todo cidadão que devem ser protegidos e respeitados de modo que todos gozem, via de regra, dos mesmos “Poderes” civis.

Segundo José Afonso da Silva (2005) os direitos humanos são aqueles direitos atinentes a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Por sua vez, nas palavras de Luigi Ferrajoli:

[...] são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendido por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um indivíduo por uma norma jurídica; e por ‘status’ a condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas”.

Diante disto é fundamental que todos os aspectos da humanidade se enquadrem e prescindam deste tipo de direito.

Proteção dos dados pessoais como direito de personalidade

Os dados pessoais são protegidos pela CF/88, eis que sua tutela está diretamente interligada ao direito à privacidade, garantia explícita no art. X, e inciso LXXIX da Carta Magna.

De acordo com Tepedino (2004, p. 47), os direitos da personalidade não precisam estar concentrados como um único direito subjetivo representados a partir de múltiplas classificações para promover ampla proteção da pessoa em todos os seus aspectos (TEPEDINO, 2004).

Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos absolutos, sendo que regulamentam os aspectos mais essenciais e relevantes da personalidade humana. Esses direitos não possuem caráter patrimonial e são inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (MARIGHETTO, 2019, p.1)

De acordo com Andrea Marighetto (2019, p.1) são direitos da personalidade tutelados pelo ordenamento jurídico:

O o direito à dignidade; o direito à liberdade (e o direito à livre iniciativa na forma e nos limites estabelecidos pela Lei); o direito à igualdade; o direito à segurança; o direito à cidadania; o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito ao nome; o direito à imagem; o direito à inviolabilidade da vida privada; o direito à liberdade de pensamento e de expressão; o direito à propriedade; o direito a ser submetido ao justo processo; e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito novo, difuso e de exclusiva natureza pública). Trata-se de elenco “aberto” e não necessariamente taxativo, mas que muda e evolui conforme o “nível de

civilização” da sociedade, ou seja, que depende das conquistas da sensibilização e do progresso das ciências naturais e humanas.

A dignidade humana seria, em verdade, uma cláusula geral de proteção das pessoas, isso porque atua conjuntamente no centro do discurso jurídico constitucional com os direitos fundamentais, sendo, portanto, dispositivos indissociáveis e essenciais para qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática (PASQUALINI, 1999, p. 80-81).

No Código Civil, também podemos observar que a dignidade humana se tornou centro da tutela jurídica, especialmente no bojo do capítulo referente aos direitos da personalidade. O sujeito, antes tido como neutro, passou a ser compreendido enquanto pessoa, aí está o foco de tutela de todo o ordenamento jurídico (CARVALHO, 2021, p. 18)

Para Luiza Moreira de Carvalho (2021, p.18) os direitos da personalidade são aqueles direitos inerentes a elementos corpóreos e incorpóreos que caracterizam e diferenciam uma pessoa. Dentre eles, destaca-se os artigos 11 ao 21 do Código Civil, que tipificam o direito à honra, à privacidade, à integridade física e psíquica. Desse modo o Direito nos protege de violações contra a individualidade (TEPEDINO, 2004, p. 29).

Entretanto, os direitos da personalidade não se limitam às situações previstas nas hipóteses do Código Civil supramencionadas e não podem ser vistos como taxativos, mas sim de maneira aberta (numerus apertus), o que abre caminho para o reconhecimento do direito à proteção de dados como novo direito da personalidade (BIONI, 2020, p. 50).

Na era da sociedade da informação, o fenômeno da datificação constitui um cenário de novos desafios para a tutela da personalidade humana, principalmente considerando que a sociedade e economia se orientam a partir das atividades de controle e armazenamento de dados pessoais efetivados pela economia de dados (CARVALHO, 2021, p.19).

Nesse sentido, Bruno Ricardo Bioni aduz que:

Os direitos da personalidade são uma noção inacabada que deve ser cultivada, especialmente frente ao abordado manancial de dados produzidos pelas pessoas na sociedade da informação. Por meio dessa premissa, será possível identificar uma nova variante dessa categoria jurídica para nela enquadrar a proteção dos dados pessoais. (BIONI, 2020, p.54).

Para Frazão (2019, p. 25), no mundo digital da sociedade de vigilância, o “Big Data” vigia os passos de todos os usuários da rede, sendo capaz de capturar todos os rastros digitais deixados pelo usuário na Internet.

É pouco provável uma compreensão acerca da dimensão do poder dos dados na sociedade contemporânea, mas essa alta capacidade de vigilância confere às plataformas digitais o poder sobre as escolhas dos indivíduos, influenciando-os e limitando-os em suas atividades experiências (FRAZÃO, 2019, p. 25 - 38).

Assim, entende-se:

A justificativa dogmática para a “inserção dos dados pessoais na categoria de direitos da personalidade”, isso porque tais “dossiês digitais” configuram um novo tipo de identidade, uma forma de prolongamento da pessoa. Assim, os dados pessoais não estão relacionados apenas às noções de privacidade, mas “transitam dentre mais de uma das espécies de direitos da personalidade” (BIONI, 2020, p.57).

Os dados pessoais configuram-se como uma extensão da personalidade, e são elementos substanciais da singularidade de cada indivíduo, capazes de o identificar em suas particularidades enquanto seres sociais. Disso decorre a importância de elevar a proteção de dados pessoais a um status de direito da personalidade (CARVALHO, 2019, p.21)

A importância da regulamentação da temática precisa abarcar da forma mais extensa possível a tutela da personalidade, considerando que a exploração dos dados pessoais ultrapassa um simples sentido de violação à

privacidade, principalmente se levarmos em conta a conceituação clássica de privacidade assentada no direito de ser deixado só. (CARVALHO, 2021, p.21)

Portando, as violações que podem ocorrer em um contexto de controle irregular e ilegal de dados pessoais alcançam muitas outras esferas do cidadão, colocando em risco até mesmo sua autonomia e individualidade, dentre outros. (FRAZÃO, 2019, p. 100).

PROTEÇÃO DIGITAL

O direito digital se expande e influencia a cada dia mais a população mundial, juntando a facilidade e modo dinâmico de utilizar qualquer tipo de doutrina e lei, além de pesquisas extensas que tornam-se menos cansativas pelo acesso rápido e prático. O mundo jurídico digital hoje engloba e abstrai de tudo o que já existiu e ainda há de existir.

Os dados pessoais, segundo Lin Cristina Tung Panek (2019, p.11) ficam armazenados em programas no computador, sendo estes digitalizados e armazenados com segurança. Uma vez armazenados, usuários podem ter acesso por meio das redes de compartilhamento, que realizam uma ponte entre os bancos de dados.

Nesse sentido, destaca-se a forma com que são protegidos juridicamente os dados dos usuários nos sistemas digitais, tendo em vista que nesta operação, tem-se sujeitos detentores de direitos, sendo eles o autor, o titular e o usuário (PANEK, 2019, p.13)

Assim, Lin Cristina Tung Panek (2019, p.13) define quem são os três sujeitos:

O primeiro é aquele que efetivamente criou a base de dados, e tem a possibilidade de ser titular dos direitos autorais da mesma, e deste modo, dado ao aspecto de individualização direito autoral, deverá ser pessoa física. Importe ressaltar existindo co-autoria, mais de um autor poderá se valer do direito autoral. O titular, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. O titular originário do banco de dados é sempre seu criador, e como tal, poderá disponibilizar a bases de dados à terceiros, através de contrato ou, em caso de seu falecimento, haverá a sucessão causa mortis. O terceiro adquirente, desta maneira, torna-se o titular derivado. Destaca-se que os direitos autorais são personalíssimos, e desta maneira, cria-se apenas uma concessão para que o titular derivado possa usufruir da comercialização, distribuição e utilização das bases de dados. Por fim, o usuário da base de dados é o consumidor⁸, a pessoa física ou jurídica que adquire e usufrui da criação.

Inegavelmente, a revolução tecnológica proporcionou não somente a facilidade na coleta e tratamento de dados, como sua essencialidade em todos os ramos, seja para fins comerciais e empresariais, como para fins educacionais, de pesquisa e lazer (PANEK, 2019, p.13)

Desta forma, Reinaldo Demócrito (2002, p.26) aduz que:

A disseminação do uso de computadores fez com que, nos dias atuais, não somente as agências governamentais que tradicionalmente coletavam dados pessoais, a exemplo dos Correios, os Departamentos de Trânsito e as repartições do Fisco, funcionassem como poderosos centros de processamento de informações pessoais, mas também todas as empresas privadas hoje adquiriram os meios para coletar, manipular, armazenar e transmitir dados de uma forma simples e a um custo relativamente baixo.

Logo, pode-se afirmar que há necessidade de reflexão dos legisladores neste quesito, tendo em vista que controlar os dados pessoais disponíveis nos bancos de dados digitais está se tornando uma tarefa cada vez mais complexa, e em relação ao acesso de terceiros aos dados pessoais está cada dia mais fácil o acesso, portanto, a autonomia e a liberdade do titular dos dados estão sujeitas a violações a todo o momento, o que não deveria ocorrer.

Privacidade na era digital

O instituto “privacidade” tem evoluído nas legislações internacionais e nacionais, e vem sendo considerada um objeto que precisa ser discutido, já que, a população anseia por direitos que os protejam, então, o legislador busca atender esses anseios da população (GUIMARÃES, 2020)

Maciel (2019) aduz que para compreendermos a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil, é importante observar como a privacidade tornou-se um direito fundamental, sujeito à proteção pelo estado jurisdicional e como permaneceu ou, até mesmo, tornou-se ainda mais importante com o avanço das tecnologias.

Marcelo Carneiro Guimarães (2020) informa que em 1824 a questão da privacidade foi abordada de forma mais implícita ao se referir ao Segredo de Carta e Inviolabilidade da Casa, ou seja, são termos muito materiais e havia a necessidade de rompimento de matéria física. Havia a proteção sobre a quebra de barreira e não o conteúdo presente.

No entanto, naquele momento, a privacidade estava submetida a um conceito mais lastreado na propriedade, ou seja, a carta magna protegia o meio físico e não o conteúdo em si. Por isso, vê-se apenas referência ao sigilo da correspondência e à inviolabilidade do domicílio. Perceba-se que não há uma proteção da privacidade por si só, pelo seu conteúdo ou por um aspecto mais subjetivo. O que se protegia ali era a invasão, o ato de romper barreiras físicas. (MACIEL, 2019, p. 7)

No Brasil, a saga da Privacidade e da Proteção aos Dados Pessoais se iniciou no ano de 1988 com a promulgação da Constituição Federal, que prevê a proteção à vida privada no rol de direitos fundamentais (GUIMARÃES, 2020), conforme dispõe o art.5º, inciso X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação “

Para Silva (2013, p. 132), o direito à intimidade é o direito de defender e preservar um âmbito íntimo, variável segundo o momento histórico imperante, no qual estas possam desenvolver sua personalidade, bem como o poder de controlar suas informações pessoais.

A privacidade adquire maior profundidade e também um novo conteúdo, levando em consideração a cultura da transparência dominante, também busca “resguardar o cidadão com relação aos dados informatizados” (LIMBERG, 2007, p. 58).

Com a sociedade da informação, de acordo com Julia Prado Dantas (2020, p.21) surgem novos meios de invasão da privacidade, especialmente como consequência de os dados pessoais dos indivíduos estarem contidos em uma multitude de servidores espalhados pelo mundo. Por esse mesmo motivo, também é mais difícil identificar e punir os autores de tal violação.

A invocação em defesa da privacidade, de fato, não parte somente de quem pretende uma garantia total de intimidade, que chegue às raias do anonimato. Com intensidade comparável, a mesma invocação é feita pelos que têm a sua privacidade violada em virtude de comportamentos de quem, permanecendo anônimo, torna impossível, ou especialmente difícil, a adoção de contramedidas. (RODOTÁ, 2008, p. 122)

Logo, a privacidade projeta-se para além de sua definição tradicional e passa a ser apresentada como parte indispensável da liberdade existencial, uma “tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e estigmatização social” (RODOTÁ, 2008, p. 144).

Nesse mesmo esboço, Stefano Rodotá (2008, p.129) aduz que:

A tecnologia altera assim, profundamente, a função sociopolítica da privacidade, que se projeta bem além da esfera privada, para se tornar elemento constitutivo da cidadania. E a sua definição, por muito tempo ligada unicamente ao ‘direito de ser deixado só’, dilata-se e volta-se para a direção da ideia de uma tutela global das escolhas da vida contra qualquer forma de controle público e de estigmatização social, em um quadro caracterizado pela liberdade das escolhas existenciais e políticas.

Para o fortalecimento contínuo da proteção jurídica e para a ampliação das fronteiras do direito à privacidade, é necessário considerar-se as transformações trazidas pela tecnologia e como ela afeta as estruturas de poder presentes na sociedade (DANTAS, 2020, p. 23)

ANÁLISE DAS INOVAÇÕES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

Apesar de o direito brasileiro já contemplar normas sobre a gestão de dados, as mesmas não eram suficientes, seja em razão da falta de eficácia, seja em razão de não terem tratado o tema com a profundidade necessária, haja vista a onipresença da tecnologia em nossas vidas (OLIVEIRA; LOPES, 2020, p. 59).

Em meio a tantos casos de vazamentos de dados, Marcelo Guimarães (2020) aduz que:

Escândalos e vazamento envolvendo aplicativos e redes sociais, era um assunto que muito se comentava sobre mudanças que deveriam ser feitas para reger o Direito na Internet, ou seja, o Direito Digital com o objetivo principal proteger os dados dos usuários, com isso, iniciou-se em 2014 com o Marco Civil da Internet (MCI) a importante discussão e a regência sobre esse tema.

A LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) surgiu com o intuito de complementar o Marco Civil, de forma mais detalhada do que o Marco Civil da Internet fez, regulando novos direitos e deveres das pessoas envolvidas nas relações virtuais (GUIMARÃES, 2020).

Sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, pode-se dizer que:

Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, além de que, seu objetivo é de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural, inclusive nos meios digitais, mas vale para todos os ambientes, como dito em seu artigo 1º. (GUIMARÃES, 2020)

De acordo com Pedro Paulo Vieira de Novaes Filho (2020, p.12) a Lei nº 13.709/2018 trouxe:

Os princípios da finalidade, adequação e necessidade visam impedir a utilização dos dados pessoais para fins indevidos, isto é, em prejuízo do titular. Já os princípios do livre acesso, qualidade dos dados e transparência garantem ao titular a possibilidade de consultar e retificar suas informações armazenadas em bancos de dados. Bem como os princípios da segurança, prevenção e responsabilização e prestação de contas determinam a utilização de mecanismos de segurança adequados

Somado a isso, a motivação deverá condizer com a informação solicitada, presentes a pertinência e adequação com relação finalidade informada, conforme traça o princípio da adequação. O tratamento, ainda, deverá se limitar ao mínimo indispensável ao atendimento das finalidades com dados apropriados, não excessivos e proporcionais à finalidade, nos moldes do princípio da necessidade, conforme dispõe o art. 6º, III, da LGPD (GARCEL, 2020, 340).

A autora Adriane Garcel (2020, p.341) aduz que:

O princípio da segurança física e lógica impõe a necessidade de utilização de medidas técnicas e administrativas eficientes à proteção dos dados. Trata-se da implementação e gerenciamento de um sistema eficiente e abrangente de governança e gestão de riscos de segurança da informação que leve em conta a complexidade da problemática da proteção de dados. O princípio da prevenção impõe, ainda, ao responsável pelos dados, a obrigação de que essas medidas e políticas qualitativas se deem previamente de modo qualitativo com o fim de evitar eventuais danos oriundos do tratamento dos dados. Outrossim, os dados pessoais não poderão ser usados com o fim de promover discriminação do titular dos dados de qualquer natureza, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas (art. 3º, III e IV). Caso o uso acarrete prejuízo ou viole quaisquer

regras do ordenamento jurídico, ensejará responsabilização civil, nos termos do princípio da responsabilização que exige ainda, o acompanhamento pelas autoridades competentes do processamento dos dados impondo sanções quando houver descumprimento da lei. Paralelamente, o princípio da prestação de contas trata da necessidade de comprovação da adoção das medidas adequadas.

Além destas inovações, a Lei define em seu art. 5º as responsabilidades concernentes ao controlador, operador, encarregado, agentes de tratamento entre outros, sendo a eles declarado a responsabilidade pelo tratamento de dados.

Bem como preserva a liberdade de expressão, informação, comunicação, livre opinião, a liberdade de iniciativa e livre concorrência, com a defesa do consumidor; tutela a democracia, os direitos mais sensíveis da personalidade da pessoa humana e sua dignidade (SERPRO, 2020).

De acordo com Adriane Garcel (2020, p.333) um dos objetivos da Lei é a de:

Garantia de que a pessoa se cientifique acerca de quais dados estão sendo acessados, coletados e armazenados, para qual fim e por quem, o que fica evidente a partir da análise dos princípios que regulamentam a proteção de dados no país dispostos no art. 6º da Lei – boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

Por sua vez, o art. 11 da LGPD estipula exigências ainda mais rigorosas para os dados pessoais sensíveis, que só podem ser armazenados com o consentimento expresso para finalidade específica ou quando indispensável (FILHO, 2020, p.14)

Destaca-se, que a inovação primordial trazida pela Lei foi a de criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), conforme previsto no art. 55-J, que possui como objetivo a responsabilização pela fiscalização do descumprimento da legislação de tratamento de dados (FILHO, 2020, p.15).

No entanto, embora algumas das novidades demonstradas possuem suma importância no dia a dia dos usuários, a ANPD, grande marco trazido pela Lei de proteção de dados, ainda não foi efetivada, o que evidencia que a finalidade de fiscalização efetiva ainda não foi aplicada.

A proteção de dados pessoais como um direito fundamental

A proteção de dados contribui para a constitucionalização da pessoa, e se configura como um recurso para o livre desenvolvimento da personalidade, podendo ainda ser vislumbrada como um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio (RODOTÀ, 2008, p. 17).

Ao reconhecer o princípio da dignidade humana em seu artigo 1º, III, a Constituição Federal de 1988 se tornou um verdadeiro marco normativo da tutela dos direitos da personalidade, e trouxe também outras garantias, tais como a liberdade de expressão, art. 5º, IX, e o direito à informação, art. 5º, XV. (CARVALHO, 2021, p.18)

Destarte, a previsão na Constituição Federal quanto à proteção de dados ser direito fundamental, o desenvolvimento pleno da personalidade implica a salvaguarda de um amplo rol de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, dentre elas, a autodeterminação informativa contemplada na proteção de dados (GARCEL, 2020, p.344)

Para Tepedino (2004, p. 47), os direitos da personalidade não precisam estar concentrados como um único direito subjetivo representados a partir de múltiplas classificações para promover ampla proteção da pessoa em todos os seus aspectos.

No Código Civil, conforme Luiza Moreira de Carvalho (2021, p.18) também pode se observar, que a dignidade humana se tornou centro da tutela jurídica, especialmente no bojo do capítulo referente aos direitos da personalidade. O sujeito, antes lido como neutro, passou a ser compreendido enquanto pessoa, aí está o foco de tutela de todo o ordenamento jurídico.

Na era da informação, o fenômeno da datificação constitui um cenário de novos desafios para a tutela da personalidade humana, pois a sociedade e economia se orientam a partir das atividades de controle e armazenamento de dados pessoais efetivadas pela economia de dados para mapeamento e categorização do perfil dos indivíduos, titulares das informações (CARVALHO, 2021, p.19)

Nesse sentido, Bioni (2020, p.54) aduz que:

Os direitos da personalidade são uma noção inacabada que deve ser cultivada, especialmente frente ao abordado manancial de dados produzidos pelas pessoas na sociedade da informação. Por meio dessa premissa, será possível identificar uma nova variante dessa categoria jurídica para nela enquadrar a proteção dos dados pessoais.

Para Frazão (2019, p.57) todos estão sendo vigiados, ao passo que:

O Big Data vigia todos os nossos passos, sendo capaz de capturar todas os rastros digitais deixados ao utilizarmos a Internet. É pouco provável uma compreensão acerca da dimensão do poder dos dados na sociedade contemporânea, mas essa alta capacidade de vigilância confere às plataformas digitais o poder sobre as escolhas dos indivíduos, influenciando-os e limitando-os em suas atividades e experiências.

Nesse sentido, a fim de delimitar a responsabilidade pela proteção de dados, tem-se que o princípio da transparência é de suma importância, assim Castro (2005, p.229) elucida que:

[...] implica que o responsável de um tratamento de dados, devidamente identificado, deve dar a conhecer ao titular dos dados a realização do tratamento que lhe respeite, indicando, nomeadamente, os seus fins, categorias de dados tratados, período de conservação dos dados, eventuais comunicações dos mesmos, etc

Os princípios da licitude e lealdade correspondem, o primeiro: cumprir com as regras, normas e leis sujeitas, a observar a boa-fé e, o segundo: com a transparência devida. Além do mais pode também considerar-se desleal a recolha de informações quando os titulares dos dados não possam opor-se à sua recolha (CASTRO, 2005, p. 235).

Dessa forma, conclui-se que a preocupação com as possibilidades infinitas de combinações de dados pessoais, associadas a poderosas habilidades de pesquisa e a impressionantes capacidades de armazenamento, todas potenciadas pelo uso da informática, levaram a construção deste direito, que foi sendo acolhido como um novo direito fundamental (CASTRO, 2005, p. 29).

O descumprimento do dever de proteger e as sanções aplicadas aos violadores diante da falha da ANPD

Antes mesmo do advento da LGPD (BRASIL, 2018), a responsabilização civil pelo tratamento inadequado de dados pessoais estava implícita no Ordenamento Jurídico brasileiro, com base nos direitos à vida privada e à intimidade, previstos na Constituição (FILHO, 2020, p.29). Assim:

(...) uma vez que o consumidor é tutelado pela própria Carta Maior e tem seu direito à proteção de dados assegurado constitucionalmente, seriam dispensáveis instrumentos infralegais específicos para que se viabilizasse a proteção dos dados pessoais do consumidor. (MORAES; QUEIROZ, 2019, p. 130)

A Lei Geral de Proteção de Dados, especificamente em seus artigos 42 a 45, dispõe sobre a responsabilidade civil, nesse viés, de acordo com Pedro Paulo Vieira de Novaes Filho (2020, p.31) há duas correntes doutrinárias a respeito da responsabilidade prevista na referida Lei:

Uma sustenta que a responsabilidade civil é objetiva, enquanto a segunda entende que o legislador estabeleceu a responsabilidade subjetiva. Contudo, em razão da recentidade da LGPD (BRASIL, 2018), ainda não é possível afirmar categoricamente qual das duas gozará de maior prestígio doutrinário e jurisprudencial.

Em relação a responsabilidade objetiva, tem-se o posicionamento de que a norma regulamenta uma série de deveres a serem seguidos pelo controlador e pelo operador, o que demandaria uma análise da culpa para aferir se as obrigações foram efetivamente descumpridas (FILHO, 2020, p.32)

Já a responsabilidade subjetiva, considerada não coerente diante das disposições legais:

Em relação aos danos causados em relação ao tratamento indevido de dados pessoais, é necessário que se compreenda a existência de um dever de segurança imputável aos agentes de tratamento (controladores e operadores de dados), que é segurança legitimamente esperada daqueles que exercem a atividade em caráter profissional, e por esta razão presume-se que tenham a expertise suficiente para assegurar a integridade dos dados e a preservação da privacidade de seus titulares. Daí porque a responsabilidade dos agentes de tratamento decorre do tratamento indevido ou irregular dos dados pessoais do qual resulte o dano. Exige-se a falha do controlador ou do operador, que caracteriza o nexo causal do dano. Contudo, não se deve perquirir se a falha se dá por dolo ou culpa, senão que apenas sua constatação é suficiente para atribuição da responsabilidade, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do titular dos dados, nas mesmas hipóteses de hipossuficiência e verossimilhança que a autorizam no âmbito das relações de consumo (art. 42, § 2º, da LGPD). (MIRAGEM, 2019, p. 26)

Logo, tratando-se de violação ao dever de proteção dos dados pessoais ocorrido no âmbito da relação de consumo, conforme prevê Pedro Paulo Vieira de Novaes Filho (2020, p.32) a responsabilidade civil decorrente do descumprimento das disposições da LGPD (BRASIL, 2018) ou dos arts. 43 e 44 do CDC, por parte dos fornecedores, responsáveis pela prestação do serviço, será objetiva, nos termos do art. 14 do CDC.

Por outro lado, o Código Civil em seus artigos 186 e 187, define que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Da mesma forma, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002)

Consequentemente, para que sejam produzidos os efeitos da responsabilidade civil, é essencial a configuração de três determinantes, quais sejam: a conduta, o nexo de causalidade e o dano (TEIXEIRA, 2020, p.46)

Nesse sentido, Vieira (2019, p.28) elucida que:

A conduta pode ser ação ou inação; comissiva ou omissiva; própria ou de terceiros; lícita ou ilícita; derivada de fato, coisa, produto ou animal. O nexo de causalidade liga a conduta do agente ao dano sofrido pela vítima. Para que surja o dever de indenizar é preciso que o dano verificado seja consequência da ação ou omissão do agente. O dano é a lesão a um bem jurídico.

Destaca-se, que em relação a LGPD, as sanções administrativas trazidas pela nova lei, com aplicação àqueles chamados agentes que fazem o tratamento de dados, caso estes violem alguma norma preconizada na legislação, terão como sanção as disposições previstas no artigo 52, advertência, multa simples e multa diária.

Entretanto, apesar da importância desse viés na condução de suas atividades, a ANPD efetivamente não exerce suas competências punitivas, na medida em que situações envolvendo vazamentos de dados pessoais passaram a ser cada vez mais recorrentes no cenário atual (RIBEIRO, 2022, p.1)

Logo, apesar de as sanções previstas no art. 52 da LGPD já estarem vigentes desde 01/08/2021 e já ter sido publicado o Regulamento sobre o processo de fiscalização, a ANPD ainda não exerceu suas atribuições repressivas (RIBEIRO, 2022, p.1)

Isso porque, de acordo com Vitória Ribeiro (2022) estão pendentes de regulamentação as questões relacionadas às metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa, aspecto este que é fundamental para garantir a segurança jurídica do processo de fiscalização.

A atuação da ANPD é essencial, ainda, para garantir o controle pelos titulares sobre seus Dados Pessoais, mediante fiscalização de eventuais violações aos mesmos (ACADEMY, 2020, p.2), nesse mesmo sentido, pode-se dizer:

É imprescindível, que se dê imediata atenção à retirada da ANPD do papel para que seja garantida a preservação de direitos e a segurança jurídica essenciais ao ambiente de negócios saudável, contribuindo, ainda, para o livre fluxo internacional de dados pessoais e o reconhecimento do Brasil como um País adequado às melhores práticas internacionais. (ACADEMY,2020, p.2)

Desta forma, a omissão do Executivo com relação à implementação de medidas para a atuação plena e eficaz da ANPD afronta princípios constitucionais e impacta diretamente os direitos fundamentais dos titulares dos Dados Pessoais (ACADEMY, 2020, p.2).

CONCLUSÃO

A proteção de dados pessoais é um direito de personalidade do indivíduo, considerado direito fundamental, e sua proteção está ligada ao direito à privacidade e a dignidade da pessoa, conforme dispõe a Constituição Federal.

Quando uma pessoa tem acesso ao bando de dados, e conseqüentemente aos dados pessoais de terceiros, o direito a privacidade é automaticamente violado. Embora tenha sido promulgada a Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados, as normas previstas no papel não é o suficiente para combater as violações de informações.

A referida Lei até trouxe algumas inovações que aparentemente chamam a atenção dos cidadãos comuns, no entanto, a sua real aplicabilidade e eficácia existe somente nos ditames da lei, como por exemplo a ausência de efetividade da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que possui como objetivo a fiscalização do descumprimento da legislação de tratamento de dados pelas pessoas previstas em seu art. 5º.

Logo, considerando a ausência de eficácia de uns dos pontos mais importantes trazidos pela Lei nº 13.709/2018, muitas pessoas ainda são vítimas de invasões e vazamento de dados pessoais, o que demonstra erros e falhas na eficácia da Lei em questão, que necessitam ser superados e revolucionados para que seu objetivo seja aplicado no dia a dia da sociedade.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento. Forense; Edição: 2. 2019.

BIONI, Bruno Ricardo; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 9, n. 3, p.1-23, 2020.

BRASIL.CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988,Brasília, 5 de Outubro de 1988; Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 de jun de 2022.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 set.2022.

_____.LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018,Brasília, 14 de Agosto de 2018; Presidência da República, Secretária-geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 02 de jun de 2022;

____. LEI Nº 13.787, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2018, Brasília, 27 de Setembro de 2018; Presidência da República, Secretária-geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13787.htm. Acesso em: 02 de jun de 2022;

____. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954, DE 17 DE ABRIL DE 2020, Brasília, 17 de Abril de 2020; Presidência da República, Secretária-geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm. Acesso em 17 de jun de 2022;

CARVALHO, Luiza Moreira de. A responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados: natureza da obrigação e requisitos para o pedido de indenização individual. 2021. Disponível em: <https://www.monografias.ufop.br/bitstream/35400000/3053/6/MONOGRRAFIA_ResponsabilidadeCivilLei.pdf>. Acesso em: 27 de ago. 2022.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais. Coimbra: Almedina, 2005.

DANTAS, Julia Prado. Tensão entre o direito à privacidade e o direito à informação diante das novas tecnologias. 2020. Disponível em: <Repositório Institucional da Universidade Federal de Sergipe - RI/UFS: Página de Busca>. Acesso em: 08 set. 2022.

DONDA, Daniel. Et al. Guia Prático de Implementação da LGPD. Editora Labrador, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004. p.37

FILHO, Pedro Paulo Vieira de Novaes. A lei geral de proteção de dados: a responsabilidade civil dos fornecedores pelo tratamento inadequado dos dados pessoais. 2020. Disponível em: <http://repositorio.fdv.br:8080/handle/fdv/996>. Acesso em: 13 set. 2022.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção de dados pessoais. Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23-52.

GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de; HIPPERTT, Karen Paiva. Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica. Coletâneas de artigos jurídicos: em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto. Viviane C. de S. K., Adriane G., José L. de S. N. 1.ed., Curitiba: Clássica Editora, 2020. ISBN 978-65-87965-03-1. pg 319-344.

GUIMARÃES, Marcelo Carneiro. Direito Digital: A nova era dos dados e da privacidade. 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/308/1/Marcelo%20Carneiro%20Guimar%20c3%a3es%20-%20Trabalho%20de%20Conclus%20a3o%20de%20Curso.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

LIMBERG, Têmis. O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HOSTERT, Ana Claudia. Proteção de dados pessoais na internet: a necessidade de lei específica no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Disponível em: <Proteção de dados pessoais na internet: a necessidade de lei específica no ordenamento jurídico brasileiro (ufsc.br)>. Acesso em 10 set. 2022.

MALDONATO, Viviane N. Et al. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARIGHETTO, Andrea. A dignidade humana e o limite dos direitos da personalidade. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalidade>. Acesso em: 16 ago. 2022.

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1009, p. 173-224, nov. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. Cadernos Adenauer, Rio de Janeiro, n. 3, p. 113-136, out. 2019

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. IN: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PANEK, Lin Cristina Tung. Lei geral de proteção de dados nº 13.709/2018: uma análise dos principais aspectos e do conceito privacidade na sociedade informacional. 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/68114>. Acesso em: 08 set.2022.

PINHEIRO, Patricia P. Et al. Proteção de Dados Pessoais – 3ª Edição 2021. Saraiva Jur, 2021.

RIBEIRO, Vitória. O processo de fiscalização da LGPD pela ANPD e o seu papel preventivo e orientativo. 2022. Disponível em: <https://www.privacidade.com.br/o-processo-de-fiscalizacao-da-lgpd-pela-anpd-e-o-seu-papel-preventivo-e-orientativo/>. Acesso em 13 set.2022.

REINALDO, Demócrito. Direito da informática: temas polêmicos. Bauru/SP: EDIPRO, 2002.

RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SERPRO. Objetivo e abrangência da LGPD. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/tratamento-dos-dados/objetivo-e-abrangencia-da-lgpd#:~:text=A%20Lei%20Geral%20de%20Prote%3%A7%C3%A3o,da%20personalidade%20de%20cada%20indiv%3%ADduo>. Acesso em: 21 ago. 2020.

SILVA, Felipe Stribe da. Proteção da intimidade nas redes sociais da internet: uma revisão do conceito de intimidade como forma de adaptação de seu sistema de proteção para os indivíduos membros das redes sociais da internet. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v. 2, n. 1, p. 109-141, jan./jun. 2013. Disponível em: <PROTEÇÃO A INTIMIDADE NAS REDES SOCIAIS NA INTERNET: UMA REVISÃO DO CONCEITO DE INTIMIDADE COMO FORMA DE ADAPTAÇÃO DE SEU SISTEMA DE PROTEÇÃO PARA OS INDIVÍDUOS MEMBROS DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET | Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global (ufsm.br)>. Acesso em: 10 set. 2022.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 178.

TEIXEIRA, Guilherme Cardoso. O papel social da lei geral de proteção de dados no Brasil. 2020. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/7514/1/Monografia%20Guilherme%20Cardoso%20Teixeira.pdf>>. Acesso em: 25 ago.2022.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019.

TEPEDINO, Gustavo – FRAZÃO, Ana – OLIVA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. Revista dos Tribunais. 2ª Tiragem. 2019.

VIEIRA, Victor Rodrigues Nascimento. Lei geral de proteção de dados: uma análise da tutela dos dados pessoais em casos de transferência internacional. 2019. 77 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/26233>. Acesso em: 5 ago. 2022

WACHOWICZ, Marcos. A proteção jurídica das bases de dados em face da revolução da tecnologia da informação. Artigo atualizado e originalmente publicado na revista de direito autoral, São Paulo, V. III, p. 59-84, 2005.

33 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DA OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Luis Gustavo Liberato Tlzzo
Lyzandra Lanziani Mendes

RESUMO: O presente trabalho possui como objetivo o resultado em pesquisas jurídicas em obras de diversos autores, bem como estudar o instituto da responsabilidade civil que o Estado possui em face da má prestação dos serviços de saúde à população brasileira. O atual tema possui uma grande relevância dentro da sociedade, tendo em vista a saúde como um dos direitos fundamentais de extrema importância para toda e qualquer pessoa, sendo que a omissão do Estado em prestar serviços básicos de saúde à população causa danos graves, e muitas vezes irreversíveis, fazendo com que o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que é o norteador do ordenamento jurídico, seja desrespeitado. No presente trabalho será abordado quais as consequências geradas pelo Estado ao deixar de cumprir, ou até mesmo cumprir de forma errônea, os serviços de prestações de saúde, gerando assim o dever de indenizar a vítima de forma pecuniária como consequência da reparação do dano causado.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Responsabilidade Civil do Estado. Serviços de saúde. Direito fundamental.

ABSTRACT: The presente work has a objective the result in legal research in Works of sereval authors, as well as to study the institute of civil responsibility that State has in the face of the poor provision of health services to the Brazilian population. The current issue has great relevance within soviety, considering health as one of the fundamental rights of extreme importance for each and every person, and the state's failure to provide basic health services to the population causes serious damage, and many sometimes irreversible, causing the principle of human dignity, a principle that guide the legal system, to be disrespected. In the present work, it will bw discussed the consequences generated by the State when it fails to comply, of even erroneously, the services of health services, thus generating the duty to indemnify the victim in a pecuniary way as a consequence of repairing the damage caused.

Keywords: Civil Liability. State Civil Liability. Health services. Fundamental right.

1 INTRODUÇÃO

Analisar a responsabilidade que o Estado possui em face da omissão nos serviços de prestação de saúde à população brasileira é de extrema importância nos dias atuais, não podendo haver irresponsabilidades por parte do Estado diante dos serviços de prestações de saúde. Assim, ao longo do presente trabalho, será examinado os pressupostos da responsabilidade civil, com enfoque nos princípios norteadores dos direitos fundamentais existente na atual Constituição Federal.

O Estado possui o dever de assegurar para todos os brasileiros os direitos fundamentais estabelecidos no art. 6º, CF/88, onde a saúde está presente no rol elencado. Ao falar em saúde, detona-se uma deficiência em relação a efetividade da proteção desse direito, fazendo com que haja um choque entre o dever de assegurar que os direitos essenciais sejam cumpridos e a não efetivação do mesmo.

Com as mudanças em nossa sociedade, a Constituição da República trouxe em seu dispositivo inúmeros artigos para que haja efetiva consumação dos direitos fundamentais, e ao descumprir o seu papel, caberá o Estado responder por eventual conduta praticada e suas consequências.

Assim, ao analisar esse instituo jurídico, o qual faz parte do direito das obrigações, chega-se à conclusão de que o agente que contrariar o bem jurídico tutelado, por qualquer tipo de ato, será obrigado a reparar o prejuízo ocasionado, tanto em relação as circunstâncias materiais, quanto às morais.

Ocorre que por diversos fatores, o Estado não consegue cumprir com a sua obrigação e, em decorrência disso, os cidadãos brasileiros estão cada vez buscando mais o judiciário para conseguir a efetivação do direito à saúde, surgindo assim o fenômeno da judicialização, o qual possui impactos significativos dentro do ordenamento jurídico.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Um dos temas de grande importância social e com uma crescente relevância no ordenamento jurídico se trata sobre a responsabilidade civil. Tema que os tribunais brasileiros, cada vez mais, declinam-se acerca de reconhecer os danos patrimoniais e morais. (NADER, 2016, p. 31)

Assim, a responsabilidade civil, para Sergio Cavalieri Filho, é um dever jurídico decorrente de toda ação ou omissão, gerando uma violação do bem jurídico e um eventual dever de reparar o dano causado.

Nesse mesmo viés, Silvio de Salvo Venosa ensina que o instituto da responsabilidade civil decorre de toda atividade que gera certo prejuízo, abrangendo o dever indenizatório.

Sob a ótica da responsabilidade civil que decorre do Estado, sabe-se que este possui a obrigação de reparar o dano causado e sofrido pela vítima, tendo como pressuposto a exigência de que certa obrigação não tenha sido cumprida.

2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Inicialmente, para compreender de fato o instituto da responsabilidade civil deve-se analisar a sua contextualização histórica, bem como seu desenvolvimento e suas espécies.

A responsabilidade civil teve seu surgimento e desenvolvimento nos primórdios da civilização, ainda quando os seres humanos viviam em grupos, onde o dano provocado acarretava em uma sanção sem regras e limites estabelecidos, dominando-se a forma primitiva de vingança privada. (GONÇALVES, 2022, p. 33).

Após a fase da vingança privada, surgiu a chamada Lei de Talião, a qual era usada basicamente para responsabilizar o agente causador do dano, sendo a proporcionalidade como parâmetro na forma de “olho por olho e dente por dente”, com o intuito de vinga-se pelo dano sofrido. Contudo, com o surgimento da Lei de Aquília, originou-se a regulamentação da restauração do dano causado, surgindo assim o dever de indenizar a vítima com o ônus da reparação. (GONÇALVES, 2022, p. 34.)

Nessa lógica, a responsabilidade tem suas raízes ligadas ao verbo da língua latina que corresponde a palavra spondeo, o qual traduz a ideia de responder ou prometer algo em troca. Assim sendo, Gonçalves (2021) apresenta que a origem da palavra responsabilidade está há muito tempo presente em nossa sociedade, conforme ensina:

A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina spondeo, pela qual se vincula o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social (GONÇALVES, 2021, p. 10)

Aponta ainda Gonçalves (2021) que a palavra responsabilidade acarreta em si o significado de equilíbrio, ou seja, a reparação do dano deverá ser compensada. Além disso, o autor nos esclarece que o ser humano possui inúmeras atividades e ações que vão gerar vários tipos de responsabilidades, bem como estarão presentes em todos os ramos do direito, e conseqüentemente ligados diretamente dentro do nosso ordenamento jurídico. (GONÇALVES, 2021, p.10)

Na lição de Paulo Nader (2016, p. 36) “A expressão responsabilidade civil é empregada também em sentido objetivo e para significar o conjunto de normas jurídicas reguladoras do direito de reparação de danos”. Neste mesmo viés, para Nader, ao falar em responsabilidade civil, destaca-se dois deveres e ordens que devem ser observados, sendo eles: a natureza primária e a secundária.

Ambas naturezas se darão em relação a obrigação do agente, sendo ela de cumprir o dever ou de descumprir o mesmo, fazendo com que acabe gerando uma lesão ao patrimônio ou à pessoa (NADER, 2016, p. 35).

Posto isto, a responsabilidade civil surge quando ocorrer um descumprimento de certa obrigação, fazendo com que apareça o dever de indenizar o eventual dano causado. (AZEVEDO, 2019, p. 330). Nessa relação jurídica a vítima se encontrará no polo ativo da ação, e o causador do dano estará presente no polo passivo sendo obrigado a indenizar na proporção do ato. (COELHO, 2014, p. 588)

Assim sendo, a responsabilidade civil possui como seu foco principal o ressarcimento de eventuais prejuízos que a vítima vai sofrer decorrente de atitudes que poderiam ter sido evitadas, sendo prerrogativa do sujeito ativo exigir - ou não - indenizações. (COELHO, Ulhoa, Fabio, 2020, p.149-159)

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SEUS ELEMENTOS

Várias são as teorias utilizadas como base explicativas, e de grande relevância dentro do ordenamento brasileiro, acerca da responsabilidade civil do Estado. Dentre todas as teorias presentes, segundo entendimento de Stolze e Pamplona, a adotada pelo atual ordenamento jurídico brasileiro é a teoria objetivista. (STOLZE; PAMPLONA, 2019, p. 273)

Ao falar em teoria objetiva, a atual Constituição Federal adotou a Teoria do Risco, a qual gera responsabilidade objetiva administrativa na obrigação de indenizar, dispensando a ideia de culpa e bastando apenas o dano. (STOLZE; PAMPLONA, 2019, p. 276).

A teoria do risco traz ao ordenamento jurídico a ideia de que ao causar um dano, caberá ao Estado ter a obrigação de indenizar a vítima, nesse sentido leciona Gonçalves que:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. (GONÇALVES, 2022, p. 63)

Ao se referir a responsabilidade objetiva, a Constituição de 1988 remeteu a ideia do Estado como responsável de uma obrigação jurídica com a finalidade de prestar serviços à sociedade como consequência desta responsabilidade. (NADER, 2017, p. 38).

Sob essa ótica, para que uma conduta possa ser considerada uma das hipóteses da responsabilidade civil deverá se encaixar nos pressupostos indispensáveis, quais sejam: dano, ato ilícito e nexos de causalidade. (GONÇALVES, 2016, p. 63)

2.2.1 ato ilícito

Ao falar sobre o ato ilícito, o qual é o fator gerador da responsabilidade civil, há de se levar em consideração a ação ou omissão, isto é, poderá implicar um ato de fazer a obrigação ou de não a fazer algo que deveria ter feito. (STOLZE; PAMPLONA, 2014, p. 22).

Nesse entendimento, ensina Nader:

É preciso que os prejuízos sofridos por alguém decorram da ação ou omissão do agente contrária ao seu dever jurídico. Se houve a conduta, seguida de danos, mas estes não decorreram daquela, não haverá ato ilícito. (NADER, Paulo, 2016, p. 156)

O ato ilícito está ligado com as atividades que os seres humanos realizam diariamente, assim sendo, o eventual dano reparado se dará em decorrência de um comportamento. Nesse raciocínio, para Gonçalves, para que o agente possa ser responsabilizado efetivamente, deverá ser demonstrado que houve a atitude dolosa ou culposa. (GONÇALVES, 2016)

É de suma importância destacar que dentro do atual Código Civil não há a diferença ontológica entre o dolo e a culpa, sendo irrelevante se o ato praticado foi por meio doloso ou culposo, caberá ao Estado indenizar a vítima independentemente do motivo da atitude do agente. (GONÇALVES, 2016)

2.2.2 dano

Entende-se por dano o prejuízo causado pelo agente, fazendo com que um indivíduo sofra prejuízos, os quais poderão ser econômicos ou não. Assim, a vítima deve comprovar que sofreu um dano, sendo essencial para que tenha o reconhecimento de indenização por parte do agente. (VENOSA, 2018, p. 386)

Para que haja dano deverá haver a prova do mesmo, sendo impossível responsabilizar o agente caso haja ausência das mesmas. Fabio Ulhoa Coelho (2014,) aponta que “a ocorrência de dano é condição essencial à constituição da obrigação de indenizar.” Assim sendo, em caso de não haver dano ou de não poder comprová-lo, não há o que se falar em responsabilidade civil. (COELHO, 2014, p. 300)

Nos termos do artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002, pode-se destacar que o dano é um dos pressupostos essenciais e um dos pilares da responsabilidade civil. (MIRAGEM, Bruno, 2015, p.155)

2.2.3 nexo de causalidade

Por fim, ao falar em nexo de causalidade têm-se pelo vínculo estabelecido entre a conduta e respectivo dano. Pode-se afirmar que esse pressuposto é o elemento imaterial, virtual e espiritual da responsabilidade, onde faz com que as ações da conduta e o dano sejam ligadas entre si. (TARTUCE, Flávio, 2018, p. 291)

Nesse ponto, cabe, portanto, ressaltar que se houvesse a ausência da conduta seria impossível a existência de um dano. Essa ligação, chama de nexo de causalidade, é essencial que a conduta gere uma consequência para a vítima, fazendo com que apareça a responsabilidade indenizatória. (NADER, Paulo, 2019, p. 168)

Para o entendimento de Gonçalves, o nexo causal nada mais é do que a conexão entre a conduta realizada de forma ilícita, no caso da omissão de um direito fundamental, e o dano que vai atingir diretamente a vítima. (GONÇALVES, 2022, p. 69). No mesmo pensamento, para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 151), “somente se poderá responsabilizar alguém cujo comportamento houvesse dado causa ao prejuízo.”

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA DO ESTADO

Como visto anteriormente, falar em responsabilidade civil do estado, há que se analisar o elemento da culpa em sentido amplo, como elemento essencial, decorrente de conduta omissiva e comissiva do agente. Dito isso, nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho:

Responsabilidade Civil do Estado poderá decorrer de duas situações, quais sejam: 1) de uma conduta comissiva do Estado, onde o agente é causador imediato do dano; 2) de conduta omissiva do Estado, em que este não provoca diretamente o dano, mas tinha o dever de evitá-lo. (COELHO, Ulhoa, Fabio, 2020, p. 22)

Nesse viés, a responsabilidade se divide em duas espécies, quais sejam, responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Para diferenciar ambas as modalidades são necessárias a efetiva comprovação de que realmente houve culpa por parte do sujeito passivo da relação, porém, em contrapartida, ambas espécies serão complementares uma da outra. (COELHO, Ulhoa, Fabio, 2020, p. 172)

Assim, conforme Projeto de Lei n. 634-B/75, ou seja, o atual Código Civil, sob os ensinamentos de Reale:

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui

que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.

Conforme exposto acima, na responsabilidade civil subjetiva, a culpa vai ser o elemento essencial e, conseqüentemente, indispensável para que o Estado tenha o dever de indenizar, sendo obrigatório que haja a comprovação da omissão culposa ou dolosa. (GONÇALVES, 2022, p. 62).

Desta forma, para que seja efetivada à indenização, cabe ao sujeito particular da relação jurídica comprovar a ausência da prestação do serviço ou de sua prestação de maneira insatisfatória. Vale destacar que eventuais indenizações, na maioria dos casos recairá de forma pecuniária, satisfazendo assim o dever indenizatório. (COELHO, Ulhoa, Fabio, 2020, p. 230)

Já quando se fala em responsabilidade objetiva há a presença de um vínculo com um ato ilícito, um dano e o nexo de causalidade, independentemente de haver culpa ou não, sendo esse elemento irrelevante quanto ao dever do Estado. Assim sendo, na argumentação de Gonçalves, a teoria objetivista visa indenizar qualquer que seja o dano causado a outrem. (GONÇALVES, 2022, p. 63).

Ao analisar ambas as espécies, denota-se que a responsabilidade do Estado é totalmente objetiva para certos casos, conforme está disposto nos artigos 927 e 931 do atual Código Civil. (COELHO, Ulhoa, Fabio, 2020, p. 214)

Entende-se assim por responsabilidade civil objetiva e subjetiva, conforme retrata Fabio Ulhoa Coelho:

São duas as espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva. Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato ilícito e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica ato ou atos lícitos, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva. (COELHO, Ulhoa, Fabio, 2020, p. 151)

Portanto, apesar do atual Código Civil ter adotado a teoria objetivista, a responsabilidade subjetiva encontra-se presente, não sendo totalmente afastada do nosso ordenamento jurídico. Quando não houver expressamente previsão legal acerca da responsabilidade objetiva, a subjetiva perdura suplementarmente.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTA OMISSIVA

Vale recordar que responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva ocorre quando o Estado tinha o dever legal de agir, porém se omitiu, causando danos a um particular. Em outras palavras, o Estado podia e devia agir, mas deixou de cumprir com sua obrigação, tendo como consequência de sua omissão um dano para o administrado. Assim, quando um terceiro ou um particular sofre algum dano em razão da prática de um agente público o estado precisa indenizar. (GONÇALVES, 2022, p.73)

Ainda, nas lições de Carlos Roberto Gonçalves expõe acerca do tema o ensinamento de que:

A omissão “configura a culpa ‘in omittendo’ e a culpa ‘in vigilando’”. São casos de ‘inércia’, casos de ‘não atos’. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por ‘inércia’ ou ‘incúria’ do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o ‘bonus pater familiae’, nem como o ‘bonus administrator’. Foi negligente, às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental” (GONÇALVES, 2022, p.157)

A responsabilidade civil do estado possui seu fundamento extraído do artigo 37, CF, o qual dispõe que essa responsabilidade será de cunho objetivo, ou seja, não há necessidade de demonstrar dolo ou culpa na ação ou

omissão do agente que gerou o dano para o requerido, bastando assim que seja demonstrada a conduta, o dano causado ao particular e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta. (PEREIRA, Caio, p. 168, 2018),

Assim, tal responsabilidade é fundamentada na teoria do risco administrativo, ou seja, a atividade administrativa gera riscos para a sociedade por consequências de inúmeras atividades exercidas para atender o interesse público. Desse modo, o risco precisa ser coberto por uma reponsabilidade ampliada da administração pública. (PEREIRA, Caio, p. 168, 2018),

A teoria do risco administrativo estabelece que a administração pública, embora responsável por danos causados por seus agentes a terceiros, admite e exclusão da responsabilidade quando presente algumas causas excludentes, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou das principais funções, excludentes do nexo de causalidades que serão: caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou culpa exclusiva de terceiros. Ainda, vale ressaltar que grande parte da doutrina defende que a cláusula de não indenizar se encaixa como um dos casos de excludentes da responsabilidade, ficando restrita para a responsabilidade civil contratual. (TARTUCE, Flávio, 2021, p. 549)

A responsabilidade civil do estado em caso de omissão levanta duas grandes posições doutrinárias, onde a primeira é a que possui maior relação com a teoria objetiva da responsabilidade com base na aplicação do risco administrativo, cujo fundamento está no artigo 37, § 6º, CF. Assim, para Cahali, tal dispositivo legal é aquele regulamenta a responsabilidade objetiva, não se aplicando em caso de omissão, ou seja, há a necessidade da comprovação da culpa do serviço público, sendo necessária apenas o fator do nexo de causalidade. (CAHALI, 2014, p. 32).

Essa primeira posição é defendida por diversos autores onde o STF vem se inclinando cada vez mais, conforme podemos extrair do seguinte acórdão:

A Constituição de 1988 (art. 37, § 6º), está, entre nós, consagrado o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, resultante da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Parece fora de dúvida tenha sucedido, efetivamente, na espécie, omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis, de forma razoável, a fim de ser evitado o homicídio do filho da recorrente, qual acabou por acontecer, no interior do presídio. [...] não apenas o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, implícito no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, mas também a doutrina e jurisprudência tem firmado decisão no sentido de reconhecer a responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, somente cabendo exoneração no caso de culpa exclusiva da vítima, ou motivo de força maior circunstâncias não ocorridas e, portanto, não provada nos presentes autos. (Supremo Tribunal Federal, RE 841526)

Outra posição doutrinária acerca do tema discutido é a teoria subjetiva, a qual se aplica a teoria da culpa do serviço público, onde para haver a culpa do estado em caso de omissão, deve-se comprovar de que o serviço público não funcionou, funcionou mal ou com atraso, tendo em vista que o papel do Estado é de impedir que tal fato ocorra. (MELLO, 2010, p. 1.013)

Ainda, nesse mesmo viés, ensina Fabio Ulhoa Coelho:

A omissão só gera responsabilidade civil subjetiva se presentes dois requisitos: a) o sujeito a quem se imputa a responsabilidade tinha o dever de praticar o ato omitido; e b) havia razoável expectativa (certeza ou grande probabilidade) de que a prática do ato impediria o dano. (COELHO, Ulhoa, Fabio, 2020, p. 179)

Fixada esta premissa, tem-se que a alegação da ocorrência de erro médico ou deficiência no atendimento prestado ao paciente junto ao Sistema Único de Saúde, incide, necessariamente, na responsabilização estatal. Sobre o tema, ensina o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho:

Em busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, valeram-se os juristas da teoria do risco, adaptando-a para a atividade pública. Resultou, daí a teoria do risco

administrativo, imaginada originalmente por Léon Duguit e desenvolvida por renomados administrativistas, teoria, essa, que pode ser assim formulada: a Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se com tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independente da culpa dos seus agentes. (CAVALIERI FILHO, Sérgio, 2007, p. 231/232)

É de suma importância ressaltar que vários são os fatores que podem acarretar em erro médico, tal como a procedência de falhas dentro do ambiente laboral onde pode haver falhas estruturais em decorrência da má prestação dos serviços estatais. (FRANCA, 2014, p. 302)

3. O DIREITO À SAÚDE SOB A LUZ DA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

Na Carta Magna de 1988, atual Constituição Federal, foram incluídas novas leis e princípios que regem o atual ordenamento jurídico brasileiro, onde foi incluído em seu dispositivo legal o direito à saúde como direito fundamental. Além disso, vislumbra em seu preâmbulo que o Estado Democrático de Direito é: “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar [...]”. (BRASIL, 1988)

Portanto, a Constituição Federal vislumbra em seu artigo 5º, onde dispõe dos direitos e garantias fundamentais, que todas as pessoas, são iguais perante a lei, ou seja, todos devem ter os mesmos direitos sob a ótica jurisdicional. Não adianta que seja garantido somente um desses direitos, como o da vida, mas sim que todos os direitos fundamentais sejam garantidos na sua integridade, em sentido amplo, para que todas as pessoas tenham uma vida de forma saudável, sem exclusão. (MASSON, 2019, p.219)

O direito à vida é o bem jurídico mais importante dentre os direitos fundamentais e possui ligação direta com o direito à saúde, bem como com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, conforme expõe Gilmar Mendes, não há que se falar acerca de quaisquer outros direitos fundamentais sem antes assegurar o direito à vida. (MENDES, 2010, p.441)

Na atual Carta Magna, em seu artigo 23, CF, prevê a competência comum de todos os entes federativos com intuito de cuidar para que seja efetivada a sua garantia jurisdicional dos direitos fundamentais, tal como a saúde. Em decorrência disso, a prevenção e precaução em relação a saúde não cabe somente a um ente da federação, mas a todos de forma conjunta, assim, podem ser acionados de modo individual ou coletivamente para responder às questões ligadas à garantia constitucionalmente assegurada. (BRASIL, 1988)

Exposto isso, tem-se que o entendimento acolhido pela Constituição Federal de 1988 trouxe, no âmbito relacionado com a saúde pública, a solidariedade dos entes federativos, no sentido de que mesmo se houver competência da União, esta não excluirá a competência dos Estados e a dos Municípios, conforme se extrai do inciso II do artigo 23 da CF/88. (BRASIL, 1988)

Assim, sob a ótica da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais inerentes a qualquer pessoa, é tratada por uma responsabilidade solidária, ou seja, pode-se requerer de qualquer um dos órgãos da federação, ou até mesmo por todos de uma vez, pois prevê responsabilidade comum. (BRASIL, 1988)

Em muito se fala sobre direito fundamental e social estabelecidos em nosso ordenamento jurídico, sendo que o direito fundamental é aquele que visa garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade e igualdade. Já, em contrapartida, o direito social é aquele que exige que o estado faça algo em face do indivíduo, ou seja, exigem que o estado tenha uma atuação efetiva. (ARAÚJO, 2000, p.71)

Deste modo, a saúde é um direito fundamental e social, devendo ser tratado com a máxima efetividade, sendo que os direitos sociais, previstos no rol do artigo 6º, CF, nem sempre são cumpridos de uma forma inteiramente efetiva pelo estado, sendo alegado, inclusive, muitas vezes a falta de recursos financeiros. (SOUZA, 2010, p. 24)

Ainda que, se ao caso, o Estado não se dispusesse de recursos financeiros suficientes, os quais lhe é repassado pela União, não se negaria a prestação de serviços essenciais, sob pena de alegações de que as verbas

foram desviadas para outros fins que não aqueles estabelecidos na própria Constituição, cabendo a sociedade exigir as devidas prestações de contas. (SOUZA, 2010, p. 24)

O principal artigo que trata sobre a saúde é o artigo 196, CF, onde está disposto que caberá ao estado oferecer todos os recursos necessários para efetivar a saúde mediante as políticas sociais. Ao analisar minuciosamente o contido no dispositivo legal, ao falar em promoção de saúde, o referido artigo se refere que cada indivíduo possui o dever de cuidar da sua própria saúde, ou seja, não bastando somente que o estado seja efetivo e exerça sua função, o cidadão deve ser estimulado a cuidar da sua própria saúde. Ainda, é mencionado acerca da proteção, onde diz respeito a eliminar os riscos de saúde, como o combate à dengue, e pôr fim a recuperação é a assistência médica aos que necessitam.

4. LEI Nº 8.080/1990, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde (SUS) teve o seu surgimento em 1988 prevendo a participação social, ou seja, há a participação direta da comunidade onde qualquer cidadão que quiser se envolver, poderá expressar a opinião. Em decorrência disso, a sociedade não tem somente a saúde como um direito a ser garantido pelo Estado, mas também tem o direito de participação na gestão e administração da saúde no Brasil. (CIOMON, 2013)

Para conceituar acerca do SUS, Rodrigo Nóbrega Farias dispõe:

O SUS foi criado com o objetivo precípuo de promover o acesso universal e igualitário a todos que se encontrem em território nacional e necessitem de atendimento médico-hospitalar, bem como de medicamentos, cirurgias, tratamentos e outras políticas relacionadas à saúde pública, a fim de prevenir ou tratar doenças. O Sistema Único de Saúde é o principal instrumento implantado pelo Estado brasileiro para buscar a efetivação e garantir a saúde pública aos indivíduos, propiciando, de forma gratuita, o acesso dos cidadãos aos serviços de saúde. Para tanto, concebeu-se um sistema presente em todos os entes federativos, de cunho predominantemente descentralizado e preventista. (FARIAS, 2018, p. 73)

Para Souza, o SUS é um direito pertencente aos brasileiros, sem quaisquer distinções, com enfoque de conduzir e orientar os estabelecimentos de saúde de todo o território nacional com atendimento gratuito à população. (SOUZA, 2010, p. 518)

Além disso, é um sistema universal, isto é, qualquer cidadão deverá ser atendido pelo SUS sem distinção, ademais é de suma importância ressaltar que possui característica de equidade onde todos possuem os mesmos direitos para a efetiva prestação íntegra dos serviços necessitados. (NORONHA, 2014, p.365).

É certo dizer que é um sistema descentralizado, não havendo que se falar apenas em só de governo federal ou ministério da saúde, fala-se de União, Estado e Município, sendo um sistema integrado e estando nas três unidades da federação onde cada um tem sua atribuição e responsabilidade tanto administrativa como de financiamento. (SILVA, 2013)

Isto posto, deve-se analisar o integralmente o disposto no artigo 198, CF, o qual aborda sobre a afirmativa de ser um sistema descentralizado, não cabendo somente a União cuidar da saúde, onde qualquer cidadão terá direito a atendimento integral, desde um simples corte até uma doença grave. (BRASIL, 1998)

Assim, nota-se que o Tribunal de Justiça da Paraíba comprova com o exibido acima com uma demonstração de responsabilidade passiva dos três entes públicos, sendo que cada quaisquer deles serão parte legítima que poderá figurar no polo passivo do processo, conforme exposto:

REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS. GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. DIREITO À SAÚDE. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO FORNECIMENTO. DESPROVIMENTO. - O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios,

de modo que qualquer destas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a material para realização de procedimento cirúrgico para pessoas desprovidas de recursos financeiros - O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00015051520158150161, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DESA. MARIA DAS GRAÇAS MORAIS GUEDES, j. em 08-08-2019)

Nesse sentido, por ser o regulado através da seguridade social de todos os entes, corrobora com a ideia de não ser um sistema centralizado, pois assim, como todos contribuem, pode-se requerer recuperação em decorrência de eventual dano de forma solidária.

Em que pese ser um sistema que possui diversas atividades com enfoque na saúde, denota-se uma grande deficiência em atender todos os cidadãos de forma integral e efetiva, fazendo com a necessidade de muitos brasileiros não sejam atendidas, seja por não haver disponibilização de medicamentos, exames, leitos médicos, e em decorrência desse fato, o seu papel é cumprido de forma insatisfatória. (MENICUCCI, 2009).

Ocorre que é notório a precariedade dentro do sistema de saúde pública e em muitas instituições as prestações de serviços fornecidos à população acabam se delongando por anos, gerando assim prejuízos as necessidades de cada indivíduo. Nesse sentido, aponta Souza que o SUS enfrenta desafios diários para a sua consolidação, sendo que a administração de sua organização provoque grandes dificuldades ao acesso populacional aos devidos serviços de saúde, gerando assim uma grande insegurança jurídica. (SOUZA, 2010, p. 519)

Nesse ponto é válido levar em consideração que o atendimento tardio fere o princípio da universalidade e igualdade de acesso aos serviços de saúde. Cabem aos agentes públicos garantirem os meios corretos para a promoção da saúde, usando os recursos da maneira mais correta para que haja o efetivo atendimento q qualquer necessidade coletiva. (ROCHA, 2011)

4.1 AS FALHAS DO SISTEMA DE SAÚDE E O CONFLITO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A atual Constituição Federal, em seu art. 1º, III, traz a positivação da dignidade da pessoa humana como um princípio e fundamentos basilares de todo o ordenamento jurídico, com relevância intervenção nos direitos humanos. (BARRETTO, 2012, p.54)

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro não há uma definição específica acerca do conceito sobre dignidade da pessoa humana, então Alexandre de Moraes, em sua obra, leciona que tal princípio é inerente a todas as pessoas, sendo diretamente ligado com os direitos e garantias fundamentais. (MORAES, 2017)

Assim, conforme aponta Moraes:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (MORAES, 2017)

Portanto, a dignidade da pessoa humana possui como foco específico a obrigação que o Estado possui em garantir à toda e qualquer pessoa humana um patamar mínimo de recursos para que assim sejam garantidos todos os recursos necessários para os direitos básicos, como o direito a saúde. (SPITZCOVSKY, 2006)

Ocorre que, mesmo que a legislação brasileira assegure que todos possuem o direito de atendimento por meio do SUS, há inúmeros problemas estruturais que atingem diretamente a parte financeira, fazendo com que há distribuição de verba não seja efetivamente igualitária. Assim, juntamente com o grande número de demanda, o Sistema único de Saúde enfrenta dificuldade ao atendimento populacional eficaz. (SILVA, 2005)

Diversos são os problemas enfrentados por quem necessita de atendimento do SUS, tendo em vista que a ausência de medicamento, o atendimento médico tardio, a falta de leitos hospitalares. Entre outros, são problemas gravíssimos que os pacientes enfrentam diariamente, gerando danos que, muitas vezes, são irreversíveis. (DANTAS, 2016)

Conforme explica Moraes, quando um agente pratica certo fato que contraria as normas constitucionais fere diretamente o Princípio da Dignidade Humana, sendo que eventual dano causado acarretará na ofensa à integridade moral, corporal e patrimonial da vítima, conforme se extrai do ensinamento:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções 41 transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2017, p.41).

Portanto, além dos diversos conflitos arremetidos ao SUS, o erro e o mal atendimento de saúde acentuam o fato de danos causados a sociedade, gerando o dever do Estado em indenizar a vítima por consequência dos atos praticados por seus agentes. (GONÇALVES, 2022)

5. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE

A responsabilidade civil que o Estado possui é sobre a responsabilização por eventuais atos praticados por seus agentes, assim, compete ao Estado o dever de reparar os danos que seus agentes praticarem a terceiros no desempenho de suas funções nos serviços públicos. (GONÇALVES, 2022, p.73). Assim, esclarece Cury:

O Estado age por intermédio de seus agentes, que são pessoas físicas incumbidas de alguma função estatal e, invariavelmente, causa danos ou prejuízos aos indivíduos gerando a obrigação de reparação patrimonial, decorrente da responsabilidade civil". (CURY, 2005)

Portanto, a judicialização da saúde ocorre com a intervenção do Poder Judiciário em determinadas situações, e conforme se nota no contido na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, a legislação não exclui o dever do Judiciário em analisar as reclamações da lesão ou ameaça de direito. (BRASIL, 1998)

Assim, no dia 11 de março de 2020, no Recurso Extraordinário 566.471, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que todos os Estados brasileiros são responsáveis pela distribuição dos remédios que estão elencados na lista disponibilizados pelo SUS, desde que comprovada a necessidade. Ocorre que, além da comprovação de extrema necessidade e a incapacidade financeira, o Estado não será obrigado a fornecer medicamentos que não estiverem registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Com esse fato, surge a chamada judicialização da saúde, onde o cidadão que necessitar do fornecimento de algum fármaco não elencado no rol do SUS, deverá recorrer ao Poder Judiciário para o recebimento do medicamento necessário, sendo, inclusive, para a própria sobrevivência.

Ao analisar a judicialização da saúde no Brasil, denota-se uma ligação direta com os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, a fim de justificar a má prestação dos serviços básicos. Nesse sentido, Figueiredo discorre:

[...] a garantia de proteção e implementação do denominado 'mínimo existencial', ou seja, das condições materiais mínimas à vida humana com dignidade e saúde, passam pelo fornecimento de prestações materiais que assegurem a vida saudável, ou o mais próximo disso (quando as condições do indivíduo não mais lhe permitam uma vida saudável [...]). O conflito entre o

argumento da 'reserva do possível' e a garantia do 'mínimo existencial' já aparece na jurisprudência e, de modo geral, tem-se resolvido em favor da prevalência deste último, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos à proteção da vida e da saúde (FIGUEIREDO, 2015, p. 56)

Entende-se por judicialização o fenômeno político, social e jurídico que cada vez mais possui relevância dentro do atual ordenamento jurídico, com enfoque no Poder Judiciário, conforme ensina Barreiro e Furtado.

Para Hamacher, existem dois tipos de judicialização, sendo uma benéfica que ocorre quando determinado indivíduo recorre a máquina judiciária para que cumpra determinado direito que já existente. Ocorre também a judicialização maléfica, onde ocorre as desigualdades financeiras e sociais, fazendo com que o direito de certa pessoa seja distinto, com privilégios, em relação aos demais brasileiros.

5.1 OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Na judicialização da saúde, em decorrência do disposto no art. 2 da atual Constituição Federal e com já visto anteriormente, todos os entes federativos possuem autonomia e dependência, devendo haver harmonia entre eles. (BRASIL, 1988)

Na perspectiva de José Afonso da Silva, o poder público possui o dever de regulamentar, fiscalizar e controlar os serviços de saúde, dispondo da obrigação de executar as ações que versarem sobre a saúde. (SILVA, p. 844, 2014)

Nesse viés, o Poder Judiciário possui grande relevância para a idealização de políticas públicas, fazendo com que a judicialização da saúde seja um dos fatores que gera a desigualdade financeira, conforme leciona Farias:

(...) de fato, as inúmeras ações que tramitam no Judiciário restringem a liberdade dos estados e municípios para alocar recursos públicos de saúde segundo prioridades pactuadas, devido aos bloqueios judiciais realizados no orçamento das secretarias de saúde. (FARIAS, 2018, p. 131).

É de suma relevância apontar que as políticas públicas levam em conta a renda de determinado grupo social a fim de priorizar suas ações. Assim, denota-se que quando um agente recorre aos entes federativos para a efetivação do direito à saúde, ocorre recortes nos orçamentos públicos, tendo em vista que devem ser sustentados por tributos, fazendo com que gere a desigualdade financeira entre a população. (FARIAS, 2018)

Para Gebran Neto, ao falar acerca dos efeitos produzidos pela judicialização da saúde dentro do ordenamento jurídica, afirma que haverá impactos positivos se houver auxílio no âmbito da ordenação do sistema constitucional, bem como dentro das políticas públicas.

Posto isso, é notório dizer que quando determinado indivíduo recorre ao Poder Judiciário, haverá uma distribuição não ponderada dos benefícios, fazendo com que apenas uma parcela de brasileiros seja beneficiada, trazendo vulnerabilidade das políticas em favor da coletividade. (NETO, 2014)

6. CONCLUSÃO

Em consonância com os institutos da responsabilidade civil analisados, é possível chegar à conclusão de que quando algum indivíduo sofre lesão, este terá a prerrogativa de ressarcimento do dano, podendo recorrer ao Estado, ou a qualquer um dos entes federativos, para a reparação do dano causado, até mesmo via judicial por meio de uma ação indenizatória.

Como analisado ao longo do texto, é de suma importância lembrar que a saúde é um direito constitucional destinado a todos os indivíduos, não podendo o Estado deixar de suprir com as necessidades básicas de cada ser humano, sendo a saúde uma delas. Assim, sabe-se que o direito à saúde é um direito constitucional assegurados a todos, que engloba todas as condições para uma vida digna aos cidadãos.

Diante da ineficácia do Estado em fornecer os serviços de saúde de forma eficaz, cada vez mais o Poder Judiciário é acionado quando os entes federativos não agem de acordo com a legislação brasileira, havendo assim um conflito direto com a dignidade humana de cada brasileiro.

Um dos fatores que mais acarreta a intervenção do judiciário no âmbito da saúde, fazendo com que o Estado se responsabilize, é a demora da prestação dos serviços de saúde à população brasileira.

Com a ineficiência do Estado em cumprir com o dever de assegurar o direito a saúde, a população brasileira recorre ao Poder Judiciário para garantir o seu direito constitucional.

Em decorrência desse fato, surge o fenômeno da judicialização da saúde, o qual afeta diretamente no orçamento público, fazendo com que tenha que haver cortes na verba orçamentária destinada aos serviços de saúde.

Assim, deve-se haver uma ponderação do Poder Judiciário a fim de que os demais poderes executivos passem a cooperar entre si, ajudando a fornecer os serviços a todos.

Ocorre que, o judiciário deveria estabelecer limites razoáveis para o ingresso de ações para o requerimento de serviços de saúde, para que não seja privilegiado apenas determinada parcela da população, mas sim toda a coletividade.

Portanto, seria de suma importância ao ordenamento jurídico a as políticas públicas do país, que cada cidadão procure primeiramente a via administrativa para pleitear seus requerimentos. Assim, os recursos destinados ao Poder Judiciário para garantir tais pedidos, poderiam ser utilizados para maior eficácia da saúde pública, garantindo assim que esse direito fundamental seja garantido de forma devida.

7. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

BARREIRO e FURTADO, Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. 2015. 22f. Rio de Janeiro, Brasil.

BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm >. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 16 de jul. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 841526/RS. (...) Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, a responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de detento (...). Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: V J DE Q, representado por Simone Jardim. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de março de 2016. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/862888609> >. Acesso em: 16. ago. 2022.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 5.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de responsabilidade civil. 14. ed. rev., atual. e ref. Gen: São Paulo. São Paulo: Atlas, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: obrigações. responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CIOMMON, Renata Di. Quando o cidadão precisa de uma UTI: o drama no atendimento público de saúde. Disponível em: Acesso em 10 de ago. 2022.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Direito à saúde & sua judicialização. Curitiba: Juruá, 2018.

- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 201
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 17. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: SaraivaJur,, 2019.
- GEBRAN, Neto. Direito à saúde: direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas. p. 28. Disponível em <http://www.conass.org.br/consensus/wp-content/uploads/2015/04/Artigo-direito-a-saude.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Brasileiro: responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade Civil. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen. São Paulo: SaraivaJur, 2021
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen. São Paulo: Forense, 2016.
- NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, O sistema único de saúde - SUS. In. GIOVANELLA, Lúgia et al. Políticas e sistema de saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014. p.365-393.
- 5MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.
- PARAÍBA, Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública nº 0001505-15.2015.815.0161. (...) Ação civil pública. Fornecimento de medicamento. Responsabilidade solidária da união, estados-membros e municípios. Garantia do acesso à saúde. Princípio da solidariedade. Direito à saúde. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Garantia constitucional do fornecimento (...). Recorrente: Juízo da 1 Vara da Comarca de Cuité. Recorrido: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desa. Maria Das Graças Morais Guedes, Cuité, 8 de ago. 2019. Disponível em: <<https://app.tjpb.jus.br/consultaprocessual2/views/consultarPorProcesso.jsf>>. Acesso em: 21 de ago. 2022.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 12. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen. São Paulo: SaraivaJur, 2018.
- ROCHA, Julio César de Sá da. Direito à Saúde: Direito Sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SPITZCOVSKY, C. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8382>>. Acesso em: 10 set. 2022.
- TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen. São Paulo: Método, 2021.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Gen. São Paulo: Atlas, 2018.

34A SUPEREXPOSIÇÃO NA ERA DIGITAL E OS IMPACTOS SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE

Tatiana Manna Bellasalma e Silva
Vitória Luiza Souza Oliveira

RESUMO: O presente projeto visa a análise da personalidade ante a superexposição, do contexto da era digital, de sujeitos, a exemplo do influenciador digital, não especificamente só deste tipo de profissional, e a repercussão dos impactos ao direito à privacidade daquele que se expõe em meio virtual. Como o Direito Brasileiro dirime e aplica sanção diante desta questão? Justificando-se que, na internet, tudo o que se compartilha fica registrado e, de tal maneira, pode se perder o controle total sobre quem poderá ter acesso ao conteúdo ali exposto, informações sobre a personalidade, privacidade e intimidade de um indivíduo usadas fora de contexto, podem culminar em prejuízos sérios, tanto no presente quanto no futuro, também do ponto de vista jurídico. Logo, apresenta como objetivo geral: levantar a questão da superexposição de pessoas e profissionais, a exemplo os influenciadores digitais, inseridos na era digital em face da problematização do direito à personalidade e à privacidade. E, como objetivos específicos: expor breves aspectos do advento da popularização da rede mundial de computadores pelo viés das redes sociais, destacar o comportamento dos indivíduos inseridos na era digital atual, e, ressaltar a questão do direito à privacidade e à personalidade de pessoas que, por escolha, superexpõem sua privacidade e intimidade na internet, bem como, suas implicações no campo jurídico. Tratando-se de pesquisa exploratória, descritiva e aplicando-se o método teórico e bibliográfico.

Palavras-chave: Superexposição em meio virtual. Direito à personalidade. Era digital.

ABSTRACT The present project aims to analyze the personality in the face of overexposure, in the context of the digital age, of subjects, such as the digital influencer, not specifically only of this type of professional, and the impact of the impacts on the right to privacy of those who are exposed in an environment. virtual. How does Brazilian law settle and apply sanctions on this issue? Justifying that, on the internet, everything that is shared is registered and, in such a way, total control over who can have access to the content exposed there, information about the personality, privacy and intimacy of an individual used outside context, can culminate in serious damage, both in the present and in the future, also from a legal point of view. Therefore, it presents as a general objective: to raise the issue of overexposure of people and professionals, such as digital influencers, inserted in the digital age in the face of the questioning of the right to personality and privacy. And, as specific objectives: to expose brief aspects of the advent of the popularization of the world wide web through the bias of social networks, highlight the behavior of individuals inserted in the current digital age, and highlight the issue of the right to privacy and personality of people who, by choice, overexpose their privacy and intimacy on the internet, as well as its implications in the legal field. In the case of exploratory, descriptive research and applying the theoretical and bibliographic method.

Keywords: Overexposure in a virtual environment. Right to personality. Digital age.

1 INTRODUÇÃO:

Desde que se instaurou a revolução da era tecnológica, midiática e midiaticizada pelas redes sociais, grande tem sido a convergência de massas (tender para o mesmo ponto não sozinho, mas em grupos que concordam acerca de comportamentos, ideias, informações, dentre outros), e, a exposição de pessoas que exercem influências sobre as escolhas de muitos de seus “seguidores” (o que comer, vestir, sobretudo, consumir).

Então, de tal modo, vive-se em uma sociedade que converge em tudo (tender para o mesmo ponto), acerca modos de produção, de consumo e, principalmente, nas informações quando se “navega” em território digital.

Entretanto, na atualidade, muitas pessoas que amam compartilhar infinitos detalhes de sua intimidade, às vezes, além de superexpor suas vidas privadas, se sentem no direito de também expor os detalhes da vida dos amigos, parentes, colegas de trabalho, filhos, dentre outros.

Logo, em tais casos, os problemas são gerados de forma tanto direta quanto indireta, pois, pessoas que nem usam, rotineiramente, as redes sociais ou plataformas de compartilhamento, acabam sendo superexpostas por outras, sem nem saber o que se passa nos ambientes digitais. O artigo 20, do Código Civil, nos traz regras sobre o direito a imagem e o classifica como um direito da personalidade, este artigo nos traz ser vedado a exposição da imagem sem a devida autorização ou consentimento do proprietário da imagem.

Assim sendo, este estudo aborda a questão da superexposição nesta era de compartilhamentos de conteúdos, produtos, ideias e informações, cujas implicações se configuram em problematizações para o Direito em relação à personalidade e privacidade do indivíduo.

Justifica-se esta abordagem em virtude de que, em meio virtual, na internet, tudo o que se compartilha fica registrado e, de tal maneira, pode-se perder o controle total sobre quem poderá ter acesso ao conteúdo ali exposto, sem contar que, aquele que expõe conteúdos, deixa de ser o único dono das informações, estas podendo, a partir de então, ser usadas não apenas pelos sites que as hospedam, mas pelos usuários do mundo todo que efetivarem buscas e encontrarem os detalhes colocados na exposição online.

Sobretudo, porque, informações sobre a personalidade, privacidade e intimidade de um indivíduo usadas fora de contexto podem culminar em prejuízos sérios, tanto no presente quanto o futuro, também do ponto de vista jurídico.

Logo, apresenta como objetivo geral: analisar a superexposição de pessoas e profissionais como os influenciadores digitais inseridos na era digital em face da problematização do direito à personalidade e à privacidade. E, como objetivos específicos: expor breves aspectos do advento da popularização da rede mundial de computadores pelo viés das redes sociais, destacar o comportamento dos indivíduos inseridos na era digital atual, e, ressaltar a questão do direito à privacidade e à personalidade de pessoas que, por escolha, superexpõem sua privacidade e intimidade na internet e suas implicações no campo jurídico.

Uma vez que, se existe a vontade por parte do indivíduo de se superexpor em meio cibernético, muitas vezes, expondo sua privacidade bem como sua identidade, como o Direito Pátrio Brasileiro dirime e aplica sanção diante desta questão quando há conflitos, abusos?

Para tanto, a metodologia empregada é baseada no método teórico e bibliográfico, foram realizadas buscas em sítios e repositórios de universidades e em revistas e livros físicos e disponibilizados na internet para a tessitura dos achados mais salutares acerca da temática abordada, bem como, aqui descritos os argumentos e índices mais relevantes para estruturar a pesquisa acerca dos objetivos almejados para este estudo.

2 ERA DIGITAL, CONVERGÊNCIA E SUPEREXPOSIÇÃO: BREVES RELATOS HISTÓRICOS

Historicamente, primariamente, a ARPANET, tecnologia criada com fins de aumentar a inteligência no serviço militar dos Estados Unidos, depois implementada, desde sua criação em 1969, em uma universidade da Califórnia com o objetivo de interligar sistemas de laboratórios universitários, a internet passou por diversas modificações em sua forma e conteúdo, colaboração e interatividade e abrangência (lembrando que, web é a sigla utilizada para o termo em inglês World Wide Web, logo, um sistema de documentos em hipertexto que são interligados e executados na internet) (OLIVEIRA, 2017, p. 5).

De acordo com Oliveira (2017), com o advento e avanços na tecnologia e na forma de transmissão de informações e conteúdo, um subsequente evento culminou no advento das redes sociais, ainda que, embora o termo redes sociais pareça estar exclusivamente ligado aos sites de relacionamento de amizade na internet, o fenômeno da criação de redes de organização em comunidade não é novo, visto que, pode se entender rede social muito além de um mero grupo de pessoas que se agrupam em decorrência de deterem pensamento parecido, cuja a reunião

se dá em meio virtual para compartilhar argumentos, ideias e informações, dentre outros. Embora, inicialmente, mais com ênfase em grupos.

Nascimento (2011) aponta que, a oportunidade de se ter pessoas agrupadas em redes sociais teve início em 1977, quando foi criada a Six Degrees, a primeira rede social, a qual permitia que seus usuários criassem um perfil e se tornassem amigos dos demais usuários, que em decorrência do surgimento dos primeiros provedores, em 1979, por Tom Truscott e Jim Ellis que criaram o sistema Usenet que permitia ao usuário postar artigos e fazer comentários em grupos de notícias (sistema que não possui um servidor central ou um administrador responsável, sendo um precursor de Newsletters e do RSS feed, usado para acompanhar notícias de blogs e sites), muita coisa vem acontecendo em meio virtual.

Segundo Oliveira (2017), uma das primeiras plataformas para este tipo de reunião grupal digital ou virtual, o Friendster, criado em 2002 que, assim como outras redes como o My space, Orkut, criados depois, foram sendo aprimoradas até o surgimento do Facebook, Instagram, WhatsApp, dentre outros.

2.1 AQUELE QUE SE EXPÕE: PROFISSIONAIS, WEBCELEBRIDADES, INFLUENCIADORES, GENTE COMUM

Contudo, em todas as épocas, sempre existiram indivíduos que exercem influência sobre as demais (os chamados formadores de opinião que, enquanto celebridades ou profissionais de destaque em determinadas áreas ou até mesmo dentro de uma empresa, têm a capacidade de influenciar as escolhas, a forma de consumo e também a opinião de outras pessoas).

Muito mais do que conceitos psicológicos os quais entendem que a personalidade seria uma característica do ser humano que organiza os sistemas físicos, fisiológicos, psíquicos e morais de forma que, interligados, determinam a individualidade de cada ser, personalidade (enquanto pessoas que detém o direito à vida, à imagem, ao nome e à privacidade, e, além disso, o direito à dignidade e à integridade, protegendo tudo o que lhe é próprio, honra, vida, liberdade, privacidade, intimidade, dentre outros) também teria conotação com algo mais complexo e amplo, visto que se trata da aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil (BRASIL, 2002).

Um destes sujeitos, cuja personalidade nasceu sob a égide do marketing digital, em decorrência do avanço da internet, seria o chamado digital influencer ou influenciador digital (antes denominado Youtuber, isto em virtude do indivíduo divulgar na plataforma do Youtube) enquanto personalidades da internet, cujo espectro de ação se dá nas redes sociais ou outras plataformas digitais, dos quais são dotados de um expressivo número de seguidores em redes sociais, conseguindo, dentre outras coisas, divulgar empresas, produtos e serviços, com facilidade e abrangência nunca antes vistas (OLIVEIRA, 2017).

Jovens, em sua maioria, têm investido tempo e criatividade na produção de conteúdos para a rede social na esperança de criarem um público fiel e, deste modo, ganharem dinheiro através da monetização de suas visualizações (uma particularidade da rede social de vídeos Youtube que este trabalho abordou em tópicos anteriores) e, em menor escala, rentabilizarem a sua influência através de patrocínios de empresas que desejam se comunicar com a audiência do criador (OLIVEIRA, 2017, p. 25).

Assim sendo, hoje, pessoas usam a internet, independente de tipo de plataforma, para mais do que buscar entretenimento, mas, também, trabalhar, divulgar, angariar adeptos às ideias e informações e serviços que defendem, promovem, vendem.

Entendendo-se que, não seria apenas o influenciador digital que usariam os canais virtuais para tais tarefas, entretanto, exemplifica-se, neste estudo, este que seria sujeito que expõem sua personalidade e sua privacidade a determinados usuários das redes sociais, os quais possuem um fluxo maior de interações com o grupo social a qual pertence e conflui e converge. Alguém que, para Jenkins (2008), exerce uma lógica de comunidade de fãs.

Embora o influenciador seja potencialmente alguém que possui algum tipo de destaque em suas redes digitais, o termo não tem necessariamente relação com proficiência, habilidade ou dotação para, pois, muitas vezes, tem estrita relação a números muito expressivos de pessoas assistindo, compartilhando conteúdos, existindo nichos e círculos sociais nos quais alguns atores vão apresentar algum tipo de influência sobre os seguidores.

Portanto, não se compreendendo, exatamente que, este tipo de sujeito seja alguém capacitado e consciente juridicamente das implicações sobre seu direito à privacidade e à questão que há responsabilização mediante eventos que ferem a previsão legal (OLIVEIRA, 2017).

Tanto que, se tem a sensação de que, muitos sujeitos ingressam no universo digital enquanto “vendedores” de ideias, serviços, informações e entretenimento somente considerando que enriquecerão velozmente (principalmente porque, muitos que assim já o fizeram divulgam seus ganhos expressivos com a monetização dos canais e redes digitais a ponto de levar outros a ingressar neste universo), sem se dar conta de que, ainda que em meio virtual, há leis que expressam direitos e deveres, ações que são tidas como ilícitas, bem como, as sanções aplicáveis quando se verificarem ilicitude de atos em espaço cibernético (este, enquanto o domínio das redes de computadores, assim como dos usuários por trás delas, um espaço em que as informações são armazenadas, compartilhadas e comunicadas on-line).

3 CONVERGÊNCIA EM MASSA, EXPOSIÇÃO E O DIREITO

Assim sendo, a partir da era da informação, conforme salienta Henry Jenkins (2008), a ideia de cultura de convergência diz respeito ao novo tempo vivido nos meios de comunicação, na qual há uma constante correlação entre os meios de mídia e as novas tecnologias, relação esta que movimenta e abastece uma sociedade sempre ávida por experiências multimídias, integrando, de tal modo, as esferas da tecnologia e da sociedade.

Ainda que em espaços virtuais, esta temática não escaparia da ação jurídica e legal, visto que, existe ordenamentos nos quais o Direito virtual figuraria enquanto o direito que nasce das práticas virtuais, sendo também parte do direito positivo, o qual detém aplicabilidade no virtual. Ainda compreende o direito ao ciberespaço, pois que também recobre o direito à informação.

Valendo destacar-se que, esta temática é tão salutar que, em estudo tabulado por Zambom e Sétimo (2013) acerca dos índices de brasileiros usuários da internet, a pesquisa apontava, à época que, 54% dos entrevistados utilizam a internet como meio de comunicação todos os dias, 31% afirmaram que raramente utilizam a internet como meio de comunicação e 14% disseram nunca utilizar esse meio de comunicação.

De modo que, buscar de que formas o Direito Pátrio evoca questões e dirime sobre ilicitudes em ciberespaço se faz pertinente e atual, e, uma vez que exista a expressa, corrente e deliberada (muitas vezes) de se superexpor em campo virtual, poderia se pensar que não haveria possibilidade do Direito exprimir, dirimir ou sancionar acerca desta questão.

Entendendo-se que, direito a e garantias de versam sobre as previsões elencadas na Carta Magna de 1988, em diplomas infralegais como o Código Civil de 1941, e, ainda em dispositivos jurídicos como o enunciado n. 531 do Conselho da Justiça Federal, o chamado Enunciado 531, o qual trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação, nisto revelando que, o sistema judiciário se debruça sobre todas as amplitudes as quais repercutem sobre as garantias e direitos expressos em seus editos.

Lembrando que, garantias são instrumentos de proteção ao indivíduo frente à atuação do Estado, os quais estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sobretudo, exprimem consideração o conjunto de direitos que garantem a dignidade da pessoa humana. Conjunto este que foram consagrados pela Constituição Federal e estão dispostos nela de maneira explícita e implícita (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 1º, III, que a dignidade é um dos principais fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, figurando enquanto garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, ou seja, um valor intrínseco como um todo (BRASIL, 1988).

Diploma Legal Pátrio considera os direitos da personalidade como direitos essenciais à dignidade e à integridade e, independem da capacidade civil da pessoa, protegendo tudo o que lhe é próprio, desde a honra, vida,

liberdade, privacidade, intimidade, dentre outros. Sendo, de tal maneira, direitos originários, vitalícios, imprescritíveis e absolutos, inerentes à própria pessoa (BRASIL, 1988).

Outro aspecto importante a ser considerado quando se analisa a superexposição de pessoas na internet independente o motivo que as move (busca de fama, glamour e glórias, trabalho ou compartilhamento de ideias, conteúdos como cursos e até a vida privada), são os perigos a que se expõem estes que se lançam em tal empreitada.

Assim, de acordo com Vargas (2021), o universo da internet, pelo viés das redes sociais, criara um espaço infinito para a livre circulação de ideias e opiniões, sem, contudo, se considerar o manual de relacionamento neste território, pois surgem eventos nos quais têm-se a notada impressão que são instalados tribunais instantâneos que elevam ou enterram as reputações de celebridades e gentes comuns, cuja sanção não apresenta a menor piedade, sobretudo, imparcialidade e justiça.

Nesse meio é possível ter acesso aos mais brilhantes pensadores e conhecer gente bacana para, no clique seguinte, entrar na mira do pior dos criminosos ou ser vítima do mais insuspeito mau-caráter. Há notícias falsas, mentiras políticas, campanhas de ódio, constrangimentos públicos, agressões verbais, preconceitos, assédios, exposições de intimidade e até tentativa de homicídio usando os canais para aproximação com a vítima (VARGAS, 2021, p. 1).

Então, em virtude dessas aparentes e deliberadas vontades tanto de buscar conteúdos e também de se expor em demasia em redes e plataformas virtuais e midiáticas, pelo o avanço e a democratização da rede mundial de computadores, esses índices sofreram perceptíveis elevações, como também, notadamente, casos de superexposição e crimes em meio digital (VARGAS, 2021).

Podendo-se verificar, segundo aduz Vargas (2021) que, hoje, assédio, ataques e difamações, crianças (jovens de faixa etária entre 12 e 17 expostos neste território virtual) efetivam buscas por material de cunho sexual, sem contar que, 11% das vítimas de assédio passam a sofrer de males e tendências como o suicídio, perigos os quais valem estudos que se debruçam mais sobre meios de enfrentar estes episódios e compartilhamentos nocivos e pérfidos que bem algum promovem nos usuários na rede mundial de computadores.

Vale se destacar ainda que, os usuários da rede mundial de computadores buscaram, em curto espaço de tempo, só por meio de celulares e computadores e já smart tevês, mais a manutenção de conectividade e conversas via vídeo chamadas (este tipo, talvez, para efetivar as atividades laborais em virtude do isolamento do primeiro momento da pandemia da COVID-19) (VARGAS, 2021).

De tal maneira, em decorrência, talvez, dessa busca por conteúdo na internet somado pela possibilidade de se destacar em tal meio, muitos creem, deliberadamente, que não vão sofrer repercussão sobre suas vidas, imagens, logo, sua personalidade e sua privacidade (VARGAS, 2021).

Destaca-se, sobretudo que, o mundo encontra-se em pandemia pela COVID-19 há cerca de quase três anos, e, em virtude de estratégias e medidas para o enfrentamento deste cenário, muito fora exigido da internet para que pessoas pudessem praticar suas atividades laborais, lazer e comunicação. E, essa questão de se vender algo na internet cresceu assustadoramente (PORTAL G1, 2021).

Tanto que, em 2019, o percentual de usuários da internet, no Brasil, alcançava a marca de 74%, em 2020, logo, num curtíssimo espaço de tempo, que atualmente mostra que esse índice fora elevado para 99% daqueles que usam a rede mundial, no qual cerca de 152 milhões de pessoas compartilharam conteúdo, informações, trabalho, lazer, dentre outros, em meio digital (PORTAL G1, 2021).

Portanto, pode-se perceber que, tanto o indivíduo realiza buscas na internet com voracidade e continuidade, como também efetiva exposição de sua privacidade, de sua vida e família, sem, muitas vezes, considerar os riscos e perigos aos quais está se expondo ou expondo outrem.

4 SUPEREXPOSIÇÃO, DIREITO A PERSONALIDADE E A PRIVACIDADE: QUANDO O SISTEMA JUDICIÁRIO PODE INTERVIR?

Nesse sentido, Oliveira (2017, p. 23) assinala que, “a era de convergência das mídias e a cultura de participação propiciada pelo advento da internet e, principalmente, pelo estabelecimento das redes sociais como uma alternativa aos veículos tradicionais trouxe um novo personagem para o centro da atenção: o eu”.

A este fenômeno o autor supracitado denomina de “democratização da fama”, uma vez que, todo indivíduo, independente da classe social ou da emergência financeira, podem enveredar pelo caminho da exposição na internet, entretanto, existe uma parcela de pessoas que exacerba essa convergência interativa para promover o processo de espetacularização do “eu”, cujos atores, em sua maioria, são os influenciadores digitais (OLIVEIRA, 2017).

Influenciadores que “venderiam” até mesmo sua privacidade e sua personalidade, uma vez que, muitos destes profissionais do entretenimento são, na atualidade, também empresas e marcas, cujos lucros são consideravelmente expressivos (OLIVEIRA, 2017).

Nisto implicando em levar muitos seguidores ou não a ingressar nesta sensação de emprego dos sonhos, quase sem se darem conta de que, ainda que reluzente em virtude das luzes das câmeras, há um lado inegavelmente sombrio em estar expondo no universo digital (OLIVEIRA, 2017).

Logo, no entender de Santos (2020, p. 10), “um dos grandes desafios do Direito, atualmente, é, com toda certeza, assegurar aos usuários dos meios digitais a segurança e proteção adequadas nas relações virtuais, de forma a reduzir os danos cometidos por crimes cibernéticos”.

Essa massiva exposição da personalidade de um influenciador digital seria tão expressiva que, grandes marcas e empresas amplamente investem cada vez mais em parcerias com este tipo de profissional da internet, uma vez que, os influenciadores digitais identificados pelo vulto do número de seguidores das suas redes sociais, conseguem estabelecer uma relação de confiança com um número ímpar de pessoas, e, quanto maior esse número em plataformas como o Youtube, o Facebook ou Instagram, mais estes influenciadores da era digital são promovidos, promovem produtos e serviços, alargam a ação dos investidores (SANTOS, 2020).

Contudo, como fica a questão da exposição da personalidade e privacidade, em termos jurídicos, se este tipo de profissional veicula, em redes e plataformas digitais, desde o que come, veste, sua rotina e hábitos, sua intimidade?

De que maneira pode o Direito alcançar e dirimir sobre questões acerca do princípio da personalidade e da privacidade, se a pessoa opta por expor totalmente sua vida, sua casa, sua intimidade, em meios digitais, para tantas pessoas?

Logo, conforme salienta Jenkins (2008, p. 29), “bem-vindo à cultura da convergência, onde as velhas e as novas mídias colidem, onde mídia corporativa e mídia alternativa se cruzam, onde o poder do produtor de mídia e o poder do consumidor interagem de maneiras imprevisíveis”.

De tal modo, este trabalho visa abordar a questão da superexposição na era digital (o chamado evento Oversharing - junção das palavras inglesas: over (excessivo) e sharing (compartilhamento), o qual faz referência à prática de compartilhamentos em excesso de um mesmo perfil. Logo, com conotação à superexposição de um sujeito na internet, muitas vezes, desagradando aos seguidores ou amigos, por conta da quantidade de informações dispostas com uma frequência excessiva em um único perfil) (SANTOS, 2020).

Principalmente, Santos (2020) destaca, vale ser salientada a forma como o sistema jurídico pátrio se debruça sobre a problematização do direito à personalidade e à privacidade (o exagero e o volume de detalhes que as pessoas publicam em contextos que nem sempre são apropriados). Além de que, em meio virtual, muitos são os eventos que podem culminar em prejuízo à pessoa, à sua honra e à sua imagem.

São muito comuns os crimes cometidos na internet relacionados tanto à pessoa, como injúria, calúnia, difamação, ameaça, crime de falsa identidade, divulgação de material confidencial, ato obsceno, apologia ao crime e estupro virtual, quanto à ataques cibernéticos, como aqueles promovidos por hackers que ao se utilizarem de vírus, infectam computadores de usuários e empresas e logo em seguida solicitam dinheiro em troca dos dados sequestrados, tal qual violação de sistemas de segurança (SANTOS, 2020, p. 10).

Em se tratando de expor, em redes e plataformas sociais, mais do que a imagem, denota que, muitos, hoje, dispõem mais tempo de vida em rede, logados na internet, ao invés de compartilhar, no mundo físico com a família, a rotina de suas existências, culminando assim no exibicionismo digital (ato de expor de forma demasiada, controlada ou não, a sua vida “particular” nas mídias sociais) (SANTOS, 2020).

Sujeitos que expõem mais do que marcas ou produtos ou enfatizam o serviço que prestam também convergem na internet, nisto tornando-se celebridades que, segundo expõe Oliveira (2017, p. 21) “as celebridades contemporâneas parecem corresponder a anseios identificados pela mídia em um público-alvo – ainda que, em sua maioria, não tenham realizado quaisquer ações espetaculares que as conferissem status de alguém que mereça ser famoso”.

É inegável que a internet oportuniza buscas por conteúdos e informações, a possibilidade de estudo e trabalho, sobretudo, pela extensa facilidade com que as ideias são dispersas e veiculadas na rede mundial de computadores.

Todavia, é inegável a falsa sensação de que a internet é um lugar sem lei, visto que já existem desde a Constituição Federal e em outros diplomas infralegais previsão ordenativa e jurídica acerca da matéria, cujo objetivo figura a proteção jurídica às pessoas expostas aos delitos ocorridos em meio digital (OLIVEIRA, 2017).

Expressões jurídicas e dispositivos expressos em tais documentos como a Lei de crimes cibernéticos (12.737/12), a chamada Lei Carolina Dieckmann, edito que disciplinou a pena para crimes cometidos na internet, prevendo enquanto sanção ou pena a reclusão de seis meses a dois anos acrescidos de multa para quem obtiver segredos comerciais e industriais ou conteúdos privados por meio da violação de mecanismo de segurança de equipamentos (BRASIL, 2012).

Logo, passando a implementar a previsão penal brasileira acerca de crimes de “Invasão de Dispositivo Informático”, consistente na conduta de “invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita” (BRASIL, 2012) (CABETTE, 2016).

Destacando-se que, a lei supracitada também chamada Lei Carolina Dieckmann, atriz da Rede Globo de televisão que fora vítima de invasão indevida de imagens contidas em sistema informático de natureza privada, e, cujo episódio acabou acelerando o andamento de projetos que já tramitavam com o fito de regulamentar essas práticas invasivas perpetradas em meios informáticos para a modernização do Código Penal Brasileiro, uma vez que, antes disso, era necessário tentar tipificar as condutas nos crimes já existentes, logo, exigindo mais destreza nessa consecução de tarefas e fatos (CABETTE, 2016).

Um outro diploma infralegal atenta também para esta questão, a Lei do Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/14), lei que prevê os princípios que regulam o uso da internet, no Brasil, enumerados no artigo 3º, dentre outros, salientando-se, exatamente, o princípio da proteção da privacidade e dos dados pessoais, assegurando ainda como direitos e garantias dos usuários de internet, no artigo 7º, a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações e inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, 2016).

Existindo ainda a chamada Lei Geral de Proteção de Dados (13.709/18), fora promulgada para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo, de tal modo, este diploma infralegal estabelece uma estrutura legal de direitos dos(as) titulares de dados pessoais. Esses direitos devem ser garantidos durante toda a existência do tratamento dos dados pessoais realizado pelo órgão ou entidade. Para o exercício dos direitos dos(as) titulares, a LGPD prevê um conjunto de ferramentas que aprofundam obrigações de transparência ativa e passiva, e criam meios processuais para mobilizar a Administração Pública (BRASIL, 2018).

Ainda que, diante da evolução tecnológica pela qual tem passado também a sociedade brasileira, nos dias atuais, e, pela participação crescente de brasileiros no âmbito virtual, torna-se cada vez mais premente a necessidade de se reconhecer a existência de um direito fundamental à internet, este capaz não apenas de regular

esse inconstante mundo virtual, sobretudo como maneira de democratizar o acesso à rede mundial de computadores, redes sociais e plataformas digitais, nisto garantindo cidadania e dignidade a todos (SANTOS, 2013).

Mais do que simples acesso à Internet, esse direito fundamental possibilita a exigência de uma educação digital concreta, a busca pelo barateamento e pela democratização da obtenção de novas tecnologias (computadores, aparelhos celulares e outros equipamentos tecnológicos que permitam o uso de Internet), a inclusão digital, o pleno exercício da cidadania no mundo virtual e a proteção à liberdade de expressão e de manifestação de pensamento no ciberespaço (SANTOS, 2013, p. 86).

Segundo Santos (2020), o maior problema do Oversharing ou superexposição em mídias digitais, além de envolver desde crianças, adolescentes e até idosos, “a superexposição na internet é perigosa e traz sérias consequências, pois é vista como algo inocente pelos usuários, estes se esquecem de que por trás das telas há pessoas ruins as vigiando, tornando-as potenciais vítimas de criminosos virtuais”.

É importante mencionar que a superexposição da vida dos indivíduos no mundo virtual, podem não só trazer consequências psicológicas como jurídicas. Isso acontece quando por exemplo o usuário publica textos expondo suas opiniões pessoais. Tal ato poderá gerar desde apenas duras críticas até casos mais graves, como ameaças de morte. Estes, denominados ciberviolência, são considerados crimes na legislação vigente (SANTOS, 2020).

De tal modo, pode-se destacar que, seria errôneo considerar a internet enquanto um ambiente onde, definitivamente, os usuários consigam se esconder, uma vez que, os atos cometidos, ainda que no recôndito do lar ou de locais escusos, por meio de aparatos como os computadores, celulares ou outros, os atores de tais crimes não estão isentos de responsabilidade civil ou criminal, caso escolha agir em desconformidade com a lei.

Um simples compartilhamento de fotos de conteúdo abusivo ou que tenham objetivo de ofender alguém, mesmo que a vítima seja desconhecida pelo autor do delito, poderá ser enquadrado em algum dos crimes contra a honra, previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal (CP), os quais são respectivamente, calúnia, difamação e injúria (SANTOS, 2020, p. 20).

Importante salientar que, muitas vezes, movidos pela ilusão de ganhos financeiros em grande monta, trabalhando com postagens de vídeos tutoriais ou sobre produtos na internet, as pessoas ingressam em meio digital para exporem desde imagens de crianças em tenra idade falando palavras de um vocabulário (apurado até mesmo para muitos adultos), jovens em jogos ou em atividades perigosas como tirar fotos em beiradas de abismos ou prédios até idosos querendo dar testemunho de vivências que passaram (SANTOS, 2020).

Assim sendo, não há uma invasão deliberada, mas uma exposição voluntária da imagem, da intimidade, de circunstâncias da privacidade e da personalidade, vezes por outra, não entendem que, ao publicarem abertamente suas vidas, se colocam em situação de vulnerabilidade à ação de indivíduos nefandos, os quais praticam relacionados às pessoas (desde golpes virtuais, divulgação de segredos e violação de informações, cyberbullying, injúria e difamação, clonagem de cartão de crédito, invasão por vírus em computadores, crimes contra o patrimônio e contra os costumes, dentre outros (SANTOS, 2020).

Portanto, há uma intrínseca relação de que, toda e qualquer sociedade alcança pilares da paz e da harmonia se auxiliada, efetivamente, pelo crivo do Direito que, disciplinando e orientando as relações sociais, dirime sobre garantias e direitos e deveres, bem como sobre a paz social, nisto possibilitando a convivência harmoniosa dos cidadãos, permitindo, como fim supremo, que cada indivíduo potencialize o seu desenvolvimento enquanto ser humano (SANTOS, 2013).

Nesse sentido, quando se trata de ordenamento jurídico brasileiro acerca de questões relativas ao acesso à internet como direito fundamental, verifica-se ser esta uma questão tormentosa, “que guarda direta e múltipla relação com a sociedade brasileira, desafiando à ordem jurídica nacional a uma regulamentação rápida e segura. Diversas situações conflituosas são apresentadas, exigindo um controle eficiente e adequado por parte do Estado” (SANTOS, 2013, p. 61).

Entendendo-se que, são os princípios da cidadania (capacidade atribuída a cada indivíduo para exercer livremente os seus direitos políticos e civis), dignidade da pessoa humana (este se constituindo um corolário norteador de toda a ordem jurídica brasileira que seria um autêntico vetor axiológico, um valor maior a ser seguido, que alicerçaria todo o ordenamento jurídico vigente), da igualdade (cujos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), ambos conferidos pela validação constitucional (SANTOS, 2013).

Pode-se entender que, aqueles que se destacam e alçam lugares de celebridades como os influenciadores digitais apontam para duas faces da mesma moeda.

Uma vez que, estes profissionais tornaram-se figuras muito importantes para a difusão de informação sobre os mais variados assuntos, visto que a comunicação mais próxima do público, permitiu o crescimento de um novo meio de divulgação de produtos ou serviços, por meio do chamado como “marketing de influência” (BAPTISTA LUZ, 2019, p. 4).

Contudo, também superexpõem suas vidas, sua privacidade e, como o Direito Pátrio dirime sobre questões dessa problematização, posto que, por escolha tais sujeitos abrem mão, deliberadamente, da proteção e da garantia dos fundamentos previstos na Constituição Federal de 1988.

Mais uma vez se reforça que, com o advento e evolução da internet, aconteceu que, não somente os artistas e as pessoas que aparecem na televisão se tornassem mais famosos, como também que indivíduos comuns fossem reconhecidos nas ruas por causa de suas mídias. Uma nova profissão surgiu, trazendo sucesso e popularidade para jovens que, por um baixo custo, postam fotos, vídeos e escrevem textos em seus perfis e canais particulares, as chamadas webcelebridades (SÁ, 2017, p. 5).

Celebridades virtuais que, alçam status em virtude do que Sá (2017, p. 31) denomina de um “processo através do qual uma pessoa adquire fama, é necessário associar as críticas aos elogios recebidos. Ambos desempenham um papel importante no estabelecimento de um fluxo de informação, que é disseminado e circula por canais distintos, reforçando-se mutuamente”.

Exposição, comunicação, se contrapondo à personalidade e à privacidade. Visto que, são compartilhadas informações de atividades, eventos, sentimentos e frustrações, dentre outros, logo, no impulso e não são filtradas pelo influenciador digital, acabam gerando falácias e notícias notórias até maldosas ou vexatórias, na imprensa geral, assim, gerando, ao mesmo tempo, ampliação de seguidores e haters (aquele que, na internet, “destila” algum comentário falando mal de algo ou alguém, com palavras de ódio e xingamentos), incidindo em crises de imagem, de personalidade, de privacidade (SÁ, 2017).

Na utilização rotineira da internet, a pessoa usuária deixa marcas do uso pessoal no espaço digital, quando busca por preferências gastronômicas às opiniões políticas, nisto existindo uma infinidade de conteúdos e informações fornecidas e compartilhadas através da internet para o Estado, empresas ou outros usuários constituindo, assim, o universo de dados presentes na rede. Esses pequenos fragmentos de informações constituem o que denominamos de dados pessoais, pois refere-se diretamente aos aspectos pessoais do uso individual do mundo digital (MOURA, 2017). Cujas consequências nem sempre são analisadas quando o indivíduo divulga ou compartilha conteúdo, fotos, dentre outros em território cibernético.

[...] “uso todas as redes, como Instagram e Facebook, mas eu não posto mais como antes. Às vezes quero postar uma foto de biquíni na praia mas acabo não postando, porque eu sei que os olhares serão de julgamento”. Sobre o medo de como as pessoas possam reagir, descreve: “Vão olhar pra foto e lembrar do que aconteceu no passado. Pode até ser coisa da minha cabeça, mas isso me afeta muito, então prefiro evitar” (MORAES, 2018, p. 1).

Assim, conforme salienta Moura (2017), a coleta e o armazenamento sem consentimento dos dados pessoais, por entidades públicas e empresas privadas para diversas finalidades, originam uma ofensa direta ao direito à privacidade, garantida em diversos ordenamentos jurídicos no mundo, inclusive em tratados e convenções

internacionais. Para a efetivação do Direito à Privacidade é necessária a ampla tutela aos dados pessoais, visto que estes são inteiramente relacionados aos Direitos de Personalidade.

Direitos estes que, figuram a Carta Maior de 1988, e que, conforme assinala Moura (2017), evocando que, são os direitos supremos do homem, aqueles que garantem a ele a fruição de seus bens pessoais. Em confronto com os direitos a bens externos, os direitos da personalidade garantem a fruição de nós mesmos, asseguram ao indivíduo a senhoria de sua pessoa, a atuação das próprias forças físicas e espirituais.

Nesse sentido, Hostert (2018, p. 8) aduz que, a proteção aos dados pessoais é tema muito discutido na atualidade, abarcando, para tanto, “desde direitos fundamentais como a proteção à intimidade e a vida privada e avança até ao seu entendimento de um direito autônomo. Enfrenta questões inéditas acerca de seu uso, decorrentes da introdução de novas tecnologias e da internet, além da mudança de paradigmas nas relações sociais e na economia”.

De tal modo, pode-se considerar que o sistema judiciário está aparatado para dirimir e lançar sanção acerca desta temática, tanto que, de acordo com Vargas (2021), em janeiro de 2021, em São Paulo, o estudante de Direito, Pedro Baleotti foi expulso da faculdade após publicar um vídeo em que dizia que “essa negriada vai morrer, vai morrer”, estudante este que também foi indiciado por racismo e perdeu o emprego.

Em outra sentença, obrigando o Google a retirar da plataforma publicações de Ednardo D’Ávila Mello Raposo, expedida pela juíza Flavia de Almeida Viveiros de Castro acerca do processo interposto contra o digital influencer Luccas Neto por acusação de tecer apologia à pedofilia em seu canal. Processo no qual o sistema judiciário dirimiu a favor do digital influencer por considerar um atentado à dignidade humana ao se divulgar falsas notícias acerca de pessoas, imputando-lhes prática de crimes, no caso, pedofilia, sem que existam provas consistentes a respeito (BASTOS, 2020).

Ainda, segundo assinala Moraes (2018), acerca dos mecanismos jurídicos sobre a ação efetiva em casos e eventos que ferem o direito à personalidade e à privacidade, estes não existem e se aplicam apenas no Brasil, uma vez que, já veem sendo aplicadas algumas leis no exterior, principalmente na Europa, sobre o “direito de ser esquecido”, no qual o teor destas leis estaria em permitir que o indivíduo usuário de plataformas e redes sociais entre na justiça contra uma plataforma, como o Google por exemplo, peticionando para que o conteúdo que esteja ali disponibilizado não seja mais exibido.

Moraes (2018) destaca que houveram casos na Espanha sobre essa mesma matéria, salientando que, no Brasil, sob a égide da Lei n. 531 do Conselho da Justiça Federal, há o chamado Enunciado 531 o qual trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação, em cujo texto estaria implícito na regra legal que assegura a proteção da intimidade, da imagem e da vida privada, bem como no princípio de proteção à dignidade da pessoa humana. Portanto, há dispositivos que definem, dirimem e propõem as penas e sanções cabíveis em se tratando desta matéria (BRASIL, 2015).

Não é qualquer informação negativa que será eliminada do mundo virtual. É apenas uma garantia contra o que a doutrina tem chamado de ‘superinformacionismo’. O enunciado contribui, e muito, para a discussão do tema, mas ainda há muito espaço para o amadurecimento do assunto, de modo a serem fixados os parâmetros para que seja acolhido o ‘esquecimento’ de determinado fato, com a decretação judicial da sua eliminação das mídias eletrônicas. Tudo orientado pela ponderação de valores, de modo razoável e proporcional, entre os direitos fundamentais e as regras do Código Civil de proteção à intimidade e à imagem, de um lado, e, de outro, as regras constitucionais de vedação à censura e da garantia à livre manifestação do pensamento (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Rogério Fialho Moreira, 2015, p. 1).

Destacando-se também que, na atualidade, já em decorrência da ação firme do sistema jurídico, as próprias plataformas apresentam alguns recursos de privacidade para que o usuário não tenha a exposição indesejada.

5 CONCLUSÃO:

Desde o advento da World Wide Web, popularmente como internet, uma quarta revolução passou a vigorar: a revolução da informação. Sobretudo, movida pela vontade de qualquer indivíduo a ela conectado tanto em obter informações sobre conteúdos, como também em compartilhar imagens, fotos, vídeos, produtos, serviços, dentre outros, cuja maior vantagem seria o fato de que todas estas tarefas são quase que em tempo real.

Entretanto, embora se tenha a errônea sensação de que a internet seria “terra de ninguém”.

Além de que, a rede mundial de computadores, hoje, se configure em ferramenta de trabalho e entretenimento, em muito houve aumento nas demandas nas quais o sistema judiciário brasileiro teve que dirimir em decorrência da agressão aos direitos de outrem.

Logo, nesse mundo virtual, infelizmente surgem os chamados crimes virtuais que, em se tratando da questão da superexposição, torna-se complexo compreender que há uma linha tênue entre o que é público e o que é privado.

De tal modo, a questão da superexposição de pessoas e profissionais, a exemplo os influenciadores digitais, são dirimidas pelo sistema judiciário pátrio atendendo aos fundamentos referentes à proteção dos direitos fundamentais e de personalidade, tutelados pela Constituição Federal como garantias, assim como a proteção do direito à liberdade, à intimidade, à privacidade e à informação.

Proteção e aplicabilidade estas pressupostas em diplomas infralegais como no próprio Código Civil, na Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Bem como, na Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Ainda, na ampliação do braço de ação do Judiciário pela promulgação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Assim sendo, em breves aspectos, com o advento da popularização da rede mundial de computadores pelo viés das redes sociais, segundo os estudos de referência, o comportamento dos indivíduos inseridos na era digital atual denota um perfil hedonista, consumista, valendo se destacar que o “eu” se tornou também um produto a ser vendido, mostrado, a todo custo, sem muita preocupação com a questão da personalidade e da privacidade.

De tal maneira, uma vez que o sistema judiciário promoveu e editou diplomas infralegais que versam sobre esta temática complexa, a questão do direito à privacidade e à personalidade de pessoas que, por escolha, superexpõem sua privacidade e sua intimidade na internet, visando atenuar e dirimir acerca das implicações na seara jurídica, no Brasil, hoje.

6 REFERÊNCIAS:

ANDRIOLO, Eduardo Luiz. Interação na web: um estudo sobre interfaces e conceitos de desenvolvimento. Trabalho de Conclusão do Curso de Tecnologias Digitais pela Universidade de Caxias do Sul, 2017, 85p. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/3707>> Acesso em: 3 mai. 2022.

BAPTISTA LUZ. Manual jurídico: influenciadores digitais. 2019. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2019/04/Manual-de-Influenciadores-Digitais.pdf>> Acesso em: 3 mai. 2022.

BASTOS, Gabriel. Luccas Neto ganha ação judicial, após ser acusado de incitação à pedofilia. Disponível em: <<https://hugogloss.uol.com.br/famosos/luccas-neto-ganha-acao-judicial-apos-ser-acusado-de-incipitacao-a-pedofilia-saiba-os-detalhes/>> Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 3 mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm> Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012 que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12737.htm> Acesso em: 3 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm> Acesso em: 3 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm> Acesso em: 3 mai. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação. 2015. Disponível em: <[BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Marco Civil da internet. Disponível em: <\[BRASIL. Ministério da Cidadania. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais \\(LGPD\\). Disponível em: <<https://www.gov.br/cidadania/pt-br/aceso-a-informacao/lgpd>> Acesso em: 15 ago. 2022.\]\(https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/marco-civil-da-internet#:~:text=Lei%20n%C2%BA%2012.965%2C%20de%2023,Munic%C3%ADpios%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20mat%C3%A9ria.> Acesso em: 15 ago. 2022.</p></div><div data-bbox=\)](https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-dainformacao#:~:text=0%20Enunciado%20531%20diz%20que,%C3%A0%20dignidade%20da%20pessoa%20humana.> Acesso em: 12 ago. 2022.</p></div><div data-bbox=)

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras impressões sobre a Lei 12.737/12 e o Crime de Invasão de Dispositivo Informático. JUSBRASIL, 2016. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/178777820/primeiras-impressoes-sobre-a-lei-12737-12-e-o-crime-de-invasao-de-dispositivo-informatico>> Acesso em: 15 ago. 2022.

GROSS, Daiane. Privacidade na era digital: a intimidade na rede e a suposta misoginia na interpretação dos magistrados. Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade do Vale do Taquari - Univates, 2019, 64p. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/2577/1/2019DaianeGross.pdf>> Acesso em: 3 mai. 2022.

HOSTERT, Ana Cláudia. Proteção de dados pessoais na internet: a necessidade de lei específica no ordenamento jurídico brasileiro. Monografia apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, 2018, p. 87. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/188181>> Acesso em: 3 mai. 2022.

JENKINS, Henry. Cultura da convergência. Tradução: Susana Alexandria, 2 ed., Editora Aleph, 2008.

MORAES, Henrique de. Exposição em redes sociais e suas consequências. Revista Eletrônica New Order, ago. 2018. Disponível em: <<https://medium.com/neworder/exposicao-em-redes-sociais-e-suas-consequencias-39fe01173d03>> Acesso em: 12 ago. 2022.

MOURA, Natalia Mirella Melo de. A efetivação do direito à privacidade digital e proteção de dados no Brasil. Monografia apresentada à Universidade Federal de Pernambuco, 2019, 72p. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/37121>> Acesso em: 3 mai. 2022.

NASCIMENTO, Maria Inês Santos do. A contribuição das redes sociais na disseminação da informação: estudo de caso do LinkedIn com profissionais da informação. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Biblioteconomia da Universidade Federal da Paraíba-UFPB, 2011, 103p. Disponível em: <<http://www.ccsa.ufpb.br/biblio/contents/tcc/tcc-2011/contribuicao-das-redes-sociais-na-disseminacao-da-informac.pdf>> Acesso em: 3 mai. 2022.

OLIVEIRA, Caio César Dias. O fenômeno dos influenciadores digitais: razões e impactos do sucesso da webcelebridades. Trabalho de Conclusão de Curso em Comunicação Social/Jornalismo apresentado para a Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017, 61p. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/8475/1/COliveira.pdf>> Acesso em: 3 mai. 2022.

PORTAL G1. Uso da internet no Brasil cresce, e chega a 81% da população, diz pesquisa. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/08/18/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-chega-a-81percent-da-populacao-diz-pesquisa.ghtml>> Acesso em: 3 mai. 2022.

SÁ, Paula Fernandes de. Gabriela Pugliesi no Instagram: influenciadores digitais e a convergência dos meios. Monografia em Graduação em Comunicação Social/Jornalismo pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017, 70p.

SANTOS, Adriana Peres Marques dos. O Direito Fundamental à Internet. Monografia apresentada à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013, 101p. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/AdrianaPeresMarquesdosSantos_Monografia.pdf> Acesso em: 3 mai. 2022.

SANTOS, Nathalia Maria de Oliveira. O limite das exposições nas redes sociais e o direito à liberdade de expressão: um estudo sobre os efeitos negativos da superexposição das pessoas nas redes sociais e seus impactos no ordenamento jurídico. Projeto de pesquisa apresentado ao Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, 2020, 56p. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1711401617.pdf>> Acesso em: 3 mai. 2022.

VARGAS, André. Os perigos das redes sociais. Revista IstoÉ Eletrônica, mai. 2021. Disponível em: <<https://istoe.com.br/os-perigos-das-redes-sociais/>> Acesso em: 12 ago. 2022.

ZAMBOM, Élton Visa; SÉTIMO, Priscilla Chaves. A evolução da internet e sua influência na comunicação mundial e na escrita formal. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Sistemas de Informação na Faculdade do Espírito Santo, 2013, 76p. Disponível em: <<https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/08/a-evolucao-da-internet-e-sua-influencia-na-comunicacao-mundial-e-na-escrita-formal.pdf>> Acesso em: 3 mai. 2022.

35 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DIGITAL

Tatiana Manna Bellasalma e Silva
Laís Prado da Silva

RESUMO O presente estudo tem por objetivo a análise da violência contra a mulher no âmbito digital. De tal modo, a violência contra a mulher já ultrapassa apenas as formas física e presencial, alcançando também a digital. Isto em decorrência do crescimento exponencial do acesso à internet. Assim sendo, este trabalho versa sobre a violência contra a mulher no âmbito digital, hoje. Justificando-se que, a violência contra mulheres constitui-se em uma das principais formas de violação dos seus direitos humanos, atingindo-as em seus direitos à vida, à saúde e à integridade física, violência está sendo estruturante da desigualdade de gênero, a qual se manifesta de diversas formas. Logo, por que a mulher tem sido alvo de violência, na internet? Então, para os alcances desta pesquisa, apresenta como objetivo geral: pesquisar os tipos e as causas da violência de gênero contra a mulher no ambiente digital. E, como objetivos específicos: levantar quais são as causas que levam as mulheres a se tornarem, no ambiente digital, as maiores vítimas de crimes com uso de alguma forma de violência, descrever as consequências que o crime violento, na internet, pode ter na vida de uma mulher, e, destacar se há políticas públicas de combate à violência contra a mulher perpetrada no mundo digital. A pesquisa apresenta caráter bibliográfico, cuja análise será realizada dedutivamente, cujas buscas se deu por meio de pesquisas acadêmicas, textuais e jurisprudenciais disponíveis em livros, revistas em sítios da área de Direito, para obter resultados e respostas sobre a problematização apresentada neste artigo.

Palavras-chave: Violência contra a mulher. Âmbito digital. Instrumentos normativos.

ABSTRACT In recent studies, Brazil obtained an average of 0.734 when analyzing the issue of violence against women. Bearing in mind that this index captures and quantifies the three dimensions of women's inclusion (economic, social and political), justice (formal laws and informal discrimination) and security (at the individual, community and social levels) through 11 indicators, whose average global is 0.721, with countries like Norway scoring 0.922. In such a way, violence against women already goes beyond physical and face-to-face forms, also reaching digital. This is due to the exponential growth of internet access. Therefore, this work deals with violence against women in the digital environment, today. Justifying that violence against women is one of the main forms of violation of their human rights, affecting their rights to life, health and physical integrity, violence is structuring gender inequality, the which manifests itself in different ways. So, are there national normative instruments whose prediction reaches this theme? So, for the scope of this research, it has as a general objective: to show which normative instruments deal with the rights of women who experience this type of violence. And, as specific objectives: to raise the definitions and implications for violence against women in a cybernetic environment, currently, to highlight what legal methods they have to seek help, and what has been the position of the country's judicial system on this issue. . The research has a bibliographic character, whose analysis will be carried out deductively, whose searches took place through academic, textual and jurisprudential research available in books, magazines on websites in the Law area, to obtain results and answers about the problematization presented in this article.

Keywords: Violence against women. Digital scope. Normative instruments.

1 INTRODUÇÃO

A temática da violência contra a mulher vem sendo estudada a algum tempo. Contudo, talvez em decorrência do evento dantesco originado pela pandemia da COVID-19, dados apontam para uma explosão de casos sobre a violência contra a parcela feminina, desde meninas, jovens, à idosas.

Estes tipos de violência observáveis em todas as áreas da interação humana, cujas lacunas que existem entre homens e mulheres revelam comportamentos sexistas e, muitas vezes, repetições de comportamentos.

Podendo-se até, se afirmar que, a violência estrutural persiste na sociedade, muitas vezes como resultado da imagem feminina percebida como inferior à imagem masculina, fisicamente e intelectualmente.

Que, com o advento da pandemia, pode-se verificar uma “pandemia das sombras”, que em decorrência da explosão da violência de gênero durante o surto de COVID-19, no Brasil, há, em curso, uma pandemia dentro da pandemia.

Eventos e ocorrências nas quais a mulher foi e é coisificada e diminuída, em todas as áreas e, especialmente na quarentena, a coisificação da mulher foi comprovada pela elevação dos dados da violência sofrida já não mais dentro das paredes de sua casa.

Isto, certamente, em decorrência de um comportamento machista o qual preexiste à pandemia.

Logo, existindo todo um pano de fundo envolvido quando a questão da violência contra a mulher acontece, independente se no âmbito domiciliar ou se no âmbito digital.

De tal modo, a violência contra a mulher já ultrapassa apenas as formas física e presencial, alcançando também a digital. Isto, possivelmente, em decorrência do crescimento exponencial do acesso à internet.

Isto a ponto de, com o uso aumentado da internet, serem cometidas desde as violências sexuais contra as mulheres, bem como, ainda surgindo, assim, novas formas de violência contra as mulheres como a pornografia de vingança ou “revenge porn”, inúmeros casos de Sextorsão, e, estupro virtual.

Assim sendo, este trabalho versa sobre a violência contra a mulher no âmbito digital, na atualidade.

Justificando-se que, a violência contra mulheres constitui-se em uma das principais formas de violação dos seus direitos humanos, atingindo-as em seus direitos à vida, à saúde e à integridade física, violência esta sendo estruturante da desigualdade de gênero, a qual se manifesta de diversas formas.

Logo, por que a mulher tem sido alvo de violência, na internet?

Então, para os alcances desta pesquisa, apresenta como objetivo geral: pesquisar os tipos e as causas da violência de gênero contra a mulher no ambiente digital. E, como objetivos específicos: levantar quais são as causas que levam as mulheres a se tornarem, no ambiente digital, as maiores vítimas de crimes com uso de alguma forma de violência, descrever as consequências que o crime violento, na internet, pode ter na vida de uma mulher, e, destacar se há políticas públicas de combate à violência contra a mulher perpetrada no mundo digital.

A pesquisa apresenta, para tanto, caráter bibliográfico, cuja análise será realizada dedutivamente, cujas buscas se deu por meio de pesquisas acadêmicas, textuais e jurisprudenciais disponíveis em livros, revistas em sítios da área de Direito, para obter resultados e respostas sobre a problematização apresentada neste artigo.

2 A REDE

Desde o advento da revolução tecnológica iniciada no século XX, com a democratização da rede mundial de computadores, aparatos como celulares e computadores evoluíram em suas capacidades de armazenamento e velocidade, isto no intuito de melhorar a conectividade e o compartilhamento de informações, isso significando que, existe, então, um novo ponto no espaço, o ciberespaço (MONTEIRO, 2019).

Espaço digital, virtual, cibernético esse no qual podem as informações serem veiculadas e armazenadas em outros e diferentes aparatos em todo o mundo, de tal maneira, dando aos usuários acesso a novos mundos, a nova cultura, sem ter o movimento físico (MONTEIRO, 2019).

Após o desenvolvimento que aconteceu na tecnologia o computador passou de estar presente em nossa mesa e foi para a palma de nossas mãos. Hoje os computadores se incorporaram aos telefones celulares, passando a surgir assim os smartphones, que conectados à internet colocam o mundo na ponta dos dedos de qualquer pessoa. Existe uma rede de computadores que conecta bilhões de pessoas ao redor do mundo - a Internet, que gerou outros tipos de dispositivos de computação (como smartphone) (MONTEIRO, 2019, p. 16).

Rememorando-se que, conforme assinala Monteiro (2019), a Internet foi projetada e desenvolvida pelo Departamento de Defesa dos EUA na década de 1960, logo, no auge da Guerra Fria.

Uma vez que, os Estados Unidos temiam que um ataque nuclear soviético destruísse suas bases de controle de lançamento nuclear, tornando-o incapaz de responder a ataques inimigos, os militares dos EUA começaram a desenvolver a tecnologia para que os computadores pudessem se comunicar a longas distâncias por meio de comunicações telefônicas já existentes (MONTEIRO, 2019).

Uma vez que, computadores lidam com sinais digitais, e, redes telefônicas lidam com sinais analógicos, então, foi necessário criar um conversor para emitir sinais digitais em análogos e vice-versa, aparato este, o MODEM, passou a ser criado (MONTEIRO, 2019).

Depois de 1990, essa rede não parou mais de crescer e um dos seus fatores que impulsionaram mais ainda esse crescimento, foi, quando em 1992, nasceu a World Wide Web (WWW) com seus navegadores gráficos, rede a qual ajudou o acesso de usuários comuns à Internet, a grande rede que se consolidava (MONTEIRO, 2019, p. 16).

A rede mundial foi se desenvolvendo, se expandindo, contudo, sua segurança não. Então, em meados da década de 60, começaram a acontecer os primeiros crimes digitais e, conforme a internet foi crescendo, esses tipos de crimes também foram evoluindo, progressivamente (MONTEIRO, 2019).

Logo, essa questão de crime na internet possui uma dimensão global, e, como na maioria dos casos apresenta conexão com mais de um país (já que essa rede possui uma abrangência transnacional), na maioria das vezes, a vítima está em um país e o autor em outro (MONTEIRO, 2019).

No Brasil, o combate ao chamado cibercrime está se desenrolando, visto que, os legisladores pátrios buscam identificar e modelar comportamentos criminosos, em ambiente digital para coibir o avanço dessa prática.

Tanto que, desde 1996, várias legislações foram desenvolvidas e aprovadas para viabilizar e acelerar as ações e o trabalho dos policiais profissionais contra o cibercrime, portanto, o Judiciário também reprime esse tipo de crime (MONTEIRO, 2019, p. 17).

2.2 MULHERES VÍTIMAS NA INTERNET

De acordo com Garcia (2022, p. 1), em recente estudo baseado em dados sobre a situação feminina em 170 países acerca de indicadores como a inclusão das mulheres, acesso à justiça e segurança, países nórdicos como a Noruega dominam o topo da lista. Estudo no qual o Brasil está na 80ª posição. Índice este que captura e quantifica as três dimensões da inclusão das mulheres (econômica, social e política), justiça (leis formais e discriminação informal) e segurança (nos níveis individual, comunitário e social) por meio de 11 indicadores.

Isto porque, apresenta crescimento vertiginoso a violência contra as mulheres, a qual continua devastadoramente generalizada, e, começa, assustadoramente, entre jovens. Tanto que, ao longo da vida, uma em cada três mulheres, cerca de 736 milhões, é submetida à violência física ou sexual por parte de seu parceiro ou violência sexual por parte de um não parceiro (número este que permaneceu, praticamente, inalterado na última década) (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2021, p. 1).

Exatamente, acerca da questão da violência contra a mulher, no Brasil, em 2006, entra em vigor a Lei n.11.304/06 – Lei Maria da Penha, que cria formas para se enfrentar a violência contra as mulheres, no âmbito doméstico, mesmo que ela seja praticada através de um companheiro, que tenha mantido relação afetiva, ou um parente que tenha com a mulher agredida um estado de coabitação (BRASIL, 2006).

Edito este que passou a ter esse nome por conta do caso da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes que, durante quase 20 anos, foi vítima de violência praticada pelo seu marido, a ponto de ficar paraplégica, após receber um tiro de espingarda disparado pelo seu companheiro (MONTEIRO, 2019).

Segundo dados oficiais, mais de 1 milhão de mulheres são vítimas de violência doméstica a cada ano, no Brasil, crime este que ocorre de diferentes maneiras, apresentando enquanto tipos mais comuns a violência física, psicológica, cujas outras formas de violência têm altos índices, como hereditário, moral, sexual, dentre outros, sendo que, todas essas formas de violência estão devidamente listadas no texto da Lei Maria da Penha, logo, os

salões de lei contam com as ferramentas adequadas para dirimir e sancionar-se acerca desta temática (MONTEIRO, 2019).

Ainda assim, na atualidade, tem crescido também uma outra forma da violência contra as mulheres, muito mais difundida do que se imagina, visto que acontece em ambiente no qual não há portas e nem barreiras, num universo veloz e em contínua expansão (MONTEIRO, 2019).

Como se ser vítima em um ambiente real (mundo físico) já não fosse suficiente, as mulheres são, também no ambiente virtual (mundo online), vítimas de violência, uma vez que, os ambientes virtuais têm uma característica ainda mais brutal, pois, em pouca quantidade de tempo, uma mulher pode ser humilhada na frente de seus entes queridos, amigos, contatos e milhares de estranhos se, por meio do compartilhamento de arquivos como fotos, áudios, vídeos, forem postadas informações acerca da mulher (STOCO; BACH, 2018).

Com a evolução da tecnologia ocorrida nas últimas décadas e a massificação do uso dessas novas tecnologias, como internet, redes sociais e smartphones, a violência contra as mulheres ganhou uma implacável ferramenta. Todos os dias milhões de mulheres país afora são vítimas de várias formas de violência, praticadas, em sua maioria, por homens motivados por questões de ódio, vingança ou de vantagem financeira. Se faz necessário observar novas modalidades criminosas originadas do uso desmedido e indevido da Internet, tais como revenge porn, sextorsão e estupro virtual, bem como – e conseqüentemente – a eventual necessidade de criação de novos tipos penais para prevenir e punição destas condutas. (MONTEIRO, 2019, p. 21-22).

Infelizmente, ainda não faz parte do senso comum que, certos comportamentos caracterizam formas de violências praticadas contra as mulheres, ainda que no ambiente digital. Tratando-se, portanto, de comportamentos dos mais simples, como exigir da parceira as senhas do seu aparelho celular, das redes sociais e dos e-mails, aos mais graves, como exigir a produção de fotos íntimas ou que a mulher faça na frente de uma webcam, qualquer tipo de ato de cunho sexual (MONTEIRO, 2019, p. 19).

Acerca dessa questão dos avanços legislativos visando coibir, de forma eficaz, comportamentos agressivos ou covardes que são praticados contra as mulheres no ambiente virtual, foi criada a recente Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que pune com mais rigor a divulgação de fotos íntimas, não autorizadas, de mulheres que tenham mantido relação íntima de afeto com os responsáveis pela divulgação (BRASIL, 2018).

3 A PRIVACIDADE DA MULHER NO MUNDO VIRTUAL

Como dito anteriormente, ainda que exista a possibilidade da praticidade que trouxe para a vida da população, a internet também colabora no acesso aos direitos fundamentais, uma vez que, promovendo oportunidades relativas à educação, com a expansão do ensino à distância, bem como o acumulado de conteúdos em virtude da grande gama de livros, artigos, revistas, que se encontra de forma online, não sendo mais necessário que as pessoas busquem jornais ou saiam de casa para se ter acesso às informações, em meio virtual, muitos se aproveitam da falsa sensação de impunidade para incorrer em ilicitude, sobretudo contra pessoas do sexo feminino (GREISANG, 2021, p. 1).

Nesse sentido, ainda que, seria notável vínculo entre a modernização tecnológica e as inovações defensivas, nesse viés, o avanço dos dispositivos que permitem a defesa preventiva da mulher demonstra excelentes perspectivas e possibilitam alcançar maiores patamares, se, contudo, houvesse o incentivo do Estado Brasileiro (COSTA; FREITAS; GONÇALVES, 2021, p. 68).

Conforme assinalado no Dossiê Violência contra as mulheres (2021, p. 1), a crescente e voraz evolução e disseminação das 'novas tecnologias' da internet e da telefonia móvel mudaram a maneira como as pessoas vivenciam suas experiências sociais.

Uma vez que, além de promoverem a ampliação do círculo de pessoas alcançadas pelas chamadas redes sociais, bem como a instantaneidade com que mensagens de voz e de texto, vídeos e fotos são trocados e replicados

nesse ambiente virtual, cresce também incidentes ofensivos e violentos contra todas os gêneros, sobretudo o feminino (DOSSIÊ VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES, 2021, p. 1).

Plataformas virtuais, aparatos tecnológicos e mídias as quais, embora úteis e facilitem ambientes de troca de informação e debate, as redes sociais e outras áreas da comunicação digital têm sido também um espaço de violências contra as mulheres (DOSSIÊ VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES, 2021, p. 1).

Isto porque, de acordo com Milanez e Vial (2020, p. 127), essa questão de se negligenciar parcelas da sociedade em decorrência do preconceito e da menos valia revelam a “sociedade patriarcal incutida nos sujeitos, sociedade a qual se caracteriza por um poder e dominação centralizado nas mãos da figura masculina, sendo não um fenômeno da sociedade contemporânea, mas tendo suas raízes nos primórdios da humanidade”.

Moreira (2022, p. 1) destaca que, essa exposição, compartilhamento e convergência no universo cibernético, ainda que oportunizador de múltiplas buscas, em se tratando de casos de violência contra a parcela feminina é numeroso e amplo, visto que o espaço virtual é ilimitado, uma vez que, a distribuição do conteúdo acontece em efeito cascata e com velocidade, sem contar que, o alcance que uma mensagem com a violência pode atingir seria extremo e grave, preocupante e, pior, difícil de controlar e ser revertido.

Essa divulgação não se restringe a redes sociais podendo se dar em sites de pornografia. Pode ser praticada também através de e-mails de cunho ameaçador independente se o objetivo for causar algum receio emocional ou obter alguma vantagem financeira. Frisa-se que essa divulgação não possui o consentimento da vítima mesmo quando ela dá o consentimento de ser fotografada ou filmada (MOREIRA, 2022, p. 1).

A esse “vazamento” de “nudes”, alguns procedimentos são importantes para as mulheres vítimas de cibercrime. Logo, criando a falsa impressão de que, crimes contra a mulher não incorrem em ilícito e, assim, sem aplicação de sanção, nisto, novas formas de violência contra as mulheres e meninas têm surgido a cada instante no espaço virtual (MOREIRA, 2022).

Muitas vezes, o intuito do agressor visaria a vingança motivada por diversas razões, estas desde o término do relacionamento até alguma atitude da mulher que o desagradou. Vingança a qual pretende expor a vítima, causando vergonha social e estragos emocionais naquela pessoa exposta. Entretanto, é possível analisar de forma mais profunda essa motivação na perspectiva de que o exposto é o comportamento tido como desviante do padrão imposto pela sociedade, visto que, há um tabu muito grande nas relações sexuais (MOREIRA, 2019, p. 1).

Assim, são compartilhados e expostos em meios virtuais desde vídeos e fotos gravados pela vítima ou que figuram a vítima, sobretudo mulher, juntamente com seu(s) parceiro(s) sexual(is) ou destinados somente ao(s) seu(s) parceiro(s) sexual(is), nunca pretendendo alcançar a todo e qualquer público, uma vez que tais conteúdos são disponibilizados a terceiros pelo(s) próprio(s) parceiro(s) ou ex-parceiro(s), contudo, sem o consentimento da envolvida, juntamente com informações pessoais da vítima, com o objetivo principal de humilhá-la publicamente, expondo-a a linchamento moral, sobretudo, quando do termino do relacionamento (MOREIRA, 2019, p. 1) (STOCO; BACH, 2018, p. 682).

Este ato companheiros ou ex-companheiros de expor a mulher e sua intimidade, seu corpo e sua privacidade, sobretudo, compartilhando arquivos nos quais evidenciam-se partes do corpo feminino chama-se, em inglês “revenge porn” (pornografia da vingança, pornografia vingativa) (STOCO; BACH, 2018, p. 681).

Também figura o rol de crimes contra mulheres em ambiente digital o “cyberbullying” (cyber vingança). Este caracterizado pelo uso de ferramentas do espaço virtual, como as redes sociais e os celulares, para alastrar comentários depreciativos. Pode atingir qualquer pessoa, mas, geralmente, essa forma de violência mobiliza sistemas discriminatórios, como o sexismo, o preconceito de classe, o racismo e a homofobia (DOSSIÊ VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES, 2021, p. 1).

Embora tenha o prazo para a internet brasileira se adequar à LGPD, a Lei Geral de Proteção de Dados, sancionada em 2018, diploma infralegal que controla o tratamento de dados pessoais, fruto de muitas mobilizações em torno do tema, principalmente, os usos voltados para ataques à integridade das meninas, a LGPD se baseia em

valores como o respeito à privacidade, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, nos direitos humanos de liberdade, dignidade das pessoas, dentre outros, além do crescente número de vítimas, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro tipificação específica para tal crime (STOCO; BACH, 2018, p. 682).

Ainda que, nos instrumentos normativos da justiça brasileira a prática de revenge porn pode ser enquadrada como conduta conformada dentro dos limites previstos pela figura da difamação e/ou injúria. Crimes estes previstos, respectivamente, nos arts. 139 e 1404 do Código Penal, enquanto crimes contra a honra (BRASIL, 1940).

Conforme aduz Mansuido (2020), ainda existem crimes, em meio digital, perpetrados contra a parcela feminina, os quais expõem e depredam a imagem da mulher atacada, crimes os quais também apresentam alta incidência em número de casos, tais como:

1. Sextorsão: se configura na ameaça de se divulgar imagens íntimas para forçar alguém a fazer algo, seja por vingança, humilhação ou para extorsão financeira. Crime este que pode ocorrer de diversas maneiras as quais vão desde o “blefe” (alguém finge ter posse de conteúdos íntimos como forma de ameaçar), na cobrança de valores após conversa sexual, com mútua exposição, na invasão de contas e dispositivos para roubar conteúdos íntimos, dentre outras formas;
2. Estupro virtual: neste, o autor do crime, por meio da violência psicológica, faz ameaças e chantagens à vítima, por deter algum conteúdo íntimo e, com isso, exige favores sexuais por meio virtual, como coagir a mulher a despir-se em uma chamada de vídeo, por exemplo;
3. Perseguição on-line (stalking): forma de violência psicológica na qual o agressor faz a vítima se sentir assediada ou com medo, uma vez que, o agressor invade a privacidade com o envio de mensagens indesejadas nas redes sociais, exposição de fatos e boatos sobre a vítima na internet.

Ainda não tipificados como crimes com previsão de sanção na legislação brasileira, e, mesmo existindo vários projetos acerca desta temática no Congresso Nacional, enquanto isso, mulheres, vítimas destes tipos de violência em meio digital, têm encontrado, em dispositivos e instrumentos normativos como a Lei Maria da Penha, letras do Código Penal de 1940, Lei Federal 12.737/12, mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann, Marco Civil da Internet, de 2014, a Lei Federal 13.718/18, conhecida como Lei de Importunação Sexual, ferramentas para assegurar sua segurança acerca dessa seara (MANSUIDO, 2020) (STOCO; BACH, 2018).

Além de que, ambos os crimes tutelam dimensões distintas da honra. Pois, enquanto a difamação visa proteger a honra objetiva da pessoa, a injúria importa-se apenas com a honra subjetiva (MOREIRA, 2022).

Apesar dos desdobramentos da LGPD, as ações da sociedade, no mundo virtual, reproduzem valores e relacionamentos do mundo real, de tal modo, as mulheres sofrem mais quando se trata de crimes cibernéticos, em crimes como o vazamento de informações, especialmente se relativos à intimidade (STOCO; BACH, 2018).

4 A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DE DADOS, SOBRETUDO PARA A PARCELA FEMININA

Certamente em decorrência do evento da pandemia do COVID-19, os casos de violências contra a parcela feminina apresentaram um crescimento amplificado, sobretudo, quando do confinamento, uma vez que, mais da metade da população mundial vivia confinada com parceiros violentos, se vendo presas com seus agressores e sem o apoio de amigos e familiares. Evento este denominado uma “Pandemia das Sombras”, quando todos os tipos de violência contra mulheres e meninas se intensificaram (PLATAFORMA HELP PARA PESSOAS REFUGIADAS, 2020, p. 1).

A violência contra a mulher também consiste em um processo de caráter social, que reflete o sistema patriarcal. As fases desse ciclo de violência têm início com construção da tensão, chegando à tensão máxima, finalizando com a reconciliação. Tais agressões se tornam mais graves e habituais com a repetição desse ciclo. Apesar da grande incidência e reincidência das diversas formas de agressões, tanto físicas, psicológicas, sexuais, morais, patrimoniais no

âmbito familiar, o combate à violência doméstica tem sido um desafio global e no Brasil isso também não é diferente (COSTA; MENEQUETTI; MAIA, 2020, p. 263).

De tal modo, a proteção de dados passou a ser temática relevante na seara jurídica, principalmente em crimes praticados contra a mulher no ciberespaço, uma vez que, apesar das violências terem acontecido em um ambiente virtual, as consequências nas vidas de muitas mulheres foram bastante reais, visto que, cerca de 35% das vítimas desenvolveram medo de sair de casa, 30% apresentaram medo de contato social e ideação suicida, e, outros 21% excluíram suas redes sociais (LIMA, 2021, p. 1).

[...] (sobretudo quando do isolamento oportunizado pela pandemia do COVID-19) muitos casos estão sendo subnotificados, já que, com o isolamento os agressores estão mais próximos das vítimas diariamente, dificultando a formalização de denúncias, tornando as mulheres ainda mais vulneráveis durante a pandemia, o que dificulta de se dirigir a uma delegacia ou a outros locais que prestam socorro às vítimas, como centros de referência especializados, ou, inclusive, de acessar canais alternativos de denúncia, como telefone ou aplicativos (COSTA; MENEQUETTI; MAIA, 2020, p. 263).

Lapertosa e Balacci (2021, p. 1) salientam que, os abusos cibernéticos contra mulheres cresceram 78,5% em 2019, passando de 7.112 para 12.698 denúncias, em 2020, cujos principais tipos de infração vão desde discursos de ódio, ameaças, stalking (ou perseguição), crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação) até a chamada pornografia de vingança.

Números estes que revelam que, embora exista previsão de punição em diplomas infralegais como citado anteriormente, perjura a sensação de impunidade.

Sobretudo porque, além dos impactos psicológicos, há ainda o risco dos crimes cibernéticos evoluírem e alcançarem as vias do mundo real, chegando às incidências de violências físicas, como agressão, estupro ou assassinato (LAPERTOSA; BALACCI, 2021, p. 1).

De tal modo, emerge um alerta o qual vem provocando novas discussões, bem como a necessidade de atualização das leis para proteger as mulheres vítimas destes crimes em meio cibernético, visto que não seria preciso muito esforço para aperceber-se que, novas tecnologias, principalmente a internet, estão ditando as relações na sociedade, posto que, novas formas de conexão e até de consumo vão se estabelecendo velozmente (LAPERTOSA; BALACCI, 2021, p. 1).

Nesse cenário, os dados pessoais tornaram-se um insumo importante, senão o principal, para as atividades econômicas e governamentais. Assim, a proteção de dados é um método comprovado de garantia de privacidade e confidencialidade, visto que, os direitos de proteção de dados foram recentemente classificados no rol de direitos fundamentais e sua importância para a garantia da dignidade humana foi reconhecida (MOTTA, 2021, p. 1).

Quando se trata de mulheres, a proteção de dados pessoais é ainda mais importante, pois são os alvos mais comuns de crimes cibernéticos, quando do vazamento de fotos e vídeos íntimos (MOTTA, 2021, p. 1).

A internet e a tecnologia nada mais são do que uma reprodução, em grande grau de vigilância, das relações havidas no mundo não virtual. Por esse motivo, as desigualdades presentes na sociedade acabam sendo ampliadas para o campo tecnológico. Em grau, inclusive, mais exacerbado, sob a falsa sensação de ser a internet uma terra sem lei, onde a possibilidade de anonimato potencializa atitudes (MOTTA, 2021, p. 1).

No Brasil, infelizmente, não faltam exemplos para mostrar que as meninas são constantemente alvo de ataques digitais, desde a disseminação de fake news até o compartilhamento indevido de dados pessoais, em aplicativos que se propõem a atingir mulher, como o controle menstrual, que muitas vezes coletam informações sem motivo (MOTTA, 2021, p. 1).

No entanto, há muito a ser feito sobre esse assunto, principalmente no que diz respeito à educação da população em geral sobre o que é o assunto e a importância de proteger seus dados. Escusado será dizer que a proteção dos dados das meninas ainda é uma área que merece muita atenção (MOTTA, 2021, p. 1).

Assim sendo, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18) surge, nesse cenário caracterizado pelo avanço tecnológico, como instrumento, ainda que incipiente, para garantir a proteção do uso de dados, no Brasil (TIEGHI, 2016, p. 1).

5 O APOIO DA JUSTIÇA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DIGITAL

Conforme salientado pelo desembargador e renomado criminalista Alberto Silva Franco (2000, p. 102), ao pontuar sobre as dificuldades geradas pela globalização das relações sociais, revelam que,

A inexistência de um Estado Mundial, ou de organismos internacionais suficientemente fortes que disponham do jus puniendi e que possam, portanto, emitir normas penais de caráter supranacional, a carência de órgãos com legitimação para o exercício do jus persecuendi e a falta de concretização de tribunais penais internacionais agravam ainda mais as dificuldades do enfrentamento dessa criminalidade gerada pela globalização (FRANCO, 2000, p. 102).

Aos poucos, países do mundo e também o Brasil, estão se adaptando à nova realidade da sociedade da informação e, timidamente, leis estão sendo criadas para combater as formas de violência contra a mulher no ambiente digital (MOTTA, 2021).

Destacando-se que, acerca da violência moral, com a divulgação de fotos íntimas de meninas, fora o ponto de partida para a criação de um marco legislativo voltado para essa luta.

Tanto que, em 2009, as Filipinas se tornaram o primeiro país a promulgar leis sobre a divulgação de pornografia não consensual, cuja lei proibira fotografar ou filmar uma pessoa ou grupo envolvido em atos sexuais ou similares, copiar ou reproduzir tal material, vender ou distribuir material pornográfico não consensual e publicar ou transmitir tal conteúdo (BLOGNETION, 2019, p. 1).

Ressaltando-se, também que, no Brasil, na década de 2010, emergiram várias propostas para o comportamento de revelar fotos íntimas sem autorização do dono da foto. Então, a primeira proposta para a propositura de instrumentos normativos, com previsão de ilícitudes para tais crimes aconteceu em 2012, quando em maio daquele ano, um indivíduo hackeou o computador da atriz Carolina Dieckmann, furtou 36 fotos íntimas, e, depois ameaçou divulgar as fotos, caso a artista tivesse custeado uma certa quantia não paga (BLOGNETION, 2019). Assim sendo, em 30 de novembro de 2012, foi sancionada a Lei 12.737/2012.

Edito este que ficou conhecida como Lei Carolina Dieckmann, a qual promoveu alterações no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940).

A legislação fora oriunda do Projeto de Lei 2793/2011, apresentado em 29 de novembro de 2011, pelo Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), que tramitou em regime de urgência e em tempo recorde no Congresso Nacional, em comparação com outros projetos sobre delitos informáticos que as casas de leis apreciavam (como, por exemplo, o PL 84/1999, a Lei Azeredo, também transformado em lei ordinária 12.735/2012 em 3 de dezembro de 2012) (BLOGNETION, 2019).

No entanto, a supracitada lei recebeu críticas de juristas, especialistas, profissionais de segurança da informação, pois suas disposições são amplas e confusas, as quais podem levar às interpretações duplas ou até subjetivas. Logo, tais críticas apontam o que pode ser usado para criminalizar comportamentos triviais ou mesmo para defender e auxiliar os cibercriminosos, o que tornar a lei injusta e ineficaz (ANDRADE; DIAS; TAVARES, 2020).

Por outro lado, as sanções são pouco dissuasivas e muitas situações se enquadram no procedimento de julgados especiais, o que pode contribuir para a ineficácia do combate ao cibercrime, no Brasil.

Nessa linha, emergiram diversas propostas legislativas com o objetivo de combater os crimes cibernéticos e, em especial, aqueles cometidos com violência moral e sexual contra a mulher expostas à câmera dos Deputados,

como no Projeto de Lei nº 5.555, de 09 de maio de 2013, o qual objetiva criar mecanismos para o combate a condutas ofensivas contra a mulher na Internet ou em outros meios de propagação da informação (BRASIL, 2013).

Existe também o Projeto de Lei nº 5.822, de 05 de junho de 2013 que inclui a violação da intimidade da mulher na internet entre as formas de violência doméstica e familiar as quais já figuravam a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) (BRASIL, 2013).

Ainda, há o Projeto de Lei nº 6.630, de 23 de outubro de 2013 que acrescenta artigo ao Código Penal, tipificando a conduta de divulgar fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual, sem autorização da vítima e dá outras providências (BRASIL, 1940) (BRASIL, 2013).

O Projeto de Lei nº 6.713, de 06 de novembro de 2013 dispõe sobre a punição a quem praticar a chamada vingança pornográfica (BRASIL, 2013).

Outro intento estaria versado no Projeto de Lei nº 170, de 19 de fevereiro de 2015 que inclui a violação da intimidade da mulher na internet entre as formas de violência doméstica e familiar constantes na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) (BRASIL, 2015).

Bem como o Projeto de Lei nº 5.555, de 09 de maio de 2013 e o Projeto de Lei nº 3.158, de 08 de outubro de 2015, os quais o teor tipifica a exposição pública da intimidade física ou sexual, modificando o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal (BRASIL, 1940) (BRASIL, 2015).

Outro edito proposto no Projeto de Lei nº 6.668, de 20 de dezembro de 2016 visava tipificar o crime de pornografia e revanche, bem como a publicação de material pornográfico, como fotografias ou vídeos que contenham cenas consideradas pornográficas ou cenas de sexo explícito, se não houver ordem ou autorização da vítima (BRASIL, 2016).

Nessa seara, em 2018 foi sancionada a Lei 13.718/18, tendo o Projeto de Lei 5.452/2016 como proposição originária, que tipificou novos crimes ditos crimes 68 informáticos, mais especificamente o crime de divulgação de fotos ou vídeos de estupro coletivo e a divulgação de fotos e imagens íntimas sem autorização do participante (BRASIL, 2016).

A Lei nº 13.718/18 introduz diversas modificações na esfera dos crimes contra a dignidade sexual (BRASIL, 2018).

Uma vez que, a mesma tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, bem como, altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, ainda, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes, como também cria causa de aumento de pena referente ao estupro coletivo e corretivo, e, revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei nº 13.718/2018) (BRASIL, 1941) (BRASIL, 2018).

Portanto, muitas têm sido as ações e esforços tanto do sistema legislativo quanto do sistema judiciário brasileiro no intuito maior de se sancionar e punir aqueles que incorrem em ilicitudes em âmbito digital, na atualidade.

6 CONCLUSÃO

Este estudo é derivado da vigilância de crimes virtuais disponibilizada em artigos e estudos e entendimentos publicados na grande mídia, cujo o fim seria promover a redução dos índices de crimes cibernéticos, de crimes cometidos em ambiente digital contra meninas, mulheres, em toda a extensão territorial do Brasil.

Esses crimes começaram a se tornar cada vez mais comuns, à medida que houve a massificação da internet e o uso de novas tecnologias como smartphones, programas de mensagens instantâneas, câmeras digitais portáteis ou câmeras associadas a telemóveis, dentre outras.

Usualmente, esses crimes chamam a atenção para a forma como são aplicados e para o uso de alguma forma de violência contra a mulher seja moral, sexual ou patrilínea.

Mesmo assim, esses crimes são vistos sob uma perspectiva que se concentra apenas no aspecto do aumento do índice de crimes cibernéticos e a questão da violência contra a mulher no ambiente digital, passou quase despercebida. Isto porque, arraigada na mente da sociedade ainda perjura o preconceito patriarcal e sexista,

logo, não considerando crime quando meninas que foram submetidas a atos de violência por estranhos ou ex-parceiros.

Sociedade essa que, muitas vezes, ignora as violações dos direitos humanos e da dignidade. A sociedade que se cala diante dos pequenos gestos de violência vivenciada por meninas e mulheres, todos os dias e, com o trespassar do tempo, tornam-se cada vez mais graves e difíceis de reparar.

Para agravar essa situação, constatou-se a carência de projetos sociais capazes de acolher, acompanhar e apoiar as meninas e mulheres vítimas de violência praticada com o uso de tecnologia, ainda que existam, no Brasil, os mecanismos criados pela Lei Maria da Penha, para combater atos de violência doméstica e familiar.

Durante o desenvolvimento deste trabalho, foi possível concluir que, de fato, as meninas e mulheres são as maiores vítimas de crimes cibernéticos que envolvem alguma forma de violência, moral, psicológica, sexual ou paterna.

Da mesma forma que ocorre na esfera física, na esfera doméstica e familiar, a violência praticada na esfera digital, ou com a ajuda dela, por mínima que seja, também deve ser combatida e, sobretudo, evitada.

No entanto, a sociedade ainda está presa às entranhas de uma cultura machista em que, apesar de todas as conquistas das últimas décadas, as mulheres ainda são vistas como objetos subordinados a uma figura masculina, seja ela pai, namorado ou marido. Desta forma, nossa sociedade tolera comportamentos inadequados em relação às mulheres, comportamentos estes introduzidos também no ambiente digital.

Esses comportamentos vão desde uma simples impertinência do marido ou namorado, quando ele obriga a parceira a lhe dar a senha do celular ou das redes sociais, até, comportamentos mais graves como: divulgação indevida de fotos íntimas, sextortion ou vantagem sexual obtida por meio de meio virtual.

Logo, o abuso é uma demonstração clara e objetiva de vários níveis de violência contra as mulheres em âmbito digital.

Valendo se ressaltar que, nos casos de crimes contra a honra da mulher, como no caso da divulgação de fotos íntimas sem consentimento, o autor do ato criminoso busca o ambiente digital para sua prática criminosa.

Diante do exposto, é urgente avançar no combate a esses crimes que são praticados no ambiente digital contra as mulheres, pois, ainda que em uma perspectiva social, é importante trazer para a discussão dos muitos profissionais do ramo do Direito, os objetivos presentes nesses crimes os quais compõem a subjetividade de seus autores, causando danos, violência e constrangimentos que se relacionam com essa ciência.

Finalmente, espera-se que, as novas tecnologias da sociedade da informação, que hoje são, frequentemente, utilizadas para violar direitos fundamentais das pessoas, no caso em tela, das mulheres, sejam amplamente utilizadas de forma benéfica, e, que a tecnologia contribua para a disseminação da cultura de igualdade e respeito aos direitos, para, de tal maneira, se fomentar políticas públicas que proporcionem um devido amparo àquelas que sofrem violência de qualquer natureza.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Deise Almeida de; DIAS, Renato Duro; TAVARES, Silvana Beline. Gênero, sexualidades e direitos I. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/vv9u5o3i/n30kQr8aVRHCmZr8.pdf>> Acesso em: 12 set. 2022.

BLOG NETION. A pornografia de vingança é um tipo de cyberbullying, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.netiontelecom.com.br/pornografia-de-vinganca>> Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 3 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018 a qual altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar

pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm> Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 a qual cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 que institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 21 set. 2022.

COSTA, Fabrício Veiga da; MENEGHETTI, Rayssa Rodrigues; MAIA, Raphael Moreira. Estado, Integração e Direitos Humanos. Conpedi, 2020. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/cw352q6w/656c7b8z/EgHC5xrewf90F0EB.pdf>> Acesso em: 12 set. 2022.

COSTA, Fabrício Veiga da; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona; GONÇALVES, Igor Souza. Formas de Solução de Conflitos e Direito Preventivo. Conpedi, 2021. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/b3vv7r7g/35b874uj/19g07Pt90Q96PCOP.pdf>> Acesso em: 14 set. 2022.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. In: PODVAL, Roberto (Org.). Temas de direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 257.

GARCIA, Mariana. Veja quais os melhores e os piores países para ser mulher nos quesitos inclusão, justiça e segurança. Portal G1, mar. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/dia-das-mulheres/noticia/2022/03/08/veja-quais-os-melhores-e-os-piores-paises-para-ser-mulher-nos-quesitos-inclusao-justica-e-seguranca.ghtml>> Acesso em: 21 set. 2022.

GRIESANG, Mariana. Violência de gênero contemporânea e a afronta aos direitos fundamentais através da pornografia de vingança e do cyberbullying. JusBrasil, 2021. Disponível em: <<https://marjanahg.jusbrasil.com.br/artigos/1289716865/violencia-de-genero-contemporanea-e-a-afronta-aos-direitos-fundamentais-atraves-da-pornografia-de-vinganca-e-do-cyberbullying>> Acesso em: 14 set. 2022.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Dossiê violência contra as mulheres. 2022. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>> Acesso em: 21 set. 2022.

LAPERTOSA, Norah; BALACCI, Luccas. Crimes cibernéticos contra mulheres aumentam durante pandemia. UOL, abr. 2021. Disponível em: <<https://www.band.uol.com.br/noticias/bora-sp/ultimas/crimes-ciberneticos-contramulheres-aumentam-durante-pandemia-16344446>> Acesso em: 21 set. 2022.

LIMA, Edson Kaike. Assédio é a forma mais comum de violência contra as mulheres na internet. Olhar digital, 2021. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2021/11/30/internet-e-redes-sociais/assedio-e-a-forma-mais-comum-de-violencia-contra-a-mulher-no-mundo-virtual/>> Acesso em: 14 set. 2022

MANSUIDO, Mariane. Violência de gênero na internet: o que é e como se defender. Out, 2020. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/violencia-de-genero-na-internet-o-que-e-e-como-se-defender/>> Acesso em: 21 set. 2022.

MILANEZ, Felipe Comarela; VIAL, René. Os direitos humanos na era tecnológica. 2020. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/x2c7701f/96n0w395/ltLDM25Y02Czp2u.pdf>> Acesso em: 13 set. 2022.

MOREIRA, Paulo Roberto Silvério. Crimes sexuais pela internet: a violência contra a mulher entre o real e o virtual. Revista Eletrônica Migalhas, mar. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/361963/crimes-sexuais-pela-internet-a-violencia-contra-a-mulher>> Acesso em: 21 set. 2022.

MONTEIRO, Eduardo Pinheiro. A violência contra as mulheres no ambiente digital. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local da Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória – EMESCAM. Vitória, 2019, 116f. Disponível em: <<https://emescam.br/wp-content/uploads/2021/01/dissertao-final-eduardo-pinheiro-monteiro.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

MOTTA, Claudia. Por que as mulheres devem proteger seus dados pessoais e de navegação na internet. Rede Brasil Atual, 2021. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2021/06/mulheres-devem-protoger-dados-navegacao-internet/>> Acesso em: 14 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Devastadoramente generalizada: 1 em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência, mar. 2021. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/noticias/9-3-2021-devastadoramente-generalizada-1-em-cada-3-mulheres-em-todo-mundo-sofre-violencia>> Acesso em: 21 set. 2022.

PLATAFORMA HELP PARA PESSOAS REFUGIADAS. Violência contra a mulher aumenta durante a pandemia de COVID-19, nov. 2020. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/11/25/violencia-contra-a-mulher-aumenta-durante-a-pandemia-de-covid-19/>> Acesso em: 21 set. 2022.

STOCO, Isabela Maria; BACH, Marion. A mulher como vítima de crimes virtuais: a legislação e a jurisprudência brasileira. Programa de Apoio à Iniciação Científica - PAIC 2017-2018, v. 19(1). Disponível em: <<https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/article/view/311/281>> Acesso em: 21 set. 2022.

TIEGHI, Ana Luiza. A utilização de informações de usuários de serviços on-line para gerar publicidade é prática comum. Crypto Id, dez. 2016. Disponível em: <<https://cryptoid.com.br/conectividade-tecnologia-criptografia-id/21853-privacidade-usp/>> Acesso em: 14 set. 2022.

36 ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS

Jeferson de Souza de Sá
Ana Luísa Furlan Lehmkuhl

RESUMO Este trabalho visa apresentar uma breve análise das formas que ocorrem o abandono afetivo e suas consequências psicológicas. Inicialmente, demonstrou-se os princípios e conceitos norteadores da família e a evolução histórica da família. Em seguida, abordou-se o principal objetivo da pesquisa, o abandono afetivo parental, demonstrando o que é o abandono e como ele pode ocorrer, adentrando em possíveis efeitos psicológicos que possam ser causados às crianças que forem vítimas de abandono afetivo parental, bem como demonstrando o dever de cuidado que é garantido à criança, moralmente e legalmente, considerando as disposições previstas em lei. Por sua vez, demonstrou-se brevemente as possíveis consequências causadas às crianças que são abandonadas, tanto consequências psicológicas quanto em seu desenvolvimento como pessoa, quanto consequências que em muitos casos são consideradas irreversíveis, ocasionando traumas e transtornos às crianças abandonadas. A metodologia utilizada no presente trabalho foi pesquisas bibliográficas e artigos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo. Dever de cuidado. Consequências. Direito.

ABSTRACT This work aims to present a brief analysis of the ways in which affective abandonment and its psychological consequences occur. Initially, the guiding principles and concepts of the family and the historical evolution of the family were demonstrated. Then, the main objective of the research, parental affective abandonment, was approached, demonstrating what abandonment is and how it can occur, entering into possible psychological effects that can be caused to children who are victims of parental affective abandonment, as well as demonstrating the duty of care that is guaranteed to the child, morally and legally, considering the provisions provided for by law. In turn, the possible consequences caused to children who are abandoned were briefly demonstrated, both psychological consequences and in their development as a person, as well as consequences that in many cases are considered irreversible, causing trauma and disorders to abandoned children. The methodology used in the present work was bibliographic research and scientific articles.

KEYWORDS: Affective abandonment. Duty of care. Consequences. Right.

INTRODUÇÃO

O abandono afetivo caracteriza-se como um grande problema a ser enfrentado pela sociedade, pois várias são as possíveis formas de abandono afetivo, podendo ocorrer tanto pelo pai quanto pela mãe, causando grandes impactos negativos na vida e no psicológico da criança.

A família no sentido genérico e biológico é conceituada como um conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum (PEREIRA, 2004). Embora com o passar dos anos o conceito de família e a composição das famílias tenham passado por grandes evoluções, em tese, o verdadeiro sentido de família não deveria mudar.

O abandono afetivo parental é um assunto complexo, pois além de ser um dever da família o cuidado, pelos pais e mães, é um direito fundamental garantido aos filhos desde sua concepção, sendo garantido pela Constituição Federal a dignidade da pessoa, o princípio da solidariedade familiar e o princípio da afetividade, sendo este último considerado o alicerce do respeito à dignidade humana.

O abandono nada mais é do que um desrespeito moral com os filhos, considerando o fato de que a criança não pediu para nascer, muito menos obrigou alguém a lhe prover cuidado, ela foi gerada por uma pessoa, por

vontade desta, então as pessoas responsáveis pela criança é o núcleo ideal do inteiro desenvolvimento da criança (DINIZ, 2010).

As consequências dos abandonos afetivos causados em uma criança geralmente são distúrbios de comportamento, como baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação de perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz (SOUZA, 2010)

Diante disto, este estudo buscou compreender o abandono afetivo parental e suas possíveis consequências psicológicas, por meio de uma revisão de literatura realizada a partir de doutrinas e artigos científicos. Para a busca dos artigos foi utilizado como descritores as seguintes combinações: abandono afetivo and consequências do abandono afetivo parental, no período de 2000 a 2022. Após a leitura, procedeu-se a análise descritiva e de conteúdo. Foram incluídos os artigos relacionados ao tema da pesquisa.

PRINCÍPIOS E CONCEITOS NORTEADORES DA FAMÍLIA

A sociedade caminha apressadamente à evolução em todos os âmbitos dela. E a família como instituição pertencente à sociedade não faz diferente. Atendendo às necessidades sociais, o conceito de família vem passando por constantes modificações que oscilam de acordo com o tempo e o espaço (VENOSA, 2018)

Neste sentido, Pereira (2004) ressalta que:

Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda, neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). Na largueza desta noção, os civilistas enxergam mais a figura da Romana Gens ou da grega Genos do que da família propriamente dita.

A família, durante o passar dos anos, passou por constante evolução, modificando-se de cultura a cultura, de geração a geração. Antigamente, família era aquela que se constituía com o matrimônio, de acordo com os costumes religiosos.

No entanto, atualmente, a realidade trouxe muitas modificações, pois, o termo família, não é mais utilizado apenas a família composta por homem, mulher e filhos, e sim, a família composta por dois homens, duas mulheres, avós e netos, tios e sobrinhos, e diversas outras formas consideradas como família.

Assim, pode-se dizer que várias são as formas de constituir família, considerando a constante evolução da sociedade, e a partir de então, definir exatamente sua origem e conceituação concretamente é praticamente impossível, conforme aduz Coelho (2012) a explicação da origem da família, como se vê, está envolta em grandes incertezas. Associa-se o seu surgimento, porque conceitualmente não há alternativa, ao da prática da proibição do incesto, isto é, à regulação das relações sexuais permitidas e proibidas.

Mas pouco se consegue avançar, segundo Coelho (2012) pela trilha da certeza científica, no conhecimento de sua origem, porque nunca houve, como não há hoje em dia, uma forma única de família. Podem-se estudar as famílias, mas não a família. Numa determinada sociedade, definida por vetores de tempo e lugar, é possível descrever uma ou duas estruturas predominantes de organização familiar. Mas não tem sentido buscar uma única trajetória evolutiva que explique satisfatoriamente como se estruturam e quais são as funções de todas as famílias.

Conforme demonstrado anteriormente, no decorrer dos anos a família tradicional, composta por pais e filhos foram modificando, de acordo com a realidade de cada um, verifica-se que a maioria das famílias atuais não são iguais às de antigamente, iniciada pelo casamento na igreja e em cartório, como pode-se verificar na sociedade, a forma mais comum de se constituir família é a com a união estável, o que antigamente era praticamente impossível de acontecer.

Bem como, hoje em dia, a família não é comandada exclusivamente pelo homem, hoje, a mulher, também comanda a casa, no sentido de prover o sustento de todos com renda igual ou até mesmo superior que a do homem.

Nesse sentido, reforçando a ideia de modernização, Lôbo (2011) sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e

procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher — poder marital, e sobre os filhos — pátrio poder.

Lôbo (2011) complementa que as funções religiosa e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida.

Assim, a sociedade, conforme a realidade de cada um, precisou de mudanças, saindo daquela concepção romana, em que somente o homem possuía o poder de hierarquia e de comando, bem como o Estado, que a partir das evoluções da sociedade necessitou se adequar a realidade e garantir os direitos humanos, a partir de então, nasceu o Direito de Família, que é regido por uma série de artigos e princípios, conforme será abordado a seguir.

O Direito de Família rege-se por alguns princípios, que de acordo com Diniz (2010), são, princípio da “ratio” do matrimônio e da união estável; da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; da igualdade jurídica de todos os filhos; do pluralismo familiar; da consagração do poder familiar; da liberdade; do respeito da dignidade da pessoa humana; do superior interesse da criança e do adolescente e, princípio da afetividade.

Sobre essa mesma temática, Gonçalves (2018) aduz que o Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais.

As alterações introduzidas, de acordo com Gonçalves (2018) visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade.

De acordo com a Constituição Federal, o princípio constitucional do direito de família é o da dignidade da pessoa humana, definido como principal princípio, pois este, é o princípio basilar de todos os ramos do direito. Assim, Lisboa (2012) afirma que a sistemática e a tópica devem interagir, possibilitando-se ao julgador a realização da justiça distributiva, observando-se os princípios civis constitucionais.

Logo, o autor complementa que sobre os princípios civis constitucionais, destacam-se, para os fins de regulação da família: a dignidade humana, a solidariedade familiar, a busca da erradicação da pobreza, o reconhecimento das entidades familiares e a igualdade entre os filhos (LISBOA, 2012)

Para Maria Berenice Dias (2015) o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o “princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito”. De acordo com a autora:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticas e humanistas.

Não obstante, além do princípio acima mencionado, o princípio da solidariedade familiar também é visto como um dos basilares do direito de família, visto que são estes princípios que consolidam e unem a família, bem como o respeito, afeto e amor entre seus integrantes.

Nesse sentido, Lôbo (2011) nos ensina que a Constituição, e, conseqüentemente, a ordem jurídica brasileira, é perpassada pela onipresença de dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Sua presença no direito de família é também marcante, às vezes de modo explícito.

Após séculos de tratamento assimétrico, conforme posicionamento de Lôbo (2011) o direito evoluiu, mas muito há de se percorrer para que se converta em prática social constante, consolidando a comunhão de vida, de amor e de afeto, no plano da efetivação desses princípios e da responsabilidade, que presidem as relações de família em nossa sociedade moderna.

Estes princípios introduzidos ao direito de família visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, buscando conferir a atual família brasileira um tratamento adequado à realidade social, tendo em vista as diversas modificações e evoluções pelas quais a família passou pelos últimos séculos (BORGES, 2017)

Segundo Diniz (2010), o princípio da “ratio” do matrimônio traz que o fundamento básico do casamento é o afeto entre o casal e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida. Já, com o da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, desaparece o poder marital, e as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre marido e mulher ou conviventes.

A autora ainda afirma que, de acordo com o princípio da igualdade jurídica, todos os filhos são iguais, não havendo o que se falar em distinção entre filhos, havidos dentro ou fora do matrimônio. O princípio do pluralismo familiar reconhece a família matrimonial e as entidades familiares. Ao passo que, o princípio da consagração do poder familiar esclarece que o poder-dever de dirigir a família é exercido conjuntamente por ambos os pais. E, por fim, o princípio da liberdade aduz que a família tem o livre poder sobre todas as decisões a respeito da mesma.

O princípio da dignidade da pessoa, de acordo com Diniz (2010), é a garantia do pleno desenvolvimento dos membros da entidade familiar, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente é a garantia do desenvolvimento pleno dos direitos da individualidade do menor e da diretriz solucionadora de divergências decorrentes da separação ou divórcio dos pais.

E, por fim, o princípio da afetividade, que é considerado pelos doutrinadores o alicerce do respeito à dignidade humana, e é visto como base das relações familiares e da solidariedade familiar. Os princípios acima mencionados são essenciais para proteger e definir o que é uma família, tendo em vista que os princípios mencionados são vistos como a estrutura basilar da família.

ABANDONO AFETIVO PARENTAL

O abandono afetivo é considerado desrespeito ao previsto no art. 227 da Constituição Federal, pois de acordo com a Carta Magna:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

Infelizmente, falar em abandono afetivo, definir e conceituar não é uma tarefa vista como fácil, pois tal assunto envolve valores, sentimentos, psicológicos, de pessoas que não deveriam sentir essa aflição, essa tristeza.

Um filho não pede para nascer, ele é concebido, na maioria das vezes, através do amor de seus pais, e a partir de então, a eles, cabe prover cuidado, amor, carinho, uma vida digna e saudável, no âmbito familiar.

Destaca-se, que de acordo com Santos (2015) o abandono é a ausência da presença. Como regra, é o homem que deixa de dar atenção ao filho. Seja no casamento frustrado pelo divórcio em que ele deixa o lar conjugal, seja com a existência de filho com a parceira ou convivente e ocorre a ruptura da vida em comum, o homem sai de casa, por vezes cumpre a obrigação de pagar a pensão alimentícia e desaparece. Os filhos nunca mais o veem ou tal ocorre de forma espaçada, demorada, de tal arte que ficam se na proteção e agasalho da referência paterna. Por descuido, desleixo ou raiva porque ocorreu a separação, o pai se afasta gradativamente até a ausência completa e total.

Normalmente, o abandono afetivo decorre da separação dos pais, ou até mesmo da negligência do pai em assumir a criança, não acompanhando seu nascimento e crescimento. Com isso, após a ausência do pai, independente da forma em que ocorreu, deixa de desempenhar suas obrigações e deveres com seu filho, pois além de serem obrigações morais, também são regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro.

A obrigação do pai, ou da mãe ausente, não é somente a de pagar pensão alimentícia, dividir despesas, ou qualquer obrigação pecuniária, a obrigação do genitor é a de prover tudo que a criança precisa para viver e ser feliz, contribuir e acompanhar seu crescimento, sua personalidade, sua vida.

Vários são os exemplos que ocorrem o abandono afetivo, mas destaca-se o caso em que o genitor ou a genitora forma outra família, e simplesmente deleta de sua mente e de sua vida a existência do filho, afastando-se deste.

Neste caso, a criança por si só, não quer reparação civil, ela quer o amor de quem o abandonou, o cuidado, a atenção, ela quer aquela figura ao seu lado, seja ela pai ou mãe. Nesse momento, a personalidade e o psicológico da criança é modificado, destruído, e pode-se afirmar, que na maioria dos casos, essa criança não volta a ser como e o que era antes.

Viver em sociedade, não será mais tão fácil, pois com a ausência de um pai ou de uma mãe, torna-se um problema no desenvolvimento da criança, tanto escolar quanto familiar. O dia dos pais (ou das mães) na escola, é motivo de bullying e de sofrimento, bullying perante as demais crianças, e sofrimento por ver seus colegas de turma acompanhados do pai ou da mãe.

Na família cada um tem sua função, e mesmo que a mãe ou o pai tente desempenhar os dois papéis, não é a mesma coisa que ter àquele por perto. A falta de um deles destrói a família, destrói um desenvolvimento, e destrói um futuro.

Assim, pode-se concluir que não há motivos que justifiquem a ausência de um pai ou de uma mãe viva, pois sua presença é requisito essencial para a vida do filho, para que este desenvolva saudável, sociável, sem problemas psicológicos. Os pais são os espelhos para os filhos, são vistos como referências.

O dever de cuidado

A obrigação de cuidado surge quando os pais, exercendo sua liberdade, resolvem procriar ou adotar um filho, pois a partir do momento que a pessoa resolve ter um filho ela se responsabiliza pela sua criação. Assim, ainda que o pai ou a mãe não desenvolva sentimento em relação ao filho, subsistirá como consequência o dever de cuidado (OLIVEIRA, 2012)

E embora os pais se separem futuramente, o poder familiar sobre o filho deve ser exercido conjuntamente, assim, mesmo que os pais sejam divorciados, a obrigação perante o filho não se separa, e muito menos se divide. A aquele que não detém a guarda da criança, também é obrigado a cuidar, estar presente e educar a criança, mesmo que de forma regulamentada ou combinada através de visitas.

Em decorrência disso, destaca-se que o dever de cuidado é visto como imprescindível ao desenvolvimento familiar e social da criança, conforme esclarece a Relatora do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrichi (BRASIL, 2012) que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação.

A Relatora Nancy Andrichi (BRASIL, 2012) ainda destaca que, há muito tempo, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

O dever de cuidado dos pais não se restringe tão somente à natureza alimentar, como também, abrange o direito de convivência familiar, tal como o direito à educação e o provimento de subsistência dos filhos, de sorte que o abandono afetivo priva a criança e ao adolescente do direito constitucional dessa convivência e de cuidados fundamentais, de amparo afetivo, psicológico e, principalmente, afetivo, causando-lhe sérios danos (HAMADA, 2013)

Logo, abandono afetivo consiste no descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, é o ato ilícito da omissão de cuidado dos pais ou de um deles em relação aos filhos, tanto adotivos quanto biológicos, seja na infância e/ou na adolescência. Isso é, o abandono afetivo se caracteriza quando o genitor (geralmente) não assume seu dever de cuidado com sua prole, causando-lhe dano em virtude desta omissão (CASSETARI, 2008)

AS CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS CAUSADAS PELO ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo, segundo Weishaupt e Sartori (2014) pode causar ao filho um dano psicológico profundo e irreversível, o que, talvez, influenciaria negativamente na sua identidade.

Afirma Diniz (2010) que a família deve ser vista como uma possibilidade de convivência, composta pelo afeto e amor, fundada não somente no casamento, mas sim no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. A família é o núcleo ideal do inteiro desenvolvimento da pessoa, pois é o instrumento para a realização total do ser humano.

Uma criança que cresce sem um pai ou sem uma mãe não terá sua base e exemplo familiar completa, vários são os motivos que podem causar o abandono afetivo, desde a separação dos pais ou até mesmo abandono de um deles no decorrer do casamento, deixando de manter o vínculo com a criança e de prover suas necessidades básicas.

Quando falamos em necessidades básicas, não estamos falando somente em prover alimentos, mas também em prover carinho, atenção, educação, apoio, ombro amigo e presença em sua vida.

Um pai ausente gera várias consequências na vida e no psicológico de uma criança, como por exemplo o sofrimento em não ter um pai ao seu lado no dia a dia, o sofrimento e o transtorno em datas escolares onde todos os pais estão presentes e o da criança abandonada não está, além do sentimento de vergonha e de dor, a criança não se sente amada, ou até mesmo começa a se culpar por algo que não é sua culpa, a irresponsabilidade e a ruindade humana.

Com isso, o psicológico que deveria ser saudável e em desenvolvimento positivo entra em colapso, não evolui e se afunda em turbilhões de emoções e pensamentos negativos, que desencadeiam condutas inapropriadas, falas inapropriadas e pensamentos que não correspondem a uma criança.

Na adolescência, podemos exemplificar que a consequência de um pai ou de uma mãe ausente poderá gerar insegurança, transtornos, e até mesmo escolhas erradas, pois sem um exemplo do que é o certo e o que é o errado no dia a dia, a facilidade para um adolescente entrar no mundo da criminalidade e das drogas passa a ser considerada plenamente fácil e possível.

No Brasil, aproximadamente 5,5 milhões de brasileiros não possuem registro paterno na certidão de nascimento, e quase 12 milhões de famílias são constituídas por mães solteiras (IP COMUNICA, 2019)

Para Bellinda Mandelbaum, Professora do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo:

Importante refletir sobre como nossa sociedade enxerga o abandono parental. Tal visão é permeada por valores patriarcais, e o pai ausente é acusado por não desempenhar papéis como o de provedor e autoridade moral. “A mãe é mais difícil de se ausentar, é mais raro. Nesse sentido é até visto como algo muito mais condenável pela nossa sociedade, justamente também como parte desses valores patriarcais, o lugar da mulher é o lugar de cuidado com os filhos”, continua Belinda. Tamanha diferença no que diz respeito à maior parte de abandono paterno pode ser visto no fato de que o IBGE apresenta a categoria Mulher sem cônjuge e com filhos, mas não apresenta a categoria Homens sem cônjuge e com filhos. Estas mães soltas correspondem à 17,4% das famílias brasileiras no ano de 2009 (IP COMUNICA, 2019)

Nesse mesmo sentido, Martorelli (2004) publicou pesquisa sobre as consequências da ausência de um pai na vida de uma criança, salientando que meninas sem um pai nas suas vidas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um pai nas suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas.

Martorelli (2004) acrescenta que meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento (MARTORELLI, 2004)

Além das consequências causadas pelo abandono afetivo na esfera psíquica, Samirys Verzeziassi (2021) aduz que tal conduta pode gerar consequências também na esfera jurídica, como, por exemplo, direito à

indenização por danos morais, não obstante, a possibilidade de exclusão do sobrenome do pai ou da mãe que abandonou o filho/filha.

A obrigação familiar está expressamente prevista na Constituição Federal, em seus artigos 227 e 229, da mesma forma no art. 1634 do Código Civil e no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, além da obrigação moral com seus filhos, é garantido por lei a proteção aos filhos, bem como os efeitos jurídicos que possam vir a sofrer os pais que desprezarem tais imposições.

Foi-se o tempo de os equívocos das relações familiares gravitarem exclusivamente na autoridade do pai, como se ele estivesse acima do bem e do mal apenas por sua antiga função provedora, sem perceber que deve prover seus filhos muito mais carinho do que dinheiro, de bens e de vantagens patrimoniais. Têm os pais o dever expresso e a responsabilidade de obedecerem às determinações judiciais ordenadas no interesse do menor, como disto é exemplo o dever de convivência em visitação, que há muito deixou de ser mera faculdade do genitor não-guardião, causando irreparáveis prejuízos de ordem moral e psicológica   prole, a irracional omissão dos pais (MADALENO, 2007, p. 124)

A família deve ser vista como uma possibilidade de convivência, caracterizada pelo afeto e pelo amor, fundada não no casamento, mas sim no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade.   ela o núcleo ideal do inteiro desenvolvimento da pessoa.   o instrumento para a realização total do ser humano (DINIZ, 2010)

Os danos psicológicos causados   crianç a abandonada são cruéis e muitas vezes farão parte desta crianç a para o resto da vida. Uma crianç a abandonada pelos pais, ou por um destes, pode ter sequelas sérias, irreversíveis, que podem inclusive prejudicar o seu caráter no futuro, fazendo com que ela adquira para si aquela postura e repita com seus filhos, ou, como na maioria dos casos vistos na sociedade, a crianç a abandonada cresce e se torna um adulto "fora dos padrões".

A respeito das sequelas causadas pelo abandono afetivo, Souza (2010) aduz que os pedidos indenizatórios com fulcro no abandono afetivo existem porque a dor pode não ser palpável, mas   real. As sequelas são provadas por laudos periciais de especialistas: psicólogos, assistentes sociais, entre outros; provas documentais, como boletins escolares e fotografias; depoimentos de testemunhas, além de interrogatório minucioso do juiz competente.

Uma das conseq ncias de uma crianç a ser abandonada,   que ao longo de sua vida, ou em certa fase de sua vida, esta não consiga se relacionar, se torne uma pessoa fria, insegura sobre ser amada, por estar acostumada com o abandono, e com a infelicidade.

Com isso, a crianç a quando adulta, muito provavelmente não será uma pessoa fácil de lhe dar, se tornando uma pessoa fria, desprezível, violenta, e até mesmo uma ameaça a quem está a sua volta.

Logo, Souza (2010) descreve as conseq ncias de uma crianç a abandonada, sendo elas a dor psicológica de não ser querido e cuidado por quem se espera que demonstre tais sentimentos e atitudes, naturalmente,   capaz de desmoronar o ser em formação e a lógica (tão ilógica) que permeia suas indagações mais ótimas.   o querer saber por que "todos têm" um pai presente, e somente ele não,   generalizar que seus amigos são amados por seus pais e que estes os têm com as melhores expectativas para o futuro. Mas que o seu caso   "abandono premeditado", por não ser digno, por exemplo de ser amado.

As conseq ncias são distúrbios de comportamento, como baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação de perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz. Isso não se contando o abandono material e suas carências para a vida do filho, o que geralmente   o que acontece (SOUZA, 2010)

As conseq ncias na vida da crianç a abandonada existirão para sempre, a dor, a saudade, a falta de atenção, os distúrbios psicológicos, problemas escolares, e até mesmo um quadro depressivo. Diversas são as possibilidades de traumas e de conseq ncias que poderá sofrer a crianç a abandonada.

Os danos de ordem psíquica ou moral vão depender de cada situação, da vulnerabilidade de cada um, da idade, da participação do outro genitor, bem como do ambiente em que vive, entre outros fatores. (BICCA, 2015)

A ausência do pai ou da mãe na vida de um filho, gera danos emocionais irreversíveis a este. Traumas que podem ser desenvolvidos de diversas formas, podendo até mesmo influenciar em um possível futuro de

delinquência. Pois, como já mencionado, os pais são a base, o espelho das crianças, e quando estes não os correspondem, ou abandonam, as consequências são imprevisíveis.

Portanto, o abandono afetivo é considerado ato ilegal, violador do princípio da dignidade da pessoa humana, este ato deve ser punido gerando imediatos efeitos jurídicos ao violador, para que nenhuma criança sofra com a ausência do dever de cuidado, que nada mais é do que a mínima obrigação a ser exercida pelos pais.

Afinal, uma criança não veio ao mundo porque quis, mas sim, porque duas pessoas motivaram sua vinda, e é destas pessoas que se esperam o mínimo, que é o cuidado e o amor pelos seus filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abandono afetivo é um assunto muito polêmico no Brasil, considerando que muitas crianças não possuem um pai ou uma mãe ao lado durante o decorrer da vida, ou possuem, mas não estão presentes. A omissão de carinho, afeto, cuidado, responsabilidade e exemplo de pessoa, faz com que a criança tenha sérios danos irreversíveis no decorrer dos anos, cada fase uma dificuldade, um transtorno, um sofrimento.

Nesse sentido, analisou-se no presente trabalho o posicionamento doutrinário a respeito da problemática, bem como demonstrou-se exemplos de possíveis danos causados a criança abandonada, considerando o dever de cuidado.

Por esse motivo, o dever de cuidado deve ser visto como uma obrigação moral, e não como uma obrigação legal, embora seja perfeitamente possível acionar na justiça o pai ou a mãe ausente/omisso com seus deveres perante a criança, para que assim, seja obrigado a proceder com suas obrigações “naturais”.

Infelizmente, não há como valorar a falta de amor, de cuidado, de atenção, embora seja possível estipular um valor a fim de indenizar os prejuízos causados. Mas de fato, uma indenização pecuniária é a solução dos problemas de uma criança com o psicológico afetado ou por uma vida destruída por um abandono afetivo?

Isto posto, não cabe apenas proferir uma sentença e estipular um valor a ser indenizado, ou impor a obrigação de comparecer na vida da criança, mas sim, impor a sociedade que uma criança não merece sofrer as consequências de escolhas de um adulto, deve ser visto como uma forma de amor, de luz.

REFERÊNCIAS

BICCA, Charles. Abandono afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília: OWL, 2015.

BORGES, Mirlene Miclos. Efeitos Jurídicos e psicológicos do abandono afetivo parental. 2017. Disponível em: < http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/8312/1/2017_TCC_MirleneBorges.pdf>. Acesso em: 08 ago.2022.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília-DF, 24 de abril de 2012. Disponível em: < Revista Eletrônica (stj.jus.br)>. Acesso em: 08 ago.2022.

CASSETARI, Christiano. Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo de seus filhos – Dos Deveres Constitucionais. Revista IOB de Direito de Família, publicada no ano de 2008. p. 89-96.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. Vol. 5: família, sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 5: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. Volume 6. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HAMADA, Thatiane Miyuki Santos. O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ. Data de publicação: 04/02/2013. Disponível em: <

<https://ibdfam.org.br/artigos/872/O+abandono+afetivo+paternofilial,+o+dever+de+indenizar+e+considera%C3%A7%C3%B5es+acerca+da+decis%C3%A3o+in%C3%A9dita+do+STJ>. Acesso em: 07 ago.2022.

IP COMUNICA, Instituto de Psicologia da USP. 2019. Disponível em: <https://www.ip.usp.br/site/noticia/o-abandono-afetivo-paterno-alem-das-estatisticas/>. Acesso em: 17 ago.2022.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil. Vol. 5: direito de famílias e sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, R. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 200

MARTORELLI, G. Guarda Compartilhada: uma necessidade imperiosa. 2004. Disponível em: <http://www.martorelli.com.br/artigos/ctudo-docum-artig-guarda.html>. Acesso em: 10 ago.2022.

OLIVEIRA, Maria da Penha; LOUZADA, Ana. Entrevistador: Willian Galvão. Vídeo Fórum Abandono Afetivo, 09 de junho de 2012. Publicado no dia 11 de junho de 2012. Disponível em: < Fórum - Abandono afetivo (09/06/12) - YouTube>. Acesso em: 08 ago.2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. 5: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Antônio Jeová dos. Dano moral. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Ivonete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo de filho no Brasil e na Argentina. In: Revista IOB de Direito de Família. Publicação periódica bimestral, v. 11, n. 58, fev./mar. 2010, p. 111-126. Nota: Continuação de Revista Brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, jul. 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: família / v. 05 - 18. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

VERZEMIASSI, Samirys. Pai não é visita. 2021. Disponível em: <<https://direitosdafamilia.com/pai-nao-e-visita/>>. Acesso em 20 ago.2022.

WEISHAAPT, Gisele Carla; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Consequências do abandono afetivo paterno e a (in) efetividade da indenização. 2014. Disponível em: https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_415.pdf. Acesso em: 16 ago.2022.

37 ADOÇÃO INTERNACIONAL COMO UMA POSSIBILIDADE DE DIMINUIR O VOLUME DE CRIANÇAS AGUARDANDO UMA FAMÍLIA

LETÍCIA CARLA BAPSTISTA ROSA JORDÃO
FAYENE DA COSTA SOARES

RESUMO: O presente trabalho traz uma abordagem direta ao sistema de adoção internacional como uma ferramenta para diminuir os números elevados de crianças que ainda estão inseridas no sistema de adoção internacional e que aguardam uma família, analisando a legislação brasileira e as convenções internacionais, com pesquisa em doutrinas e revistas jurídicas. Com método de pesquisa bibliográfica e pesquisa jurídica. O tema proposto se dá em virtude da possibilidade de trazer aos pais inseridos nas listas de adoção, a possibilidade de formar uma família com uma maior agilidade, que o sistema brasileiro de adoção não traz, perfazendo que os mesmos possam ser pretendentes de realizar adoção em um país diferente daquele que os mesmos residem, ao da criança a ser adotada, tendo como seguridade o estabelecido na Convenção de Haia de 1993, que trouxe como objetivo a proteção de crianças e cooperar com a adoção Internacional, inerente ao estabelecido não ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente. O estudo tem como foco evidencia os procedimentos que se farão necessários, bem como os requisitos que devem ser atendidos pelas partes, e os respaldos que receberão por meio do ordenamento jurídico atual, bem como ainda os meios oferecidos pelos órgãos responsáveis. Sendo necessário a realização de uma análise histórica dos fatores levou até a situação em que provocou o afogamento do Sistema de adoção. Por fim será analisado o perfil do adotando e do adotado, das situações relativas à idade, bem como os requisitos que devem ser atendidos ao se ingressar com o pedido de adoção no sistema, fazendo ainda uma abordagem aos parâmetros jurídicos dispostos atualmente pelo ordenamento para a segurança das partes interessadas para efetividade do processo de adoção.

Palavras-chave: Adoção. Internacional. Crianças.

ABSTRACT: El presente trabajo trae un acercamiento directo al sistema de adopción internacional como una herramienta para reducir el alto número de niños que aún están insertos en el sistema de adopción internacional y que están en espera de una familia, analizando la legislación brasileña y las convenciones internacionales, con investigaciones sobre doctrinas. y revistas jurídicas. Con un método de investigación bibliográfica e investigación jurídica. El tema propuesto se debe a la posibilidad de llevar a los padres incluidos en las listas de adopción, la posibilidad de formar una familia con mayor agilidad, que el sistema brasileño de adopción no trae, posibilitando que tengan la intención de realizar la adopción. en un país diferente de aquel en que residen, al del niño a ser adoptado, teniendo como garantía lo establecido en el Convenio de La Haya de 1993, que tuvo por objeto proteger a los niños y cooperar con la adopción internacional, inherente a la no establecida ECA - Estatuto de la Niñez y la Adolescencia. El estudio se centra en los trámites que serán necesarios, así como los requisitos que deberán cumplir las partes, y el apoyo que recibirán a través del ordenamiento jurídico vigente, así como los medios que les ofrecen los Órganos responsables. Era necesario realizar un análisis histórico de los factores que llevaron a la situación en la que se ahogó el sistema de adopción. Finalmente, se analizará el perfil de la persona adoptada y del adoptado, las situaciones relacionadas con la edad, así como los requisitos que se deben cumplir al momento de ingresar la solicitud de adopción en el sistema, haciendo también un acercamiento a los parámetros legales que actualmente establece la para la seguridad de los interesados para la eficacia del proceso de adopción.

Keywords: Adoption. International. Children.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se trata de uma de revisão bibliográfica, com o título “adoção internacional como uma possibilidade de diminuir o volume de crianças aguardando uma família”, tem por objetivos a serem abordados as características relacionadas, fases e procedimentos do processo de adoção internacional, bem como trazer em evidencia a importância de se conhecer as fases de cada passo que será caminhado durante o processo de adoção, tanto para os pais, como para as crianças, pois este é um processo lento e burocrático para ambas as partes.

A importância do trabalho está na intenção de incentivar o instituto da adoção internacional, pois atualmente existem inúmeras crianças e adolescente em situação de abandono ao redor do mundo, a adoção internacional poucos tem conhecimento sobre o assunto, visto que tal modalidade não é frequentemente procurada por pretendentes.

E de conhecimento a importância do processo de adoção, pois ela permite que a partir daí seja realizada a estruturação familiar entre aqueles que possuem o desejo de formar uma família, independente da laços genéticos, ligados apenas pela combinação dos interesses entre adotante e adotado por meio da adoção e pela vontade da parte em criar vínculos maiores que os sanguíneos. O processo de adoção ao longo dos tempos, vem tomando espaço, e ultrapassando barreiras, independentemente do local que a pessoa se encontre, o que basta é que cada casal manifeste sua vontade.

A adoção internacional recebeu maior evidencia após a segunda guerra mundial, em virtude das milhares de crianças que após a situação caótica que no ali no país, se instaurou, as tornou órfãos, e levou com que famílias passassem a acolher as crianças órfãos em suas residências, mas tal situação que possuía tendencia a ser bem intencionada pelo simples fato das famílias ajudarem as crianças que ali se encontravam desemparradas se tornou preocupante.

O que era visto na época como uma ajuda humanitária as crianças vítimas da guerra, se tornou um ato desumano, pois pessoas mal intencionadas começaram a utilizar a adoção internacional como um meio para burlar o sistema, e assim tirar as crianças que ali se encontravam órfãs de seus países de origem, e levadas para outros locais, com a finalidade de explora-las, para trabalho entre outras formas.

Será abordado ainda neste trabalho um dos mecanismos de proteção criado para efetivar os direitos das crianças, e entre elas está a Convenção de Haia de 1993, criada com o intuito de combater o tráfico humano de crianças e adolescentes, legitima pelo Brasil no ano de 1999, abordando ainda os dispostos no ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente.

Este trabalho ainda irá tratar dos meios que devem ser utilizados durante um processo de adoção internacional, e por trazer em evidencia as exigências da lei para que se advenha a adoção internacional, assim como as medidas que estão dispostas na convenção de Haia e estatuto da criança e do adolescente.

A pesquisa divide-se, começando pela introdução presente, desenvolvimento, aspectos gerais da adoção, na adoção internacional, origem, evolução histórica, legislação e o seu processo de efetivação.

Por fim, apresenta-se a conclusão da pesquisa, fazendo referencia aos principais assuntos estudados ao longo dos capítulos.

ADOÇÃO

No final do século XIV e início do século XX é que a criança começou a ganhar importância na sociedade e o governo começou a preocupar-se com a proteção infantil. (SCHIAVINATO, 2016)

Naquela época, as mães quando possuíam o desejo de dispor de seus filhos, tinham a opção de colocá-los em uma roda, que era mais conhecida como a “Roda dos expostos”, que consistia o instrumento criado para abandonar os recém nascidos que ficavam aos cuidados das instituições de caridade que na época, eram as irmãs da misericórdia, as crianças eram recolhidas e nunca se sabiam quem eram seus pais biológicos, caso houvesse interesse por parte de algum casal em adotar uma criança, era realizado um acordo entre as freiras e os adotantes. (MACIEL, 2020, p.15)

Se passou um, longo período até que as crianças ganhassem importância na sociedade até que a tutela jurídica do nosso Estado, passassem a dar a devida proteção à criança que lhes era devida. A primeira lei para a proteção de crianças e adolescentes, que estavam disponíveis para adoção se deu apenas no ano de 1916, onde a mesma estabelecia que apenas casais que não tinham filhos e que possuíam menos de 50 anos de idade poderiam adotar. (UNICEF)

Existiam ainda outras normas que dispunham que as crianças só poderiam permanecer para adoção até completarem seus 18 anos, e ainda se após a convivência os adotantes percebessem que o adotado demonstrou sinais de ingratidão ou colocou os adotantes em situações constrangedoras poderiam os mesmos solicitar o cancelamento da adoção, sendo assim por estas situações a criança retornaria novamente a disposição para um novo interesse de adoção. (CONSIJ-PR, 2012, p.45)

Ainda se os casais interessados em adotar uma criança não encontravam burocracias, os mesmos poderiam apenas se dirigir ao cartório, fazer a solicitação de um formulário de adoção, assim formalizando sua vontade de adotar uma criança. Somente no ano de 1965, tal questão começou a receber mais importância, onde naquele ano ainda, o poder judiciário passou a ser responsável como detentor de liberação de adoções, e a partir deste novo fato as crianças adotadas passaram a receber seus direitos, não como filhos adotados, mas sim como legítimos ao serem adotados pelas famílias.

Desta forma a adoção, consiste num ato jurídico pelo qual uma pessoa ou um casal aceita como filho uma pessoa sem laços parentais. Deste modo tal procedimento passou a ser regulamentado pela Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), que dispõe quanto ao processo envolvendo crianças e adolescentes.

Nesse sentido Silvio de Salvo Venosa ainda destaca que:

“A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, conforme o atual sistema”. (2022. p.255)

Já o conceito de adoção por Maria Helena Diniz é:

(...) “A adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, previstos na Lei 8.069/90, arts. 39 a 52-D, alguém estabelece, independentemente 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”.

Também Maria Berenice Dias traz a adoção como um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.

Para que uma criança tenha seus direitos resguardados é necessário a melhor proteção jurídica inerentes a criança adotada na lei 8.069/90, em seu art. 41, disposta da seguinte forma:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. (BRASIL.1990)

A teoria da proteção e melhor interesse da criança e adolescente visa a compreensão, voltado para o âmbito de guarda dos filhos, visto que é comum que os responsáveis e inclusive o judiciário deixem de ver o menor como um indivíduo com direitos que tem personalidade merecendo ter seus interesses garantidos e protegidos. A

expressão “melhor interesse da criança e adolescente”, nesse sentido faz-se necessário utilizar a origem do seu conceito:

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *patria potestas* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*. (Collucci, 2014).

A Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses da criança e no Código Civil, em seus artigos nº 1.583 e 1.584 reconhece tal princípio, previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo nº 227, caput, expõe sobre os deveres que a família tem para com o menor e adolescente:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A partir da adoção a criança é reponsabilidade total dos pais adotantes, deste modo, que tem os direitos dos filhos sem nenhuma diferença. A adoção tem um processo rigoroso, e preza pelo interesse e bem-estar da criança e adolescente, com esse processo uma criança que muitas vezes já perdeu a esperança de ser adotada, recebe uma família acolhedora. (FLORENZANO, 2021)

O processo de adoção tem como objetivo vislumbrar o melhor interesse da criança, e de suas necessidades que devem ser atendidas, sendo considerada uma questão afetiva por decisão, para que uma criança inserida no sistema de adoção tenha seu direito a família resguardado, tendo em vista que os biológicos abdicaram da relação com a criança.

É evidente que leis foram criadas para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes adotados, para que os mesmos pudessem assim serem reconhecidos e terem todos os direitos pertencentes aos filhos biológicos, para que não houvesse distinção entre os mesmos. Portanto ainda sobre tema, pode-se definir o mesmo de acordo com Diniz (2015, p. 5570), da seguinte forma:

A adoção é, portanto, um vínculo de paternidade civil em linha reta, estabelecendo entre adotante e adotado, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, pois todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art. 227 § 5º 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante.

Posto isso, podemos verificar que a adoção não é apenas o ato de querer ter um filho, temos as leis e obrigações que regem por esse ato, sempre frisando pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção internacional em modo geral surgiu no fim da Segunda Guerra Mundial, época em que a adoção de crianças e adolescentes passou a ser frequente, mediante o grande número de órfãos, sem condições de permanecerem com suas famílias.

Trata-se de um instituto jurídico importante, que tem base constitucional, mas que inspira redobrada cautela. Proporcionando novo lar, a crianças que tem a triste realidade de ter sido abandonadas.

A adoção internacional acontece quando todas as chances já se esgotaram de uma criança ou adolescente ser adotada no seu país de origem, a lei possibilita que este possa ter a chance de ser acolhido por uma família de um país estrangeiro. Com autorização judicial, conforme descrito no artigo nº 19 do Estatuto da Criança e Adolescente:

Art. 19. É direito da criança e adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituída, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

É garantido às crianças e adolescentes por meio de lei citada acima, o seu direito de viver em um ambiente em que seja possível viver livre, possibilitando a garantia com mais efetividade de seus direitos humanos. Com o entendimento de Silvio de Salvo Venosa, a adoção internacional é conceituada:

Adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante possui residência habitual em país parte da Convenção de Haia, de 1993, é residente ou domiciliado fora do Brasil. (VENOSA, 2022, p.273)

O art. 51, § 1º, II, do Estatuto da Criança e Adolescente tem a seguinte redação:

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em países da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país- parte da Convenção.

§ 1º-A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quanto restar comprovado.

II. Que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após a consulta aos cadastros mencionados nesta Lei.

A adoção internacional, o Brasil adotou as regras estabelecidas na Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Haia/1993), promulgado pelo Decreto nº 3.087/199.

Para Silvio de Salvo Venosa, faz uma análise das leis internacionais que regem a adoção internacional:

Essa norma internacional tem disposições que devem ainda ser adaptadas à legislação interna, como, por exemplo, a designação de “autoridade central” no país, encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela convenção, algo que ainda não está suficiente claro. (VENOSA, 2022, p. 275)

A adoção internacional segue os mesmos tratamentos indicados para a adoção convencional, sucedendo apenas em casos em que a exceção se faz necessário, considerando o fato que a adoção internacional só poderá acontecer, quando não houver a possibilidade de inserir a criança, em uma família brasileira, o autor Tarcísio Jose Martins Costa, justifica como última medida a adoção internacional em decorrência do:

(...) direito à identidade nacional e à conservação, do qual fazem parte a manutenção dos vínculos com a família e a própria terra, as tradições, a cultura, a língua materna, é um direito essencial da pessoa humana, que se adquire pelo simples fato de nascer com vida [...]. O rompimento deste processo de interação com aqueles igualmente ligados pelas mesmas raízes, só se justifica em caráter de excepcionalidade. Somente depois de exauridas todas as possibilidades de manutenção dos vínculos com a família natural e buscada infrutiferamente, a colocação em família substituída nacional, é que se considera a possibilidade da adoção internacional. (1998, p. 239)

Existem ainda pressupostos estabelecidos ligados, pois a adoção internacional acaba sendo, um método mais burocrático, pois foi preferência do sistema em manter as crianças para que suas origens estrangeiras sejam preservadas. No entanto, é sabido que as necessidades de uma criança podem deixar ao sistema de adoção, ultrapassa os valores culturais estabelecidos, ademais da cultura que uma criança estrangeira deve manter, existe suas relações famílias que devem ser reestabelecidas após muitas das vezes um doloroso processo de abandono por parte dos pais biológicos desta criança. (TJPR, 2022)

Com o passar dos anos a sociedade começou a considerar a adoção internacional como um ato positivo, pois é por meio dela que as crianças e adolescentes recebem a oportunidade de se salvarem da fome, da miséria e da guerra de seus países, bem como fazendo com que diversas famílias que por vezes encontraram diversas dificuldades, pudessem finalmente realizarem seu sonho de constituir família. (AMB)

ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Estágio de convivência é o período em que a criança passa a conviver com os pretendentes à adoção “para se conhecerem e sentirem a possibilidade de uma aproximação satisfatória para ambos” (SOUZA & CASANOVA, 2011)

O estágio de convivência vem disciplinado no art. 46, do Estatuto da Criança e Adolescente, no qual dispõe que a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança e adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso, de acordo com o artigo citado, ficou definido no estatuto da seguinte forma: (VENOSA, 2022, p. 272)

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso. (ECA, 1990)

A legislação por meio deste artigo disposto, na já referida lei pode evidenciar a importância de tal período, do qual é responsável para estabelecer vínculo tanto afetivo quanto aos relacionados a adaptação de convivência entre adotante e adotado. (TEIXEIRA, 2018)

No entanto, o prazo de 90 dias estabelecido pelo juiz, é definido de acordo com a idade do adotado, bem como, as condições referentes a cada caso em concreto, podendo o mesmo ainda ser prorrogado, pois pode ocorrer que dentro do prazo de 90 dias, estabelecido de início, não tenha havido adaptação do adotante com o adotado. (CNJ, 2019)

O mesmo tem como finalidade se verificar as condições do adotante e a forma como o adotado vai se adaptar, vendo se a convivência entre adotante e adotado se dará da melhor forma possível.

A adoção internacional se dá quando os adotantes moram fora do Brasil, mesmo que a criança possua nacionalidade brasileira. Há prazo mínimo e máximo para o estágio de convivência: entre 30 e 45 dias, prorrogável uma única vez pela decisão judicial fundamentada. Ocorrerá no território nacional, preferencialmente na comarca de residência do adotando, onde estará o juiz competente.

Tal prazo foi definido por lei, ainda vigente para que tais prazos fossem seguidos a rigor, sendo que fossem infringidos os estabelecidos na legislação responsável para assegurar proteção para os mesmos.

Por fim depois, haverá um laudo fundamentado da equipe interprofissional recomendando ou não a adoção do adotante. Esta equipe, portanto, irá acompanhar o estágio de convivência a serviço da Justiça da Infância e Juventude. Se possível, terá apoio dos técnicos que são responsáveis pela execução da política de garantia do direito a convivência familiar, que irão apresentar relatório sobre a utilização da medida ou não.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL RELATIVA À PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE ADOÇÃO INTERNACIONAL

Em meados da década 1950, a partir da orientação do Conselho da Europa, surgiu essa convenção com intuito de facilitar os processos de legalização de documentos produzidos em países estrangeiros. (CIDADANIA JÁ, 2018)

A convenção de Haia, concluída em Haia, na Holanda, com a preocupação dos países em estabelecer medidas que garantam que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito

aos seus direitos fundamentais, bem como prevenir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças. No Brasil, veio ser aderida por intermédio do decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999, passando a vigorar no dia 1º de julho de 1999. (TJPR)

Devem ser observadas ainda a prescrições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, e no Decreto nº 3.174/1999, que designa as Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, instituiu o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional e cria o Conselho as Autoridades Centrais Administrativas brasileira. (TJPR)

No âmbito Federal, esse papel de Autoridade Central é exercido pela Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), órgão da secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (ACAF/SDH). Já nos estados é a Autoridade Central Estadual, por meio das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAs). No Distrito Federal, a função é exercida Comissão Distrital Judiciária de Adoção (CDJA). Incube à Autoridade Central Federal brasileira o credenciamento de organismos nacionais e estrangeiros encarregados de intermediar pedidos de habilitação à adoção internacional, com posterior comunicação às Autoridades Centrais Estaduais e publicação nos órgãos oficiais de imprensa e na internet. (TJPR)

Autoridade Central Federal e Autoridades Centrais Estaduais regem os procedimentos para o credenciamento organismos estrangeiros que atuam em adoção internacional no Brasil – Portaria nº 240, de 8 de abril de 2014, que estabelece os procedimentos para o credenciamento de organismos estrangeiros que atuam em adoção internacional no Brasil, Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990, promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia em 29 de maio de 1993 – Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999. (TJPR)

As Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção de Haia de 1993 – Decreto nº 3.174, de 16 de setembro de 1999. Regulamenta a atuação de organismos estrangeiros e nacionais de adoção internacional – Decreto nº 5.491, de 18 de julho de 2005. Retificada em quase 120 países, com o propósito de garantir a cooperação entre autoridades dos países assinantes, visando a proteção dos direitos das crianças candidatas à adoção, com a responsabilidade de observar todas as fases do processo, para garantir a segurança e o bem-estar do menor adotado.

De acordo com Paulo Lobô:

Para promover a implementação da Convenção, o Decreto nº 3.174/99, instituiu como Autoridade Central Brasileira a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do governo federal, que regulamentou o credenciamento das organizações que atuam em adoção internacional no Estado brasileiro, mediante a Portaria SDH nº 14, de 2000, com jurisdição sobre as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção – CEJA. Este órgão (CEJA) exerce atividades complementares e de subsídios do juiz da infância e juventude. (Lobô, 2021, p. 139)

O procedimento de adoção da criança e do adolescente é regido pelo Estatuto da Criança e do adolescente, sendo obediente ao que é requisitado pela Convenção de Haia, que possui o controle e prevenção de todos os atos que possam fazer algum tipo de prejuízo à criança e ao adolescente.

PROCESSO DE ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção internacional ocorre quando todos os meios para manter a criança em seus país natal foram esgotados. Cabe o Estatuto da Criança e do Adolescente juntamente com a Convenção de Haia, promulgada no dia 29 de maio de 1993 – que se aplica apenas às adoções realizadas entre países ratificantes – onde logo em seu preâmbulo destacam-se a necessidade dos países ratificantes reconhecerem que, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão. (MARQUES, 2021)

O procedimento de adoção da criança e do adolescente é regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que teve inúmeras alterações em sua redação, com vários requisitos e o procedimento da adoção internacional, passando a ter uma exigência maior, com intuito em evitar irregularidades no processo. (DARABAS, 2021)

Tem início quando uma pessoa ou casal que pretende adotar vai até Autoridade Central do Estado de sua residência habitual e dá início ao processo de habilitação. Na Convenção da Haia de 1993 sobre Adoção Internacional os países poderão ter organismos privados, sem fins lucrativos, para atuar nas adoções internacionais, desde que credenciados pelas autoridades de seu país onde atuarão. A autoridade deverá elaborar um dossiê sobre o(s) pretendente (s), contendo informações acerca da identidade e da capacidade que o interessado tem para adoção e ainda sua situação pessoal e familiar e medica, atestando a capacidade de responsabilidade por uma criança. (DARABAS, 2021)

O art. 52, inciso I, do ECA dispõe que:

Art.52. A adoção internacional observará o procedimento previsto nos arts.165 a 170 desta Lei, com as seguintes adaptações:

I – a pessoa ou casal estrangeiro, interessado em adotar criança ou adolescente brasileiro, deverá formular pedido de habilitação à adoção perante a Autoridade Central em matéria de adoção internacional no país de acolhida, assim entendido aquele onde está situada sua residência habitual.

Os documentos em língua estrangeira serão devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado. (MJSP, 2021)

Wilson Liberati assevera que o requerimento à habilitação deve ser acompanhado de documentos que são essenciais para todo o processo de adoção, são eles os seguintes:

a) Certidão de casamento ou certidão de nascimento; b) passaporte; c) atestado de sanidade física e mental expedido pelo órgão ou vigilância de saúde do país de origem; d) comprovação de esterilidade ou infertilidade de um dos cônjuges, se for o caso; e) atestado de antecedentes criminais; f) estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem; g) comprovante de habilitação para adoção de criança estrangeira expedido pela autoridade competente do seu domicílio; h) fotografia do requerente e do lugar onde habita; i) declaração de rendimentos; j) declaração de que concorda com os termos da adoção e de que o seu processamento é gratuito; l) a legislação sobre a adoção do país de origem acompanhada de declaração consular de sua vigência; m) declaração quanto à expectativa do interessado em relação às características e faixa etária da criança. (LIBERATI, 2003, p. 134).

Esses são documentos indispensáveis para que um estrangeiro não domiciliado ou residente no Brasil possa pedir a adoção de uma criança ou adolescente brasileiro. Em outras hipóteses existe ainda condições para aqueles que são divorciados, estabelecendo sobre o divórcio no artigo nº 42 § 4º do ECA, se afirmando da seguinte forma:

Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. (NORMAS LEGAIS)

Portanto, sendo o processo de adoção solicitado por pessoas que não convivem juntas, será por meio do § 5, que a guarda da criança adotada deverá ser compartilhada, de acordo com o previsto no Código Civil de 2002, disposta no artigo 1584, definindo a guarda compartilhada por pais divorciados. (CNJ,nº 165/2019, 2019, p.2-5).

A duração do processo pode variar de acordo com a disponibilidade das crianças no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA, inclusive o perfil etário pretendido, dentre outros. Deve-se considerar a disponibilização da documentação por parte dos pretendentes, o tramite do processo no Judiciário estadual, período para estagio de convivência. (CNJ,nº 165/2019, 2019, p.2-5)

Para que seja realizada de forma efetiva, o emprego de requisitos obrigatórios, dada a dificuldade de acompanhamento e fundamental o emprego de requisitos obrigatórios, dada a dificuldade de acompanhamento e vigilância da família adotante pelas autoridades brasileiras, para que se garanta a segurança do adotado. Tais requisitos impostos pela legislação brasileira se encontram em consonância com a Convenção de Haia, fazendo com que a adoção internacional se torne um processo composto de três fases, uma preparatória, uma de habilitação, e outra conhecida como fase judicial de efetivação. (DARABAS, 2021)

No Brasil, segundo dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 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. São milhares de crianças e adolescentes à espera de uma nova família, e este número tem crescido cada vez mãos, crianças em busca de um ambiente amoroso e acolhedor em que se sintam seguras e onde tenham a chance de crescer de forma saudável e pacífica.

Panorama da adoção no Brasil

Crianças e adolescentes acolhidos



Disponíveis para adoção



Em processo de adoção



Pretendentes disponíveis



Fonte: Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, em 19/05/2020

Na imagem acima, é possível verificar 36.437 sendo 83%, o índice de pessoas interessadas em adotar uma criança. No entanto fica evidente que os dados trazidos acima, não traz coerência em relação a números pois, 83% das crianças possuem idade superior a 10 anos, e apenas 2,7% dos pretendentes demonstram interesse em adotar acima pertencente ao grupo de crianças e adolescentes inseridos nesta faixa etária, segundo cálculos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (SENADO, 2020)

Com o intuito de alterar o cenário de lentidão e burocracia, que acaba levando ao envelhecimento das crianças nos abrigos e dificultando a concretização dos procedimentos adotivos, pois quanto maior a idade menor

é a chance de adoção, tal fato que se dá em decorrência da preferência dos pais por crianças com idade muito inferior, podendo ser levado ainda em consideração as características que são buscadas pelos pais durante este processo, onde os mesmos tem interesse crianças pequenas e brancas. O Parlamento tem apresentado propostas que buscam eliminar anos e acelerar procedimentos, além de conceder benefícios e facilidades aos pais adotantes. O presidente da Comissão de Direitos Humano (CDH) do Senado, Paulo Paim (PT-RS), afirma que é preciso aprimorar as políticas públicas para crianças e adolescentes nessa condição. (SENADO, 2020)

Em uma entrevista à Agencia Senado, Paulo Paim fez a seguinte colocação. “Ao longo do tempo, vamos aprimorando as leis, mas temos consciência de que a lei nunca é perfeita, principalmente quando se trata de adoção. São crianças e adolescentes que trazem a marca de abandono, da violência, dos esquecimentos causados por familiares que, por uma condição ou outra, não cumpriram seu papel. O congresso tem grande responsabilidades sobre esse tema. E trabalha em sintonia com as necessidades e demandas da sociedade. Os especialistas na área fazem essa interlocução com o Congresso e, por isso, temos muitas propostas que tramitam sobre o tema. Precisamos investir e formar profissionais capacitados para a área de adoção. O Estado precisa ter um olhar para esse tema”. (PAIM, PT-RS, 2020)

Com a colocação do presidente da Comissão de Direitos Humanos (CDH) do Senado, as Leis que regulamentam a adoção internacional, tem que se aprimorar, dando mais abrangência sobre o tema, não podendo deixar as crianças sem família.

CONCLUSÃO

Ao se analisar a conjunção do sistema de adoção existente no Brasil na atualidade ficou evidente a situação de abandono que que as crianças inseridas neste sistema se encontram, tornando as mesmas por horas em situação de abandono, tendo em vista a demora em que essas crianças permanecem na espera de uma família, trazendo a luz outros fatores que se tornam preocupantes.

As famílias brasileiras a partir do momento que em que decidem buscar o caminho da adoção, buscam diversas características em relação a uma criança: que as mesmas sejam menores de dois anos, que possuem características físicas de acordo por vezes parecida com as suas e até mesmo que as mesmas sejam crianças brancas. Todavia o sistema de adoção do Brasil, se encontra em situação crítica, pois se mostra grande a dificuldade de se encontrar crianças pertencentes as características desejadas pelos pais, é consideravelmente grande o número de crianças.

No presente artigo foi possível evidenciar todo o instituto formado em relação a adoção internacional, trazendo em questão os procedimentos legais que foram criados para minimizar os impactos trazidos pelo abandono de crianças, pelos consideráveis números que vem crescendo cada vez mais de crianças inseridas no sistema de adoção, trazendo ainda por meio deste, as questões que levam casais ao processo de adoção estrangeira.

Foi possível observar como um todo o processo de adoção de maneira geral, pode ser complexo sendo este um procedimento brasileiro ou internacional, bem como ficou evidente que os procedimentos a serem seguidos possuem respaldo das leis criadas com objetivo de estabelecer os deveres, mas também resguardar os direitos, este estabelecido na constituição brasileira, e com os artigos do Estatuto da criança e do adolescente - ECA.

Este artigo ainda pode trazer uma reflexão da importância do processo de adoção, quando facilitado e dentro dos dispostos nos objetos de lei, aqui mencionadas na vida de uma criança adotada, fazendo com que a mesma tenha ou volte a ter a oportunidade de crescer dentro de um novo lar, desejo evidente nas crianças que são pertencentes ao sistema de adoção, obedecendo ainda o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que traz intrínseco em si, que deve ser observado as questões afetivas pertencentes a criança, sejam elas internacionais ou brasileiras, o amor por construir uma família ao lado de pais dispostos a oferecer amor por seus, sendo eles adotados ou biológicos.

A adoção internacional trouxe aos pais que esperam ansiosamente por seus filhos, esperança, depois de esgotadas todas as possibilidades de adoção em âmbito brasileiro. Ocorre ainda que durante esta análise ao processo de adoção internacional, é possível identificar as dificuldades no momento em que se decide pela adoção

estrangeira, pois a mesma possui suas restrições para atender o principal objetivo de criação, evitar que seja irregularidades dentro deste processo, impossibilitando assim um dos maiores problemas ligado ao assunto, o Tráfico Internacional de Crianças, um grave problema que impossibilita que novas famílias sejam formadas.

É necessário evidenciar que se faz necessário melhor efetividade por parte do ordenamento jurídico, onde devem ser elaboradas leis, com um caráter rigoroso, para que se evite a lentidão do sistema de adoção, para que ainda impossibilite que as crianças fiquem aguardando muito tempo, que seus adotantes estejam aptos para retirar seus filhos dos lares de adoção, se faz necessário ainda projetos de conscientização para que as famílias interessadas conheçam seus direitos, saibam de maneira clara como funciona, q que por vezes ademais de ser um processo complexo, pode transformar a vida de uma criança .

Diante de todo o exposto, em relação ao assunto, ficou evidente que se há um longo caminho a percorrer, para que este assunto seja visto com melhor atenção por parte do ordenamento jurídico, e que fique claro que adotar não deve ser visto somente como um ato jurídico, mas como um ato de amor, por parte de pessoas que possuem um desejo incansável de formar uma família, e que para isso estão dispostos a desempenhar os esforços que forem necessários, mas que leis sem aperfeiçoamento poderá esta situação ficar cada vez mais difícil, para ambas as partes.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Anne; FORSTER, Paula. Busca por adoção cresce, mas processos enfrentam lentidão na pandemia. CNN Brasil, São Paulo, 04 out. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/10/04/busca-por-adocao-cresce-mas-processosenfrentam-lentidao-na-pandemia>. Acesso em: 29/06/2022

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29/06/2022

BRASIL. Decreto no 3.087, de 21 de junho de 1999. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm. Acesso em: 29/06/2022

BRASIL. Decreto no 3.174, de 16 de setembro de 1999. Designa as Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, institui o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional e cria o Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3174.htm. Acesso em: 29/06/2022

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 29/06/2022

BRASIL. Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 30/06/2022

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 30/06/2022

CATUNDA, Cosma. Adoção no Brasil após alterações da lei no 12.010/09 (lei da adoção), modificando a lei no 8.060/90 (estatuto da criança e do adolescente). Rev. Jus Navigandi. Teresina, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76038/adocao-no-brasil-aposalteracoes-da-lei-n-12-010-09-lei-da-adocao-modificando-a-lei-n-8-060-90-estatuto-dacrianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 30/06/2022

COBALCHINI, Mauricio Dacrose. Adoção Internacional. Lajeado, junho de 2017. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1781/1/2017MauricioDacroseCobalchini.pdf>. Acesso em: 25/08/2022.

CUNHA, George. Adoção de criança estrangeira no Brasil. [2018]. Disponível em: <https://georgecunha.adv.br/adocao-de-crianca-estrangeira-no-brasil/>. Acesso em: 30/06/2022

DE SOUSA, Amanda Mikaela. A preferência pela família natural na adoção e o princípio do melhor interesse do menor. 2019. Disponível em: <https://amandasousamk.jusbrasil.com.br/artigos/683245039/a-preferencia-pela-familia-natural-na-adocao-e-o-principio-do-melhor-interesse-do-menor>, Acesso em: 25/08/2022.

ESPECIALISTAS alertam: adoção de crianças no exterior só deve ser feita em casos excepcionais. UNICRIO. Rio de Janeiro, 03 fev. 2017. Disponível em: <https://unicrio.org.br/especialistas-alertam-adocao-de-criancas-no-externo-so-deve-ser-feita-em-casos-excepcionais/>. Acesso em: 30/06/2022

FERNANDES, José Nilton Lima. A adoção internacional - histórico, fundamento normativo e denúncias. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade São Judas Tadeu, São Paulo, 2006. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4904. Acesso em: 30/06/2022.

FREITAS, Vanessa da Silva. Adoção Internacional à Luz do Ordenamento jurídico Brasileiro. 23 de maio de 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/bitstream/aee/706/1/Monografia-%20Vanessa.pdf>. Acesso em: 25/08/2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil: Direito de Família. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Vol. 3. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

LÔBO, Paulo. Direito civil - Famílias. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Vol. 5. Ebook. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

ROCHA, Thais Kelly Torres. Adoção Internacional e o Tráfico de Menores. Universidade Estadual da Paraíba. Centro de Ciências jurídicas departamento de Direito Privado. Campo Grande-PB. 2011. Disponível em: <https://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/6041/1/PDF%20-%20Thays%20Kelly%20Torres%20Rocha.pdf>. Acesso em: 28/07/2022.

RODRIGUES, Yandra Felix Cavalcante. FONSECA, Maria Fernanda Soares. A excepcionalidade da adoção Internacional frente ao tráfico Internacional de Menores. 2019, Disponível em: http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_46_art_9.pdf. Acesso em: 30/08/2022.

REIS, Lusilene Santos. Adoção Internacional: Histórico e Requisitos. Disponível em: <http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoatual/sumario/2018/05.pdf>. Acesso em: 27/08/2022.

SANTOS, Beatriz Marttos dos; MONASSA, Clarissa Chagas Sanches. Adoção Internacional e suas diretrizes no Direito Brasileiro. Rev. REGRAD. Marília, v. 13, n. 01, p 58-75, 10 set. 2020. Disponível em:

<https://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/3091>. Acesso em: 30 de junho de 2022. p.63

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Vol. 6. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

SILVA, Aline Jaszewski da. As modalidades de adoção no ordenamento jurídico Brasileiro. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Balneário Camboriú, 2014, Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Aline%20Jaszewski%20da%20Silva-B.pdf>

Acesso em: 29/06/2022

TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Direito de Família. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Vol. 5. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

TELHADO, Liellen Santana da Cruz. Adoção Internacional: uma análise da aplicabilidade de normas e aspectos jurídicos. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/23548/1/2019_LiellenSantanadaCruzTelhado_tcc.pdf. Acesso em: 29/06/2022.

UNICEF. História dos direitos da criança. [2017]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em 29/06/2022

VENOSA, Sílvio de S. Direito Civil: Família e Sucessões. v.5. Barueri- SP: Grupo GEN, 2022. 9786559773039.
E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773039/>. Acesso em: 04 ago. 2022.

38 ALIENAÇÃO PARENTAL

Fabiola Cristina Carrero
Paulo Roberto Joaquim de Souza

RESUMO: Este trabalho visa apresentar que a alienação parental é um tópico legal relativamente novo. A Lei nº 12.318 foi promulgada apenas em 26 de agosto de 2010. Com as inovações no campo do direito da família, novos desafios surgiram nas disputas que envolvem os direitos da criança e do adolescente. Para um melhor entendimento, serão os principais tipos de famílias atuais no Brasil. A natureza humana é criticar o que você não fez, pode-se dizer que você despreza como conquistas dos outros. Obviamente, haverá críticas a esse texto. No que nos diz respeito, vimos contribuições úteis. O texto legal se baseia-se nesse espírito "sintomático" e toca nos pontos principais. Estabelece a ocorrência de fenômenos negativos quando crianças ou jovens são psicologicamente influenciados por seus pais, avós, tutores, tutores ou qualquer pessoa sob sua jurisdição para dificultar ou prejudicar seu vínculo afetivo com um dos pais. A legislação e o ordenamento jurídico brasileiro visam proteger e proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente, oferecendo proteção integral aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Direito à proteção e à dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Criança e Adolescentes. Proteção à dignidade humana. Alienação parental

ABSTRACT OU RESUMEN: Parental alienation is a relatively new legal topic. Law 12,318 was enacted only on August 26, 2010. With the innovations in the field of family law, new challenges have arisen in disputes involving the rights of children and adolescents. For a better understanding, these will be the main types of current families in Brazil. It is human nature to criticize what you have not done, it can be said that you despise as achievements of others. Obviously, there will be criticism of this text. As far as we are concerned, we have seen useful contributions. The legal text builds on this "symptomatic" spirit and touches on the main points. It establishes the occurrence of negative phenomena when children or youngsters are psychologically influenced by their parents, grandparents, guardians or anyone under their jurisdiction to hinder or harm their affective bond with a parent. The Brazilian legislation and legal system aim to protect and safeguard the fundamental rights of children and adolescents. Right to protection and human dignity.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Children and Adolescents. Protection to human dignity. Parental Alienation.

1. INTRODUÇÃO:

No contexto contemporâneo, a alienação parental é um problema que atinge inúmeras famílias. Independentemente do modelo familiar, ela acaba por afastar sutilmente os membros, ainda que de forma desprezível. Isso ocorre por meio de reiteradas falas difamatórias perpetradas, normalmente, pelos genitores, avós ou quem quer que detenha alguma forma de autoridade ou influência sobre a criança ou adolescente.

Dessa forma, quando a criança ou adolescente é submetida à intenso contato com essas propagandas difamatórias, acaba, inconscientemente, por se acostumar com a imagem negativa do alvo. Alienação parental é precisamente essa interferência psicológica na vida do filho, com o condão de afetar gravemente os laços familiares. Gradativamente, as relações afetivas são abaladas.

Desta forma, pode-se dizer que são um conjunto de atos, desde que comprovados, que podem causar diversos prejuízos à saúde psicológica da criança, além de trazer um grande impacto no desenvolvimento do alienado. Além disso, outro lado prejudicado é de quem sofre a violência de alienação parental, já que é criada uma imagem errônea a respeito dela com o menor, sendo julgado de forma injusta e violenta. Por consequência disso,

tal conduta ilícita faz surgir a responsabilização civil sobre o fato e o dever de reparar o dano, patrimonial e extrapatrimonial do prejudicado, que será tratado no presente estudo.

Assim, esse é o objetivo do presente trabalho: proporcionar um estudo crítico e analítico acerca da Alienação Parental e da correlata responsabilização civil. Busca-se desenvolver o tema, delimitando o assunto e suas características, bem como identificar, na prática, de que maneira a alienação parental é abordada pelos tribunais, mormente no que tange à responsabilidade do alienante. Por fim, abordar-se-á o cabimento e abrangência dos danos morais na hipótese.

Uma pesquisa e abordagem sobre o tema é de importância ímpar. Isso porque, muito embora essa prática exista há anos, ainda é presente a carência de profissionais e estudos. Sem nem mencionar a lacuna normativa, que dificulta sua constatação e delimitação das consequências.

Com a promulgação da lei de nº 12.318/2010, a sociedade reconheceu a importância em se discutir a respeito, trazendo um rol de questionamentos e novas análises. Já no âmbito Judiciário, o tratamento ainda está sendo distante a se discutir e muito menos de haver julgamentos para o enfrentamento desta problemática, o que consequentemente tem gerado um crescimento considerável de casos de alienação parental, o que gera a importância em se discutir a respeito da temática.

A abordagem, estudo e tratamento do tema demandam uma atuação conjunta de inúmeras áreas do saber, dentre elas: a jurídica; a psicológica; a social; a antropológicas; dentre outras. A partir daí, são angariados elementos suficientes para formar a convicção do juiz e para embasar uma decisão judicial.

Um pouco que há de decisões a respeito da alienação parental traz uma diversidade de decisões diversas, o que dificulta um diagnóstico melhor da situação enfrentada. Assim, o próprio artigo 6º da lei de nº 12.318/2010, descreve que caracterizada a alienação parental pode o Magistrado, de forma cumulativa ou não, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal e da ampla utilização de instrumentos aptos a inibir ou atenuar as consequências do ato ilícito, aplicar inúmeras sanções, de acordo com o caso concreto em que é discutido.

Outra observação, por pertinente, já deve ser feita. A responsabilidade civil e eventual indenização por danos morais gozarão de dupla finalidade. Busca-se reparar os danos causados à integridade física, psíquica ou patrimonial, bem como busca educar e evitar que novas práticas dessa natureza sejam repetidas e reiteradas.

Assim, a metodologia utilizada no presente trabalho é de método dedutivo, apresentando ideias previamente elaboradas. Todo o contexto presente nesta pesquisa tratou de analisar ideias previamente elaboradas por doutrinadores e estudiosos da área, além da análise normativa de leis específicas, o que tal metodologia contribuiu para a finalização deste. Foi utilizado mecanismos de ideias previamente elaboradas por estudiosos da área, trazendo uma análise correlacionada aos dados atuais vivenciados pela sociedade, como a atuação direta das normas jurídicas no contexto abordado. Por consequência disso foi utilizado a análise direta de artigos científicos sobre o tema, doutrinas e jurisprudências, além de conceitos pertinentes a temática.

Com o fito de partir de uma proposição geral e atingir uma conclusão específica, utilizar-se fontes jurídicas, com ênfase na pesquisa bibliográfica doutrinária, jurisprudencial e legislativa, bem como em outras monografias, periódicos e artigos científicos.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

Ab initio, como alienação parental, considera-se o conjunto reiterado de práticas, provocadas por um dos genitores ou, então, por quem detenha alguma forma de autoridade sob a criança ou adolescente, a quais degeneram a imaginação do outro genitor perante o filho. O objetivo, normalmente, é promover um afastamento e retirada do contexto familiar. Essa autoridade pode se revelar como uma guarda ou mera vigilância (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 88).

Essa prática é cruel, pois utiliza a criança ou o adolescente como objeto de vingança ou fim diverso do seu interesse. O intuito é prejudicar o outro genitor, valendo-se do filho como instrumento. Normalmente, a origem está na dissolução das relações conjugais. Por exemplo, com a não aceitação do término do relacionamento ou pelo fato do então ex companheiro ou cônjuge ter constituído outra família (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 56).

A própria Constituição Federal de 1988 expressou preocupação com o desenvolvimento psicológico dos menores e assim estipula que a família, a sociedade e o Estado têm a responsabilidade de dar prioridade absoluta aos direitos da criança, jovem e jovem, adolescentes e jovens adultos em todos os aspectos bem como a égide de todas as formas de conscientização de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nesse sentido, é de extrema essencialidade que os pais exerçam os devidos cuidados, pois compartilham a responsabilidade de criação dos filhos.

A intenção da atitude do alienante, na maioria dos casos, é prejudicar o relacionamento da criança ou adolescente com o pai distante. Assim, a alienação parental viola o direito fundamental da criança a uma vida familiar saudável, constituindo também violação de obrigações relacionadas com o poder paternal ou decorrentes da sentinela, do domicílio ou da tutela. A alienação parental é um dos temas mais delicados tratados pelo direito de família, devido aos efeitos psicológicos e emocionais negativos que pode ter nas relações pais-filhos (REFOSCO; FERNANDES, 2018).

O alienante, a fim de convencer a si mesmo, tende a criar um cenário de abandono, que por muitas vezes é apenas fictício. Desse modo, não se limita a apenas a romper os vínculos consigo, o alienante também buscar romper os vínculos do alienado com o seu filho (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 56).

Como pode se observar, é um tema delicado e que atrai a incidência do Direito Civil, com ênfase no Direito das Famílias. É um assunto atual e amplamente presente. Prova disso, está na notícia divulgada pelo do Instituto Brasileiro de Direito de Família, no sentido de que a pandemia da COVID-19 aumentou o número de denúncias de alienação parental.

É apontado que “a situação de isolamento social, com o afastamento da convivência física nos casos de guarda compartilhada, poderia favorecer os alienadores” e que “contraposição também gera controvérsias diante da ainda permanente proliferação do Coronavírus, acentuando a necessidade de análise caso a caso” (IBDFAM, 2021).

No âmbito jurídico brasileiro, o assunto ganhou seu próprio diploma legal, com a promulgação da Lei n.º 12.318 de 26 de agosto de 2010. Nele, é apresentado o que entende por alienação parental, bem como é estabelecido um rol exemplificativo de situações, logo no artigo 2º da lei (BRASIL, 2010):

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.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010).

Visto o rol exemplificativo de situações tidas como alienação parental, faz-se necessário entender quem é o alienante e quem é o alienado. Isso não é tão simples, porquanto o alienante, quem exerce a alienação parental, não é necessariamente um dos genitores. O alienante, o sujeito ativo da prática, pode ser qualquer familiar que

conviva e exerça qualquer poder de influência sobre a criança ou sobre o adolescente (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 43).

Lado outro, o alienado é a vítima dessa prática perversa. Compreende a criança ou o adolescente que é manipulado pelo alienante e desenvolve uma visão deturpada da realidade. Na visão do legislador, considera-se como alienado, também, o próprio alvo da alienação: o outro genitor, também chamado de vitimado, na doutrina (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 44).

Deve-se anotar que a alienação parental não se restringe apenas ao modelo tradicional de família. Pelo contrário, pode ser visto nos mais variados arranjos familiares, como por exemplo as famílias monoparentais, homoafetiva, pluriparental e anaparental. A alienação parental não se restringe aos vínculos biológicos, ou seja, pode ser vista também nas relações socioafetivas.

2.1 FAMILIA MONOPARENTAL

A família monoparental é reconhecida pela lei brasileira, tratando de um grande marco no desenvolvimento da legislação brasileira. Com as transmutações trazidas pela cultura que facilitaram o processo de divórcio, esse tipo de família é cada vez mais encontrado. Conforme dispõe a Constituição Brasileira de 1988, no artigo 226, parágrafo 4º: "Entidade familiar também significa a comunidade formada por quaisquer pais e seus descendentes", reconhecido desde que editada a atual Carta Magna, quanto ao estado familiar.

Uma família monoparental, pode-se dizer que significa uma união formada por um dos pais e descendentes. Famílias solteiras muitas vezes surgem porque as relações conjugais foram formadas e de alguma forma rompidas, causando assim o desdobramento do poder familiar sobre um dos sujeitos que compõem o casamento.

Para Viana:

Considerando que as famílias monoparentais femininas são maioria quando comparadas às masculinas e que esta condição está vinculada, em grande medida, ao aumento da vulnerabilidade social como discutido anteriormente, a chancela estatal dos filhos de casais separados ou mesmo daqueles que jamais estiveram juntos faz-se providencial para a garantia da proteção das crianças e dos adolescentes (2016, p. 34).

Observa-se que a família monoparental existe desde a promulgação da Constituição de 1988, com respaldo legal de proteção da própria constituição. Hoje, a maioria das famílias monoparentais são mulheres, o que também é observado que existem vários fatores que entram nisso, incluindo adoção, morte, separação ou divórcio.

2.2 FAMILIA HOMOAFETIVA

As uniões homoafetivas já faziam parte do cotidiano da sociedade, já que eram reconhecidas e tinham status familiar. As ações tramitam na justiça brasileira, mais especificamente na justiça de família, que, por meio de jurisprudência, formalizou as relações entre pessoas do mesmo sexo diante de deficiências na legislação do país.

No campo jurídico, uma união entre pessoas do mesmo sexo é chamada de união do mesmo sexo. O sexo é um direito fundamental e está enraizado na natureza humana. Direito inalienável, inalienável e natural do indivíduo (DIAS, 2016, p. 199). Para o autor, "as relações homossexuais estão sujeitas à ausência do estado de direito, à exclusão da sociedade e à privação da lei", a homossexualidade tem arduidade de encontrar um lugar no mundo jurídico.

2.3 FAMILIA ANAPARENTAL

A família anaparental é aquela em que "não há a presença de alguém que substitua um descendente. Por exemplo, este é o caso de dois irmãos que vivem juntos ou dois amigos idosos que decidem compartilhar suas vidas até o dia de sua morte." (SA, 2019, pág. 06). Trata-se, portanto, de um núcleo familiar diferente daquele formado

por vínculos afetivo-sexuais, por casamento, ou por ancestralidade ou linhagem, está mais próximo da fronteira da hipoteca, no mesmo grau, mas não pode ser formado por apenas um vínculo afetivo.

Assim, a família anaparental existe hoje na sociedade brasileira, mas seu reconhecimento legal não é claro. Um estudo de caso pode lançar luz sobre o reconhecimento fragmentário desses arranjos familiares pela justiça brasileira, no entanto, como um tipo de família sem amparo legal além de ampla interpretação, dispositivos constitucionais ou princípios de direito.

2.4 FAMILIA RECONSTITUIDA

As famílias mistas são as famílias mais próximas da situação de multiparentalidade (paternidade/maternidade cumulativa). Primeiro, a família foi reestruturada, trazendo outros para a família, que desenvolviam o papel de ascender ao trono. Assim, surge a sombra do padrasto/madrasta, que desenvolve relações afetivas e também desenvolve obrigações e direitos para com o enteado. Assim, esse modelo de arranjo familiar recebe diversos nomes:

[...]dentre elas: família recomposta, família mosaico, família pluriparental, família transformada, família rearmada, família agregada, família agrupada, família combinada, família mista, família extensa, família sequencial ou família em rede. A ausência de homogeneidade na conceituação destas entidades familiares evidencia a resistência que ainda existe em aceitar tais estruturas de convivência (RIBEIRO e PEREIRA, 2017, online apud DIAS, 2015).

Esta disposição familiar está amparada na Constituição de 1988, bem como no Código Civil de 2002, que reconhece as relações amorosas, e não apenas as consanguíneas, conforme previsto no artigo 1.593 da Constituição assim como uma paternidade socioafetiva.

2.5 FAMILIA UNIPESSOAL

Esse arranjo familiar é formado por uma única pessoa, que forma o núcleo da família. No entanto, esse indivíduo gozará de todos os direitos que compõem um tipo de família. Essa categoria tem sido reconhecida pelos tribunais, embora não seja citada e seja amparada por dispositivos legais.

O reconhecimento dos direitos de uma única família concentra-se em questões de contrato e patriarcado. Como se percebe, no próprio ordenamento jurisprudencial brasileiro, em que se admitia a propriedade imutável, por se tratar de propriedade de uma única família. Conforme previsto:

[...] a inclusão da pessoa sozinha no conceito de entidade familiar é relativa, ou seja, apenas para fins de impenhorabilidade do bem de família. Isso porque essa entidade sofre algumas críticas, dentre elas o fato de que, por ser uma só pessoa, não estaria preenchido o requisito da afetividade para caracterização como entidade familiar não expressa na Constituição, pois a afetividade somente pode ser concebida em relação ao outro (LIMA, 2018, apud LÓBO, 2018, online).

Nesse sentido, a representação da família pode ser vista em relação ao art. 226 da Constituição Federal, ainda é profundamente contestada. Agora, os tribunais reconheceram isso, quando se trata da não rastreabilidade da propriedade da família.

2.6 FAMILIA PARALELA

Uma família paralela é uma família que não é constituída por um único núcleo familiar, em que uma pessoa junta várias famílias simultaneamente. “O sobrenome paralelo é resultado de duas relações concorrentes” (VILBOAS, 2020, online).

2.7 INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO

Nesse diapasão, o ideal é prevenir essa espécie de conduta. Nada obstante, como não é algo facilmente controlável, quanto antes ocorrer sua identificação, menores serão as lesões à integridade psíquica do alienado e do genitor vitimado. Na prática, é muito comum que a identificação ocorra pelo próprio magistrado.

Durante o curso do processo judicial inúmeras análises e argumentos são levantados, principalmente quando se discute fixação ou modificação de guarda, divórcio ou dissolução de união estável. Dos elementos levantados, pode surgir a suspeita da prática de alienação parental, o que desencadeia, no mesmo processo, um incidente de alienação parental, a fim de averiguar os detalhes (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 91).

Contudo, como nem sempre a prevenção é possível, a Lei n.º 12.318/2010, já mencionada, apresenta instrumentos para combater e coibir a prática de alienação parental. Isso é o que se observa nos artigos 4º e 6º do referido diploma, segundo o qual é aduzido que (BRASIL, 2010):

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 visita 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. 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 (BRASIL, 2010).

O magistrado poderá tomar as medidas provisória necessárias, desde seja apresentados indícios de atos de alienação. Como dito, a identificação demanda uma análise aprofundada no âmbito jurídico, psicológico e social. É imprescindível um estudo psicossocial do caso concreto, por equipe multidisciplinar. Essa medida, ainda que torne a solução mais morosa, não é exagero, porquanto fornece elementos suficientes para confirmar ou, quem sabe, afastar, todas as dúvidas acerca da existência de alienação parental (PEREIRA, 2021):

O mencionado artigo trata dos procedimentos judiciais aplicados nos casos em que ocorre alienação. A alienação parental poderá ser declarada em ação própria, por meio de requerimento ou ofício expedido pelo juiz em qualquer fase do processo, mesmo sendo, em via de regra ajuizada pelos próprios genitores. Como já dito antes,

o papel do judiciário é de intervir para que aja uma rápida resolução para que se evite o constrangimento nas vítimas, apontando soluções e medidas para o combate à alienação.

O objetivo apresentado pela Lei 12.318/10 é assegurar que a síndrome da alienação parental é movida por distúrbio de personalidade que causam uma série de danos psicológicos as vítimas, prejudicando a formação intelectual, humana e afetiva da criança ou do adolescente.

Diante dessas questões relevantes apontadas pela Lei 12.318/10, assim como o os artigos mencionados do Estatuto da Criança e do Adolescente, entendemos a importância da interdisciplinaridade para auxiliar no combate a alienação parental. A lei, a doutrina e a jurisprudência precisa da assistência profissional para se chegar a decisão mais justa e menos penosa para as vítimas, formando assim, canais efetivos e punitivos de combate a alienação parental (PEREIRA, 2021).

Assim, vale mencionar que o papel do Magistrado se trata nos seguintes tópicos destacados:

1. Dar prioridade ao processo, para que o mesmo tramite prioritariamente;
2. Estabelecer e determinar medidas que preservem a integridade psicológica da criança ou adolescente;
3. Determinar a elaboração de laudo pericial em caráter de urgência;
4. Atuar diretamente advertindo o alienador;
5. Ampliar a convivência da vítima com o genitor prejudicado, podendo ate trazer determinação de alteração de guarda para compartilhada ou ate mesmo inverte-la;
6. Estabelecer multa ao alienador;
7. Determinar acompanhamento psicológico ou biopsicossocial.

Com vistas a ilustrar o raciocínio, traz-se à lume recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Agravo Regimental. Como pano de fundo, tinha-se uma ação de destituição de poder familiar, com pedido de inversão de guarda. Nela, após constata a prática de alienação parental pela genitora e pela avó materna, o magistrado determinou inúmeras medidas com a finalidade de garantir o convívio dos filios com o pai vitimado, isto é, alvo da alienação parental. Assim, atendeu-se, na prática, o melhor interesse da criança e do adolescente (BRASIL, 2020):

AGRAVO REGIMENTAL – GUARDA DE MENOR – AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR – DEMANDA CUMULADA COM PEDIDOS DE INVERSÃO DE GUARDA, ALTERAÇÃO DO REGIME DE VISITAS E INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS – DECISÃO QUE INVERTERA A GUARDA DOS FILHOS EM FAVOR DO AUTOR, CONCEDENDO A ORDEM DE BUSCA E APREENSÃO, ARROMBAMENTO E REFORÇO POLICIAL PARA SUA ENTREGA AO ORA RECORRIDO – INTENSA ANIMOSIDADE ENTRE AS PARTES VERIFICADA EM PRETÉRITA DEMANDA – CONSISTENTES INDÍCIOS DE QUE A AGRAVANTE, ENTÃO GUARDIÃ DOS MENORES, ESTIVESSE EXERCENDO ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL – FARTA DOCUMENTAÇÃO COLIGIDA AOS AUTOS QUE EMPRESTA VEROSSIMILHANÇA AOS RELATOS DO AGRAVADO, DE MANEIRA QUE, ANTE OS SUPERIORES INTERESSES DOS INFANTES, DEVAM ELAS SER ENTREGUES AO GENITOR – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO

(...) Da análise extraída da inicial e documentos que instruem o feito, vislumbro que devidamente caracterizada a alienação parental exercida pela genitora e avós maternos. Nos estudos psicossociais datados de 19 de janeiro de 2018, conclui-se (Processo nº 1005533-65.2016.8.26.0032-1ª Vara de Família e Sucessões, fls. 212): 'Diante do exposto, de maneira a atender o interesse de N. e D. e garantir convivência com toda a família seja materna e paterna, é de extrema importância, considerando todos os conflitos e resistência da família materna sobre a aproximação do genitor e resistência das crianças, principalmente de N. em relação à aproximação com o mesmo, S.M.J que as visitas reiniciem de maneira gradual, quinzenalmente sem pernoite, com a mediação e retirada das crianças no contexto materno pelos avós paternos Sra. S. e Sr. A., que demonstraram disponibilidade para tanto. Também entendendo como

importante para a proteção das crianças, considerando as denúncias de suposto abuso sexual e os conflitos que a situação transporta, a realização de acompanhamento do CREAS nos primeiros meses de realização das visitas'. Nos estudos psicossociais datados de 03 de maio de 2019, no referido processo supracitado, concluiu-se: 'Conclui-se que, do ponto de vista psicológico, que os contatos entre pai e filhos não ocorreram da forma como foram sugeridos por este perito anteriormente, portanto, a avaliação da situação restou comprometida. Ao contrário, nota-se o agravamento do afastamento afetivo das crianças em tela em relação à figura paterna, que por sinal mostrou-se emocionalmente desgastado com a lide a ponto de mencionar o desejo de desistir do litígio caso não seja solucionada a questão para não mais expor os filhos ao processo na justiça. Do ponto de vista psicológico, a desistência do pai em ver os filhos pelo desgaste da solução da lide judicial não beneficia as crianças em tela. Quanto a regulamentação de visitas paternas, reiteram-se na íntegra as sugestões realizadas no relatório deste perito anexo nos autos nas folhas 311-321, uma vez que no cenário atual, as referidas visitas ainda não ocorrem a contento e ressalta-se inclusive que além da situação não ter se alterado também parece ter se agravado. Por fim, por parte deste perito não há necessidade de nova avaliação psicológica do caso em epígrafe caso as sugestões sejam acolhidas pelo juízo, pois nota-se um desgaste importante em todos os sujeitos que são submetidos às intervenções a cada nova avaliação, potencializando re-traumatização'. A juntada dos boletins de ocorrência e conversas entre os genitores, demonstram igualmente os atos de alienação parental, que extrapolam o razoável e prejudica o pleno desenvolvimento das crianças. A convivência entre as crianças e o pai foram aniquiladas pela genitora e avós maternos, sem que houvesse qualquer justificativa plausível. Diante do reiterado descumprimento do melhor interesse das crianças em tela, que perpetua por anos, tenho que a medida mais adequada ao caso seja a inversão da guarda, considerando que anteriormente foi proposta ação de cumprimento de sentença, sem que surtisse qualquer resultado. (...) "A propósito, restou consignado no AI 2239008-05.2019.8.26.0000, distribuído à minha relatoria e por meio do qual a ora recorrente, sem sucesso, pretendia a suspensão das visitas paternas, que 'a lavratura do mais recente Boletim de Ocorrência aparenta ser mera continuidade dos vários outros já elaborados, cujos teores não encontraram respaldo nas conclusões dos inúmeros laudos trazidos aos autos. Denota-se, em verdade, que a animosidade havida entre as partes persiste, e que a alegada prática do crime de estupro de vulnerável, por seu turno, deva ser investigada pela autoridade competente' (j. 19.12.2019). "Por fim, verifica-se haver audiência de tentativa de conciliação designada para o dia 17 de março de 2020, permanecendo os menores, ao menos até a referida data, em poder do genitor." Nesses termos, por qualquer ângulo que se examine a questão, verifica-se que a razão não assiste ao ora agravante (TJ-SP - AGT: 20130887620208260000 SP 2013088-76.2020.8.26.0000, Relator: Theodureto Camargo, Data de Julgamento: 11/03/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/03/2020).

No caso concreto sob análise, o magistrado, após a constatação feita por equipe multidisciplinar, ouvido o Ministério Público, adotou as medidas cabíveis, no caso os incisos I e III do supratranscrito artigo 6º. Buscou ampliar de forma gradativa o regime de convivência familiar em favor do vitimado, isso tudo com acompanhamento psicológico (BRASIL, 2010).

Entretanto, as medidas não foram respeitadas pelos alienantes, prejudicando a tentativa de garantir às crianças o direito à convivência familiar. Para contornar isso, em decisão posterior, foi determinada a inversão da guarda. As crianças foram entregues ao genitor vitimado.

Isso levanta uma observação. A regra geral no sistema jurídico é a guarda compartilhada, normalmente a melhor opção. No entanto, ela não deve ser adotada de forma absoluta e indiscriminada e toda e qualquer situação. Sempre deve-se ter como parâmetro os melhores aspectos para a vida dos filhos, dentre eles: educação, desenvolvimento, suporte, lazer, saúde, afetividade, convivência familiar e muitos outros. (VAN DAL E BONDEZAN, 2019)

No caso concreto, pode significar a adoção de medida diversa, como a própria guarda unilateral. Afasta-se a criança ou o adolescente das práticas do alienante, causando um efetivo diverso da pretensão deste. Assim, assegura-se à criança e ao adolescente a proteção integral: constatando a alienação parental e buscando a melhor solução individualizada para determinado caso (VAN DAL E BONDEZAN, 2019).

Diferente do que é muitas vezes propagado, a alienação parental não necessariamente implicará em suspensão da autoridade parental ou mudança de guarda. Essa são medidas excepcionais e aplicáveis como última opção, isto é, quando os demais instrumentos não forem suficientes.

2.8 RESPONSABILIDADE DO ALIENANTE

Estabelecidas as considerações finais sobre o instituto da responsabilidade civil e do dano moral, passa-se a relacioná-las com o objeto deste trabalho, a alienação parental.

Rememora-se que “o conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade” (DIAS, 2015, p. 97). A ausência do contato, imagem e do afeto materno ou paterno ou, pior, de ambos, como já exposto, causa severos prejuízos para o desenvolvimento do filho.

Nessa linha, alienação parental é a conduta, comissiva ou omissiva, de um genitor ou qualquer pessoa que exerça autoridade sobre o infante, que consiste em prejudicar e perturbar o desenvolvimento psicológico da criança ou adolescente. Isso ocorre por meio de insistente campanha difamatória da imagem do outro genitor, com vistas a prejudicar o relacionamento entre o alienado e o vitimado. Assim, promove-se um distanciamento entre eles. Até aqui, nenhuma novidade.

Ocorre que, no direito brasileiro, construiu-se a ideia de que o alienador pode ser civilmente responsabilizado, como consequência da sua conduta difamatória, com fulcro na previsão legal e por estarem preenchidos todos os elementos definidores da responsabilidade (MADALENO; MADALENO, 2019, p. 105).

Através desse instrumento, busca-se que o alienante se intimide e não consuma a prática ou, se já não for possível, a reparação das consequências. Seja qual foi o dano civil, isto é, não apenas o prejuízo patrimonial, o prejuízo moral e extrapatrimonial também é fortemente tutelado. Faz surgir o dever de indenizar tanto o alienado quanto o genitor vitimado, pelo mal injusto provocado:

[...] o direito fundamental da convivência familiar constitucionalmente garantido à criança, ao adolescente, ao jovem, e ao deficiente, sendo passível de reparação civil qualquer dano injusto à vida familiar, molestada por ingerências nefastas advindas justamente de pessoas às quais a lei atribui a responsabilidade de proteger e resguardar os interesses superiores dos entes vulneráveis e em formação, pois, quando se trata de dano familiar, existem restrições doutrinárias e jurisprudenciais afirmando só serem indenizáveis os danos morais que se revistam de especial gravidade ou relevância (MADALENO; MADALENO, 2019, p. 106).

Verifica-se que, sob prisma constitucional dos direitos das crianças e dos adolescentes, seja qual for a lesão provocada pelos genitores, ou por qualquer pessoa que uso de sua autoridade e influência, que atinja a liberdade e direito fundamental de convivência familiar, constitui ato ilícito. Ainda pior, além de ilícito, é cruel, violento e opressivo, o que é reconhecido como alienação parental por força do artigo 3º, da Lei n.º 12.318/2010 (BRASIL, 2010).

O artigo 6º da supramencionada legislação prevê expressamente que quando existirem situação caracterizadas como alienação parental, o magistrado poderá condenar civilmente o alienante, sem prejuízo de outras sanções que, eventualmente, possam ser adotadas para prevenir ou reduzir os danos derivados da alienação (BRASIL, 2010).

No que tange à legitimidade para proposição da ação indenizatória, o legislador a concedeu, na íntegra, para aquele que foram vítimas da desonra e alvo da conduta do alienador. Assim, englobam-se como legitimados

o genitor, ou genitora, vitimada, a criança ou o adolescente, avós ou outros parentes que demonstrem os efeitos suportados.

Já sobre a competência do juízo, é preciso ter em vista o princípio do juiz natural e da adequação. Os processos em que se discute reparação por dano moral em sede de relações familiares têm que tramitar em sede das varas de família, porquanto “a especialização da competência está em permitir a condução do processo por um juiz efetivamente capaz de entender as complexidades inerentes às relações familiares” (DIDIER, 2015, p. 202).

A discussão sobre responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família não recebe pura e simplesmente o mesmo tratamento que a responsabilidade extracontratual de uma forma geral. É preciso que o judiciário atue com maior cautela e proporcione uma investigação mais atenta sobre os fatos.

À vista disso, a fixação do quantum, isto é, do parâmetro de montantes indenizatórios a título de dano moral decorrente de relações familiares é um desafio e normalmente superior. Há o impasse em qualificar monetariamente algo que, por essência, não tem valor econômico, como é a relação paterna ou materna por si, bem como demais relações familiares e suas questões emocionais.

Neste ponto, a finalidade da compensação por danos morais não é necessariamente devolver ao vitimado e lesado o estado antecedente, isto é, eliminar por completo todos os efeitos e consequências do ato de alienação. A função é mais razoável e consiste em remediar o dano já sofrido. Nesse prisma, o dano moral se aufere pela gravidade do ato e a reparação mede-se pela extensão do prejuízo experimentado.

Isso se revela com um enorme desafio na vida prática. Para ilustrar o raciocínio, pensa-se que a alienação tem potencial de ser cometida por ambos os genitores e em intensidades diversas. Em virtude disso, o magistrado poderá indenizar fortuitamente, valendo-se do artigo 945 do Código Civil, segundo o qual “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor” (BRASIL, 2002).

Esse fato não é distante da vida prática. A jurisprudência tem enfrentado circunstâncias fáticas parecidas e constantemente. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, condenou o alienante na quantia de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais) à genitora vitimada, por ficar comprovada a ocorrência de “atos reiterados e contundentes que geraram prejuízos de grande monta a filha e a genitora” (BRASIL, 2018):

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADA PELO PAI EM RELAÇÃO À GENITORA - PRESCRIÇÃO AFASTADA - MATÉRIA PRECLUSA - EX-MARIDO QUE REALIZOU VÁRIOS BOLETINS DE OCORRÊNCIA SEM FUNDAMENTAÇÃO CONTRA A GENITORA - PROVAS CONTUNDENTES NOS AUTOS - DANOS CAUSADOS À GENITORA E À FILHA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - FIXADO EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) - INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - APELO PROVIDO. A prescrição foi matéria objeto de decisão saneadora nos autos do processo, contra a qual não houve interposição de recurso por nenhuma das partes, de modo que se operou a preclusão consumativa quanto a tal ponto, não cabendo mais ao magistrado pronunciar-se quanto ao tema em nenhum grau de jurisdição, sob pena de ferir-se o princípio da segurança jurídica. Verificada a prática de atos de alienação parental pelo apelado, os quais geraram prejuízos de grande monta a filha e danos morais à sua genitora, verificam-se os danos morais. In casu, tem-se que R\$ 50.000,00 constitui “quantum” capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que o requerido torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Prescrição afastada. Recurso provido (TJ-MS - AC: 08272991820148120001 MS 0827299-18.2014.8.12.0001, Relator: Des. João Maria Lós, Data de Julgamento: 03/04/2018, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/04/2018).

No julgamento supratranscrito, houve caracterização da ação de alienação parental no ato do registro de boletim de ocorrência. Veja-se que a comunicação à autoridade policial foi sem qualquer fundamento ou justificação, em desfavor da genitora e com o fito de depreciar sua conjuntura.

Diante disso, a genitora materna atribuiu ao ex marido, também genitor, o ato de alienação parental consistente nas inúmeras investidas e tentativas de desaboná-la e, também, demonstrar uma possível inaptidão materna. Tal fato, desacompanhado de qualquer comprovação ou fundamentação, causou à própria criança transtornos de ansiedade e depressão.

Em relação à eficácia dessas medidas, de acordo com o enunciado n. 28 do IBDFAM, aprovado no XII Congresso do Brasil, em outubro de 2019, “se houver indícios da prática de alienação parental, as partes devem ser consultadas para acompanhamento diagnóstico, na forma da lei, visando a o melhor interesse da criança.” (TARTUCE, 2020, p.591). Com isso dito, a criança será sempre a mais desfavorecida e a lei não deve ser silenciada, pois qualquer aventura que um pai pretenda em uma criança causará colossais prejuízos a longo e curto prazo.

Em acréscimo, para a melhor solução da lide, houve perícia realizada por psicóloga. Ela foi responsável por colher, analisar e consultar todas as partes do confronto. Importante foram as contribuições da própria criança, segundo a qual o pai mencionava sempre características negativas e inapropriadas da genitora, sempre com o fito de vilipendiar o vínculo materno.

Segundo Tudera e Candido (2018), as ações de algumas mães diante da alienação parental serão fruto de vingança em meio às próprias patologias e injúrias, em detrimento da mãe, ato malicioso com finalidade predeterminada de objetiva. No entanto, como alertam os autores (2018), mencionar a prática de alienação parental exclusivamente para mulheres é uma afirmação questionável e tendenciosa, pois pode ser resultado de ações realizadas por mulheres, realizadas por ambos os pais.

Com base nisso tudo, reconheceu-se a alienação parental naquele caso sub judice. Consequência disso, os desembargadores, considerando o corrido, tempo do sofrimento e extensão e intensidade dos danos, bem como as condições socioeconômicas do alienador, decidiu-se pela condenação à reparação por danos morais, no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (MACEDO, 2020)

Ao analisar o aludido acórdão, pode-se compreender com clareza a construção da quantificação da reparação. Ela foi conduzida tem como balizas a razoabilidade, equidade e o fito de preservar a definição de um valor ínfimo, em respeito a sua dupla finalidade: uma de caráter punitivo e pedagógico; outra de caráter reparatório. (MACEDO, 2020)

Diante das transmutações estruturais da sociedade, onde as mulheres ocupam cargos antes inimagináveis, também se notaram deslocamentos nas famílias e em 2015 o IBGE divulgou os resultados de uma pesquisa na qual, cerca de 42,3 famílias são descritas como solteiras, sem mãe. outro cônjuge, ficará responsável pela criação dos filhos, e a separação pode ser discernida opticamente na aparição do homem como o responsável pela manutenção da família (JOÃO NETO, 2017).

Logo, o valor não pode ser nem exorbitando, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa, e nem ínfimo, sob pena de premiar a prática ilícita. Contribuindo para a discussão, outra decisão que merece ser apreciada é a que segue abaixo (BRASIL, 2017):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. DANOS MORAIS. Merece mantida a sentença que determina o pagamento de indenização por danos morais da apelante em relação ao autor, comprovada a prática de alienação parental. Manutenção do quantum indenizatório, uma vez que fixado em respeito aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Apelação cível desprovida (TJ-RS - AC: 70073665267 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 20/07/2017, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/07/2017).

Conforme o acórdão do tribunal, a genitora alienante foi condenada ao pagamento de reparação por danos morais no montem de R\$ 9.370,00 (nove mil, trezentos e setenta reais). Isso foi uma resposta à prática de ato de alienação parental, que se exteriorizou pela imputação de abuso sexual contra a genitora. (PIAZZA, 2020) ARTIGO ACADEMICO

Essa grave acusação foi desleal, infundada e inverídica. Seu objetivo apenas foi romper os vínculos e obstar a convivência entre o genitor e a criança. A mentira foi descoberta a partir de, em sede do poder judiciário, uma entrevista e exame realizados com a criança.

Um fato que é comum na maioria dos casos de alienação parental, é o início da discussão na seara criminal. Outro grupo que fortemente contribui são os assistentes sociais e o próprio Conselho Tutelar que venha a acompanhar o caso. No que tange à quantificação, novamente buscou-se aquilo que seria razoável, proporcionar e que cumpriria a dupla finalidade dos danos morais.

Até aqui, ficou claro que não há uma fórmula exata para identificar a alienação, muito menos para quantificá-la. Prova disso, é um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo contexto fático é muito próximo do anterior. Todavia, resultou em um montante de R\$ 31.500,00 (trinta e um mil e quinhentos reais), a título de danos morais (BRASIL, 2016):

Indenização por danos morais. Partes têm filha comum. Apelante alegara que o apelado praticou atos libidinosos em relação à infante, porém, nada comprovou, inclusive no âmbito criminal. afronta à dignidade da pessoa humana do genitor e exposição à situação vexatória caracterizadas. Apelado que sofrera enorme angústia e profundo desgosto, além de ampliação da aflição psicológica com o cerceamento do exercício do direito de visitas. Danos morais configurados. Beligerância entre as partes se faz presente, desconsiderando o necessário para o bem-estar da menor. Verba reparatória, fixada em R\$31.520,00, compatível com as peculiaridades da ação. Pedido contraposto sem consistência, haja vista a demanda observar o procedimento ordinário. Peça intitulada como tal que fora recebida como contestação, destacando o princípio da efetividade do processo, pois, do contrário, a ré seria revel. Ausência de reconvenção. Devido processo legal observado. Apelo desprovido (BRASIL, 2016).

Nesse julgado, o genitor vitimado, aquele que sofreu a alienação, ajuizou ação indenizatória contra a genitora alienante. A motivação foi a imputação da prática de atos obscenos em referência à filha, que serviu como um artifício para impedir o exercício do direito de visitas. Contudo, nada foi confirmado, nem no âmbito penal alguma foi confirmada, inclusive no âmbito criminal.

Em todos os julgados supramencionados, considerou-se a existência da conduta ilícita que resultou em um dano, com a existência de um liame entre eles. A soma desses elementos, conforme trabalhado em capítulos anteriores deste trabalho, fez nascer o dever de indenizar. Outro detalhe comum: a alienação foi sempre praticada por aquele que possuía maior proximidade com a criança ou adolescente.

Os detalhes mais relevantes da alienação parental consubstanciada por meio de condutas fraudulentas e mentirosas dá ensejo à reparação por danos morais. Nada obstante, o valor dificilmente será o mesmo, ainda que com proximidade fáticas, porquanto sempre se levará em conta as peculiaridades do caso concreto.

Enfatiza-se que: a quantificação sempre atenderá à proporção do ilícito e ao choque psicológico provocado aos vitimados, bem como será estabelecida tendo em conta a potência do choque sofrido e a conjuntura financeira do genitor afastador e alienador:

Não se encontra pressuposição legal que doutrine os parâmetros para a definição do dano moral, visto que essa incumbência se subordina ao arbitramento judicial. Desse modo, delega-se ao juiz, consoante ao seu acautelado julgamento, aferir a quantia e os elementos caracterizadores da necessidade de indenizar a título de dano moral. Para a determinação do quantum debeat da reparação por danos morais tem de se analisar o efeito do dano e a conjuntura socioeconômica do genitor que se encontra praticando a alienação parental, para estipular um montante capaz de remediar os infortúnios acarretados ao genitor e ao infante alienado, evitando-se, com isso, decisões equivocadas e desprovidas de fundamentos concretos, buscando-se valores que, de forma satisfatória, compensem o dano sofrido. De modo semelhante, se a Lei 12.318/10 dispõe de engrenagens que têm por finalidade reprová-lo e

impossibilitar a prática de atos de alienação parental, todos os mecanismos legais previstos devem ser incorporados preliminarmente, sob pena de inchar ainda mais a disputa entre as partes com a proposição de diligência indenizatória, e, da mesma forma, para que não se retire por inteiro do conjunto de princípios da Lei de Alienação Parental, que tem por desígnio primordial a fortificação dos vínculos parentais afetivos, principalmente entre pais e filhos. Destaca-se que não se pensa reparar o dano, levando em consideração a sua natureza intangível, mas puramente punir o agente causador, ao recompensar o padecente – não é, assim, uma determinação de valor das relações familiares –(SOUZA; VANINI, 2021, p. 154).

Isso fica claro nos julgados correlacionados. No decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sustentou-se a reparação em aproximadamente R\$ 9.000,00 (nove mil reais), por compreender que o valor era coerente e adequado entre o dano causado ao genitor alienado e a gravidade do ilícito. (TJRO, 2022)

Noutro giro, naquele decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em avaliação de caso congênera, deliberou-se o ressarcimento na importância de R\$ 31.000,00 (trinta e um mil reais). Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, pelas suas razões, chegou ao valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (TJRO, 2022)

Ademais, deve-se lembrar das excludentes de responsabilidade civil. Pensa-se na situação em que o vitimado alega ser vítima de alienação parental. Contudo, ele próprio é o causador, isto é, uma autoalienação.

Nessa circunstância, está isento o outro genitor de qualquer responsabilidade, com fulcro na culpa exclusiva da vítima. Logo, “diante de uma situação de alienação parental, se verificará que o causador do evento alienação não foi o outro consorte, mas aquele que se indicou como vítima, isto é, praticou autoalienação” (PEREIRA, 2021, p. 59). Veja-se que o tema já foi enfrentado no judiciário brasileiro:

APELAÇÃO CÍVEL - ACIDENTE EM VIA FÉRREA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL - IMPROCEDÊNCIA - DECISÃO QUE SE MANTÉM - DENUNCIÇÃO DA LIDE - GARANTIA SIMPLES OU IMPRÓPRIA - SUCUMBÊNCIA - ÔNUS DA DENUNCIANTE. Muita embora a legislação civil faça referência expressa tão somente à hipótese de concorrência de culpa (art. 945 do CC/02), a doutrina e a jurisprudência pátria admitem a culpa exclusiva da vítima como causa excludente da responsabilidade civil, e portanto, do dever de indenizar, quando pelo conjunto probatório restar evidente que a ocorrência do dano decorreu de conduta culposa imputada à própria vítima. Em se tratando de denunciação da lide fundada em garantia simples ou imprópria, uma vez julgada improcedente a ação principal, caberá à denunciante responder pelos ônus sucumbenciais decorrentes da lide secundária que restou prejudicada.

Ora, para a existência desta excludente de responsabilidade civil é preciso que a conduta que resultou na lesão tenha sido unicamente provada por quem se denomina vítima. Acaso, exista uma conduta concorrente, isto é, uma somatória entre as condutas do alienador e do vitimado, o cenário será outro.

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, infere-se os debates desenvolvidos na esfera do direito das famílias. Pouco tempo atrás, aproximadamente no ano de 1985, passou a se dar atenção, ainda que a passos lentos, à Síndrome da Alienação Parental. A problemática deste trabalho se delimitou ao posto na produção legislativa e jurisprudencial no Brasil, com ênfase à Lei nº 12.318/2010.

Entendeu-se que alienação parental consiste na prática reiterada de atos com o fito de manipulação da formação psicológica da criança ou do adolescente, em desfavor dos seus genitores. A finalidade é desconstruir ou evitar a formação de laços entre eles e seu genitor, ou sua genitora.

Normalmente, surge em um ambiente de divórcio ou dissolução com sensível grau de litígio. Um dos genitores, com sentimentos mal resolvidos e com finalidades espúrias, passa a incentivar o desprezo e o repúdio da criança ou adolescente em desfavor do outro ascendente.

As consequências danosas são das mais variadas. A prática de alienação parental repercute sobremaneira sobre o filho. Como exposto, a pessoa em peculiar situação de desenvolvimento precisa de um ambiente saudável para seu crescimento. Ao ser exposta a um ambiente de inimizade e manipulação é possível o desenvolvimento de inúmeros transtornos, mazelas e doenças psicológicas, tais como ansiedade, depressão e alto grau e insegurança.

Nada obstante, os danos não se restringem tão somente aos filhos. O vitimado, aquele genitor alvo das práticas de alienação, também suporta um grau indesejado. Ocorre que ele se vê privado, por vezes completamente destituído, do exercício do poder familiar.

Seus laços com seus filhos e prole são minados, chegando a pontos que podem até mesmo ser irreversíveis. Somado a esses, deve-se, também, observar os efeitos públicos da alienação parental que, por vezes, redundam em denúncias fraudulentas e caluniosas de abusos emocionais, físicos e, inclusive, sexuais, contra os filhos.

Com esse contexto sob análise, desenvolveu-se o presente trabalho. A finalidade foi buscar elucidar o contexto e respectivos impactos proporcionados pela alienação parental, bem como investigar a possibilidade de responsabilização civil do agente alienador em razão dos danos originados ao genitor alienado pela prática dos atos de alienação.

Restou evidente que são profundos e notáveis os danos causados ao genitor e seu filho. Com fulcro no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo o artigo 927, e seu parágrafo único, do Código Civil, nasce a responsabilidade civil do alienante e seu dever de indenizar e reparar os danos (BRASIL, 2002).

Consoante o mencionado dispositivo, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outra pessoa, fica obrigado a repará-lo. Assim, reconhecendo-se a gravidade dos efeitos decorrentes da alienação parental, fica evidente que, consoante a legislação citada e construção doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade civil, incumbe ao agente alienador a reparação dos danos que causar ao genitor vitimado e ao infante.

Neste trabalho, amparado nos parâmetros de desenvolvimento da teoria civilista acerca da reparação de danos, optou-se por limitar a análise à indenização por danos morais. Entretanto, não se observou quaisquer prejuízos oriundos dessa escolha. Pelo contrário, se revelou positiva, porquanto, dado o contexto em que se desenvolvem as circunstâncias alienatórias, bem como os próprios danos delas oriundos, observou-se que a reparação por danos extrapatrimoniais é a melhor e mais adequada alternativa e resposta ao problema.

Ocorre que, ao se analisar as particularidades da alienação parental, com base no estudo da produção doutrinária sobre o tema, concluiu-se que os impactos da prática circundam, como era de se esperar, a relação entre o genitor e a prole. Pelas próprias características e objetivos da alienação parental, resulta fragilizada os vínculos entre ascendente e descendente.

Em outros dizeres, tem-se, por exemplo, em um aspecto subjetivo, o rompimento total ou, ao menos, atenuação dos laços familiares, somada a perda de aspectos saudáveis, como do poder familiar, da proximidade e do respeito entre genitor e filho. De maneira mais concreta, no aspecto objetivo, a exploração econômica, a violência, o rechaço e, até mesmo, as denúncias contra o genitor alienado.

Como decorrência dessa constatação, no sentido de que o genitor vitimado, alvo da alienação parental, sofre com a mitigação de seus direitos que decorrem da relação parental, bem como com a violência contra a dignidade e, inclusive, as expectativas que nutre em relação aos filhos.

Ora, cuida-se de evidente dano moral. Os danos não repercutem no patrimônio propriamente dito. Veja-se que, como discutido, é um dano intangível, que compreende aquilo que lesiona o sujeito em seu íntimo e que o fere e o desestabiliza psicologicamente. São danos extrapatrimoniais.

É precisamente esse o dano que, causado pela prática ilícita do agente alienador, consoante sustentou-se neste texto, faz nascer a responsabilização civil do alienador. Como visto, justifica-se pelo fato de que a responsabilidade civil pode e deve ser incorporada ao Direito das Famílias, em homenagem aos valores e princípios

constitucionais relativos à personalidade e à dignidade humana, que demandam obediência, acolhimento e preservação no íntimo das relações familiares.

Assim é que, no contexto da alienação parental, aquele que vir feridos os seus direitos é digno de reparação civil. Como demonstrado, a responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro consiste na junção da seguinte elementos essenciais: conduta humana, dano e nexa de causalidade.

Em certas situações, há também o elemento acidental consistente na culpa lato sensu. Nesse diapasão, cumpre anotar que a presença desses requisitos sustenta a possibilidade de indenização por dano moral decorrente de atos de alienação parental.

Por demais, como também bem exposto nestes escritos, a jurisprudência brasileira compartilha desse entendimento. A decisão das cortes brasileiras caminho para o reconhecimento da alienação parental e posterior condenação e responsabilização de todos os envolvidos.

Restou pacífico o reconhecimento aos genitores vitimados alienados o direito à reparação civil, em virtude dos danos ocasionados pela ação dos agentes alienantes. Veja-se que o dever de reparar alcança todos aqueles que, movidos por quaisquer que sejam as razões, intentem minar as relações familiares a partir da alienação parental.

No entanto, em que pese sejam positivos os julgados que reconhecem a geração de dano e, por consequência, o dever de repará-los, deve-se consignar a problemática que acompanha o litígio e a judicialização das relações.

O aumento exponencial dos números de demandas tende a impactar negativamente no cenário brasileiro. Como consequências negativas, pode-se observar e elencar a sobrecarga do Poder Judiciário e o desgaste proporcionado as partes.

Não se olvide a morosidade da tramitação processual e os impactos que isso causa nas relações familiares. Se não bem conduzido, pode, inclusive, agravar os problemas proporcionados pela alienação parental. Em virtude disso, infere-se que os resultados obtidos nesta pesquisa orientam para a cautela no momento de dar uma resposta à alienação parental.

Como mais benéfico, precisa-se primeiro dar preferência às medidas alternativas, previstas na Lei nº 12.318/2010, para findar os contextos de alienação parental e reconduzir à retomada e reconstrução saudável das relações e vínculos familiares. Por fim, como última opção, acaso nada mais tenha resolvido, buscar o Poder Judiciário.

Ao final e ao cabo, a alienação parental é um fato existente na sociedade contemporânea. Todavia, é imprescindível ser tratado com maior rigor e cuidado pela legislação e pelos operadores do direito. Maior atenção deve ser dada às medidas protetivas mais eficazes, sobretudo as preventivas.

Deve-se consignar um último ponto: a importância do amor, do diálogo e do afeto. O judiciário não é o caminho mais adequado para resolver um conflito entre as famílias. Precisa-se fomentar os meios consensuais de solução de conflito e sempre fornecer um acompanhamento psicológico em favor da criança ou do adolescente vitimados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5. out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 6. jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11. jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 5. jun. 2022.

BRASIL. LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26. ago. 2010 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 10 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11. set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 10 mai. 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JUNIOR, Freddie. Competência para o processamento e julgamento da ação de responsabilidade civil por dano moral oriundo de relação familiar. In: MADALENO, R.; BARBOSA, E. (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GEORGIO, Alexandres. Alienação parental. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil – volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. Mês de Combate à Alienação Parental: 5 atualidades sobre o tema que você precisa saber. 2021. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/8362/M%C3%AAs+de+Combate+%C3%A0+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental%3A+5+atualidades+sobre+o+tema+que+voc%C3%AA+precisa+saber>. Acesso em: 15. jun. 2022.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. Ciência e Pesquisa: livro didático. 2. ed. Palhoça: Unisulvirtual, 2007. Disponível em: http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/87815_Vilson.pdf. Acesso em: 26 mai. 2022.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf Madaleno. Síndrome da Alienação Parental: Importância da detecção - Aspectos legais e processuais. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf Madaleno. Síndrome da Alienação Parental: Importância da detecção - Aspectos legais e processuais. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. 08272991820148120001. Relator: Des. João Maria Lós, Data de Julgamento: 03/04/2018, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/04/2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20000004976210001, Mg 2.0000.00.497621-2/0001. Inexistência de omissão, dúvida ou contradição – embargos rejeitados. [...] Relator: Desembargadora Selma Marques. Congonhas, MG, 25 de janeiro de 2006. Diário Oficial de Justiça. Belo Horizonte, 24 fev. 2006. Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.497621-2%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 10 jun.. 2022.

PEREIRA, Alan Rodrigues. Aspectos jurídicos da alienação parental: uma análise do perfil do alienador e as sequelas geradas. IBDFAM. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1693/Aspectos+jur%C3%ADdicos+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+uma+an%C3%A1lise+do+perfil+do+alienador+e+as+sequelas+geradas>. Acesso em: 15. jun. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70073665267, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 20/07/2017.

SÁ, Raffaella Braga de Brito. Alienação parental à luz do direito brasileiro e a responsabilidade civil do alienante. 2020. 21 p. UCSAL, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. APL: 00027050520148260220 SP 0002705-05.2014.8.26.0220, Relator: Natan Zelinschi de Arruda, Data de Julgamento: 21/07/2016, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/07/2016).

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AGT: 20130887620208260000 SP 2013088-76.2020.8.26.0000, Relator: Theodureto Camargo, Data de Julgamento: 11/03/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/03/2020).

SILVA, Denise Maria Perissini. Em breve, alienação parental será crime. Revista Migalhas, 2010. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/111553/em-breve--alienacao-parental-sera-crime>. Acesso em: 10. jul. 2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

VANINI, Camila; SOUZA, Jéssica J. de. A responsabilidade civil nos casos de alienação parental. Revista Direito UTP, v.2, n.1, jan./jun. 2021, p. 141-157.

VIEIRA, Luana. AUTOALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 2021. 83 p. UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA, 2021.

ZAMATARO, Yves. A alienação parental no Direito brasileiro. Revista Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/178383/a-alienacao-parental-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 15. jun. 2022.

39 ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES JURÍDICAS RELATIVAS AS EMPRESAS EMITIDAS PELO GOVERNO FEDERAL DURANTE O PERÍODO DE PANDEMIA DO COVID-19

Judith Aparecida Bedê
Claudemir Farias

RESUMO: Esta pesquisa vem contribuir com uma análise acerca das leis e medidas trabalhistas que foram criadas a partir da necessidade de adaptação frente à mudança social forçada pela pandemia vulgarmente chamada de COVID-19. Poderá contribuir para o entendimento de leigos e estudantes de Direito sobre essa mudança, haja visto o foco nos benefícios trazidos pelo PRONAMPE (coloque o significado da sigla). O presente estudo foi realizado por meio da técnica de pesquisa revisão bibliográfica; valendo-se do da abordagem hipotético-dedutivo, inserindo-se no procedimento histórico e de estudo de caso, considerado o evento pandêmico como tal. Foram elencadas hipóteses acerca do tema em questão, que buscou reunir as informações acerca das alterações da legislação trabalhista brasileira; causadas pela propagação do Coronavírus. Sendo assim, o presente estudo aborda as principais alterações legislativas realizadas pelo governo federal brasileiro, indicando e a criação de programas de renda para os indivíduos e empresas.

Palavras-chave: COVID-19. Legislação Trabalhista. Programas federais.

ABSTRACT OU RESUMEN: This research is necessary to contribute to an analysis of the labor laws and measures that were created from the need to adapt to the social change forced by COVID-19. It may contribute to the understanding of lay people and students about this change, given that this research will analyze the benefits brought by PRONAMPE. The present study was carried out through a bibliographic review of a hypothetical-deductive method, through the delimitation of a problem and the development of hypotheses about the subject in question, which sought to gather information about the changes in Brazilian legislation caused by the spread of the Coronavirus. The world population was directly affected by the social and economic consequences caused by COVID-19, in this way, it was necessary for each government to adapt its legislation so that it was possible to alleviate the difficulties faced in the pandemic, so that this was possible, studies and research were made in order to direct the federal government to continue promoting the well-being of its population. Therefore, the present study addresses the main legislative changes made by the Brazilian government and the creation of income programs for individuals and companies.

Keywords: Legislation. COVID-19. Labor law.

INTRODUÇÃO:

A pandemia causada pela covid-19 teve um enorme impacto no mundo do trabalho. A necessidade de medidas de higiene para evitar a propagação do vírus afeta trabalhadores, empresas e empregos. Com isso, as pessoas tiveram que se ajustar a novas rotinas, e práticas como o home office (se possível) tornam-se uma realidade necessária para a sobrevivência de muitas atividades. Mas não são apenas os costumes cotidianos que mudaram.

Devido à pandemia, várias medidas legislativas foram editadas para fornecer soluções provisórias. Entre as muitas medidas adotadas, a primeira reação à decisão de isolar as pessoas foi o regime de teletrabalho em muitas empresas. Na sequência da decisão das autoridades de saúde, alguns empregadores viram-se obrigados a

alterar o regime de trabalho para que os seus funcionários possam regressar quando o risco de contágio do vírus diminuir.

Para que fosse possível se adequar as necessidades sanitárias, foi necessário realizar uma adaptação nas leis que regem as questões trabalhistas. Por conta dessa mudança na organização social, a Covid-19 tem desafiado a forma como a vida e a sociedade se organizam, e essa é a mudança imposta nas relações de trabalho. Existem várias medidas que visam manter a continuidade da empresa e os contratos de trabalho de milhares de trabalhadores.

Os direitos trabalhistas são responsáveis por promover a economia e suportar o impacto da crise econômica sobre a classe trabalhadora. O presente trabalho não aborda todas as questões relevantes e necessárias para a compreensão completa do assunto, mas traz uma abordagem concisa de seus principais aspectos, observável a necessidade de não abrir exceções à regra, e o acordo entre empregado e empregador. A necessidade de união a análise e a participação não são esquecidas.

Assim, em suma, o Instituto da Flexibilidade apresenta-se como uma medida imediata, mas esta forma de relações laborais nunca pode ser estendida em razão da crise e da instabilidade, mas pelo Estado para os trabalhadores e trabalhadoras. As empresas mantêm suas relações de trabalho e desenvolvimento respeitando os princípios e limitações impostas.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Para Nascimento (2012), à medida que a população aumentava, o direito romano passou a prever o antecessor do chamado contrato de trabalho, em que uma pessoa (o locador) prestava serviços e era paga de acordo com o tempo em que os serviços eram executados, assumindo o risco empresarial do locatário. Na Idade Média, o trabalho escravo havia diminuído e surgiu um novo tipo de trabalho, o trabalho escravo.

Segundo Nascimento (2012), ex-escravos, agora servos, apesar de livres, têm cargas de trabalho pesadas e condições precárias. Formas degradantes de trabalho, a dificuldade dos pares se tornarem mestres e as novas exigências socioeconômicas da época foram os motivos do declínio das empresas de artesanato. Em 1776, foi promulgado o Edito de Turgot, eliminando as guildas.

Claramente, a história revelou a existência do caráter desumano do trabalho em um processo de mudança social, política e econômica no mundo. No Brasil, a realidade não é diferente, onde as condições de trabalho estimulam a necessidade de amparo legal, dada a situação das pessoas e sua dignidade. O Estado na época não se preocupava com o setor privado, mas apenas com a manutenção da ordem pública. No entanto, essa situação não durou muito tempo diante da situação trágica que os trabalhadores viviam.

A produção industrial criou uma alta concentração de trabalhadores em torno das máquinas, e a superexploração desses trabalhadores pelos patrões, sem quaisquer restrições, que os levou a viver vidas insuportáveis.

Desde então, com o desenvolvimento da sociedade, a imagem do Estado que regula e fiscaliza as relações trabalhistas se estabeleceu como a antítese da exploração dos trabalhadores. Surge em um contexto social onde, por um lado, os trabalhadores estão por um lado e, por outro, precisam valorizar seu trabalho e, portanto, sua dignidade, e, por outro lado, o desenvolvimento e o progresso científico são necessários e inevitável. Esse ramo do direito deve estar sempre de acordo com a Constituição Federal (CF) e não deve oferecer menos possibilidades, pois a Carta

Magna traz muitas premissas para proteger a relação entre empregado e empregador. O Instituto tem um fundamento que norteia sua aplicabilidade, quais sejam, os princípios do direito do trabalho. Na linguagem jurídica, esses princípios são vistos como "proposições gerais inferidas em culturas e sistemas jurídicos. A hierarquia das normas deve ser respeitada na aplicação das normas, e o direito do trabalho, por seu caráter protetivo, permite o uso de normas de nível inferior caso seja mais benéfico ao empregado. A relativização das hierarquias normativas em favor dos empregados é evidenciada pela aplicabilidade dos princípios de proteção ao emprego, consolidados na CLT e amparados pela Constituição Federal de 1988.

Os princípios jurídicos estão no centro das normas fundamentais básicas de aplicabilidade e criação, pois possuem um grau de generalidade, e optar por usar um não elimina o outro. É por isso que a doutrina tem princípios como feixes de grandes normas que cumprem papel fundamental na articulação do entendimento do direito na regência das relações humanas.

Com a Revolução Industrial, as relações trabalhistas passaram a ser reguladas livremente por todas as partes, mas isso não significou melhorias nas condições de trabalho. O Estado permanece à distância, o que possibilita que os empregadores abusem do recrutamento. Pode-se dizer que a Revolução Industrial é a principal força motriz política e econômica do direito do trabalho.

Ainda de acordo com Nascimento (2012), com o advento das máquinas e da eletricidade, o trabalho braçal foi substituído pelo trabalho remunerado. A redução da força física também possibilitou o emprego dos chamados "semi-exércitos doces", mulheres e crianças. As más condições de trabalho, o excesso de horas de trabalho para mulheres e crianças e os baixos salários levaram os trabalhadores a se filiarem a sindicatos para melhorar as condições de trabalho.

Para Nascimento (2012), no Brasil, a primeira legislação trabalhista foi promulgada em 1934 no governo de Getúlio Vargas, garantindo direitos básicos dos trabalhadores, como salário mínimo, jornada de trabalho como conhecemos hoje, 8 horas diárias, feriados e liberdade de associação. Porém, somente em 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), esses direitos foram sistematizados em um único documento, e desde então são essas as leis que regem o trabalho no país. As

leis trabalhistas mudaram: no governo de João Goulart, quando o presidente incluiu os trabalhadores rurais na CLT; na ditadura militar, o direito à greve foi desmantelado; mais recentemente, no governo de Michel Temer.

Quadro 1.1 Direitos dos Trabalhadores

Quais são os direitos dos trabalhadores?	
Carteira de trabalho Documento que serve como prova do vínculo empregatício e de seu histórico.	Jornada de trabalho Período em que o empregado está à disposição do empregador.
Hora extra É o tempo trabalhado além da jornada e que deve ser pago ao trabalhador.	Descanso semanal remunerado Dia da semana em que o trabalhador não precisa realizar suas atividades.
Salário mínimo Valor mínimo de salário a ser pago ao trabalhador e determinado pelo Governo Federal.	Adicional noturno Valor acrescido ao salário correspondente ao período de jornada noturna – entre 22h e 5h.
Férias Período anual de 30 dias para descanso do trabalhador, sem prejuízo de remuneração.	FGTS Fundo para proteger o trabalhador demitido sem justa causa ou ajudá-lo caso necessário.

Fonte: Tangerino (2019)

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE MEDIDAS PROVISÓRIAS

De acordo com Oliveira (2021), as regras para emissão de medidas provisórias (MPs) estão contidas no artigo 62 da Constituição Federal. É um instrumento juridicamente vinculativo adotado pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência nacional. Ela tem efeito imediato, sendo efetiva enquanto o Congresso a trata, mas sua eventual tradução em lei depende da aprovação da Câmara e do Senado. Os membros do Congresso são válidos por 60 dias, renováveis uma vez, por um período médio. Se não for ratificado em até 45 dias, contados a partir de sua divulgação, bloqueia a pauta de votação da legislatura em que estiver (Câmara ou Senado) até que seja votada ou expire. Uma vez no Congresso, a medida provisória será analisada por uma comissão mista de deputados e senadores, que aprovará comentários sobre ela. Se o texto original for alterado, o MP será tratado como uma ordem de conversão.

Ainda segundo Oliveira (2021), uma vez que a comissão mista aprove o parecer, o texto segue para o plenário da Câmara dos Deputados e depois para o plenário do Senado. Após aprovação pelas duas câmaras, a medida provisória - na forma de projeto de lei de conversão - foi encaminhada à Presidência da República para aprovação. Se o presidente discordar de alguma emenda feita pelo Congresso, ele tem o poder de vetar o texto em parte ou no todo.

O prazo pode ser de até 15 dias, se a Câmara ou o Senado vetar MPs ou perder sua validade, os MPs devem emitir um decreto legislativo para vincular o efeito jurídico que se acumula enquanto estiver em vigor. Enquanto a agenda da Câmara for bloqueada por medidas provisórias, os delegados só podem votar em sessões especiais determinados tipos de propostas, projetos de lei complementares, projetos de decreto legislativo, projetos de resolução e projetos de lei não sujeitos a medidas provisórias.

No âmbito do direito constitucional brasileiro, medida provisória (MP) é um ato único do Presidente da República, que tem força de lei e, em princípio, dispensa a intervenção do Legislativo, convocando sua discussão e aprovação. Isso mais tarde.

De acordo com o artigo 62 da Constituição Federal, as premissas dos MPs são de urgência e relevância. As origens históricas das medidas provisórias (MP) remontam ao decreto do decreto italiano Albertina de 1848. Na Itália, a utilização do decreto, pela rapidez de processamento e pela eficácia de seus resultados, tornou-se ainda mais poderosa no contexto pós-Primeira Guerra Mundial, tendo em vista os problemas subjacentes que precisavam ser resolvidos com rapidez e eficiência. Em 1937, sob a constituição conhecida como Polaca, essa instituição italiana passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro e ali permaneceu até a constituição de 1967, que previa a centralização do poder executivo.

Para Oliveira (2021), as medidas provisórias têm tanto caráter de ato normativo quanto força motriz do processo legislativo de atos normativos, pois podem ser aprovadas pelo Presidente da República, têm força de lei e devem ser submetidas imediatamente ao Congresso.

Oliveira (2021) cita que os parlamentares devem aprovar o Congresso para transformá-lo em lei em até 60 dias, ou não, que pode ser prorrogado por igual período. Se os deputados não deliberarem ou votarem contra no prazo estipulado, perderá a sua validade desde a sua publicação, pelo que é necessário regular a relação jurídica consolidada através de decretos legislativos. Ao final, o principal problema que levou à revisão do Regimento de Medidas Provisórias foi a reedição massiva dessas regras, que acabou por torná-las permanentes.

MEDIDAS PROVISÓRIAS - MP	
+ O que são?	São atos normativos primários, de caráter excepcional (relevância e urgência) adotados pelo Presidente da República.
+ Devem ser convertidas em lei dentro de qual prazo?	60 dias (não computados o período de recesso).
+ Esse prazo pode ser prorrogado?	Sim, por igual período.
+ Esse prazo pode ser suspenso?	Sim, fica suspenso durante o recesso do CN.
+ Quando começa a correr esse prazo?	Da publicação da MP.
+ Qual o prazo para trancamento da pauta da Casa Legislativa em que estiver tramitando?	Expirado o prazo de 45 dias (não computados o período de recesso), ocorre o trancamento da pauta.
+ Se a medida provisória for rejeitada, poderá ser reeditada dentro da mesma sessão legislativa*?	Não.
+ Em caso de perda da eficácia ou rejeição da MP, o que ocorre com as relações jurídicas constituídas durante a sua vigência?	O CN deve, por meio de decreto legislativo , disciplinar essas relações jurídicas.
+ Qual o prazo para o CN editar esse decreto legislativo?	60 dias.
+ Caso o Congresso não discipline as relações jurídicas constituídas durante a MP rejeitada, o que ocorre?	Caso o CN não edite o decreto legislativo no prazo de 60 dias, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da MP serão por ela regidas.
+ Aonde as MP terão sua votação iniciada?	Na Câmara dos Deputados.

Quadro 1.2 Medida Provisória - Fonte: Esquematizar (2017) - Fonte: Esquematizar (2017)

3. DIREITO DO TRABALHO NA PANDEMIA COVID-19

Os direitos que sofreram alterações durante este período são o teletrabalho; antecipação de licença individual; concessão de licença coletiva; aproveitamento e antecipação de licença; redução de jornada de trabalho e rescisão de contrato de trabalho. Como resultado dessas mudanças, houve um impacto negativo na saúde e segurança do trabalhador.

É possível que os trabalhadores tenham que trabalhar até 10 horas de jornada de trabalho, incluindo finais de semana, após os prazos de implementação dessas medidas, e se o banco aprovar adicionalmente, os trabalhadores podem continuar trabalhando por mais de um ano no caso que as licenças são finalmente esperadas, enquanto não pode tirar férias para o mês restante do ano. Finalmente, suspender os requisitos administrativos.

A saúde e a segurança no trabalho podem levar a um aumento de acidentes e doenças profissionais. Segundo Amadeo, este novo formato, para além de comprometer a saúde e a segurança, pode também ter um impacto negativo na remuneração dos colaboradores caso haja suspensão de contratos ou redução de jornadas de trabalho. Nesse caso, o trabalhador receberá menos do que o valor que recebeu no contrato ativo e, além disso, qualquer seguro-desemprego será reduzido.

Por outro lado, dado que em alguns casos os trabalhadores têm mesmo direito à segurança no emprego, estas medidas podem ter um impacto positivo na manutenção dos postos de trabalho, ou pelo menos em parte deles. A primeira reação às pessoas em quarentena veio do regime de teletrabalho em muitas empresas. Vários empregadores se viram obrigados a fazer essa alteração no horário de trabalho para que seus funcionários possam retornar ao trabalho quando o risco de contágio do vírus diminuir.

Para Neto et al. (2020), Art. 75-C da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) documenta que os empregadores podem alterar o regime de trabalho na sede social (presencial) para trabalhar remotamente. Para esta alteração, é necessário o consentimento mútuo e um novo contrato (adicional) deve ser escrito para registrar

a alteração. As mudanças do trabalho remoto para os sistemas presenciais devem respeitar o período de transição de 15 dias, e não é necessário o consentimento dos trabalhadores para retornar ao trabalho presencial. Ou seja, o período de 15 dias foi pensado para ajudar os trabalhadores a se ajustarem à retomada das atividades presenciais na sede da empresa.

De acordo com Neto et al. (2020), o teletrabalho está presente na legislação brasileira desde 2017, seguindo as reformas trabalhistas promulgadas pela Lei 13.467/17. No entanto, a empresa não tem muita fé nisso. Devido à urgência trazida pelo combate à covid-19, a medida tornou-se uma alternativa.

Segundo Neto et al. (2020), na CLT, apenas o teletrabalho é oferecido. Em síntese, os artigos 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E da CLT dispõem sobre o teletrabalho, que estabelece regras específicas para o trabalho realizado fora das dependências do empregador, por ser mediado por mediação através da tecnologia da informação e comunicação. A Medida Provisória nº 1.108 de 2022 (MPV 1108/2022) altera essas regras por deixarem uma situação contenciosa, principalmente após o uso generalizado do teletrabalho durante a pandemia do novo coronavírus. O teletrabalho pode ocorrer em qualquer lugar com acesso à internet (cafés, bares, praias, escolas, transporte, etc.). Como o nome sugere, os home offices serão desenvolvidos dentro das residências dos trabalhadores. Não há distinção legal relevante entre trabalhar em casa e teletrabalho. Legalmente, home offices teletrabalham a partir das casas dos trabalhadores.

Os home offices estão em alto nível durante a pandemia. Uma das medidas que o governo colocou em prática para ajudar as empresas é suspender os contratos de trabalho, e o governo pode ajudar a pagar parte dos salários. Isso se deu inicialmente pela Medida Provisória nº 936/2020, posteriormente transformada na Lei nº 14.020/2020. A lei reconhece a suspensão dos contratos de trabalho, e o governo federal pagará entre 70% e 100% dos salários a que os empregados têm direito em caso de desemprego, dependendo da conta da empresa e da faixa salarial do empregado.

Portanto, o salário integral do empregado não é pago, mas sim com base em um percentual do valor que o empregado receberia ao solicitar o seguro-desemprego. Caso a empresa suspenda suas atividades e o trabalho remoto não seja possível de ser realizado.

Ainda segundo Neto et al. (2020), outra medida decretada é a possibilidade de redução da jornada de trabalho em 25%, 50% ou 70% por um período máximo de 90 dias, período durante o qual os trabalhadores receberão salários correspondentes às suas horas reais trabalhadas. Essas duas medidas foram incorporadas à Lei nº 14.020/20.

Como a mídia continuava noticiando, a lei estava fora de vigor (seu tempo de existência havia acabado) – e estava claro que a pandemia continuava. Atualmente, o Projeto de Lei (PL) 6/2021, apresentado pelo senador Rogério Carvalho do PT-SE, busca propor a prorrogação do programa emergencial legalmente registrado para manutenção do emprego e da renda. O contrato de trabalho é rescindido. Os Subsídios Emergenciais de Manutenção do Emprego e da Renda, que autorizam a suspensão ou redução da jornada de trabalho, são garantidos correspondente ao tempo de recebimento do benefício.

Para Trovão (2020), o auxílio emergencial criado pela Lei nº 13.982/2020 é outra medida destinada a abranger outro estrato da população sem carteira assinada (empregos com carteira assinada), como os autônomos MEI (Microempreendedor Individual) – também podem trabalhar, mas sem carteira assinada – e os desempregados e beneficiários do Bolsa Família. São pagas 5 parcelas de R\$ 1.200,00 para mulheres chefes de família (famílias monoparentais) sem ajuda de terceiros. Perda de um emprego ou redução de renda. Portanto, a MP 1039/21 exige um novo auxílio emergencial com valor que varia de R\$ 150,00 a R\$ 375,00 em 4 fases, dependendo da nova norma e previsto para o pagamento anual de abril 2021/2021.

Segundo Neto et al. (2020), por conta dessa mudança na organização social, a Covid-19 tem desafiado a forma como a vida e a sociedade se organizam, e essa é a mudança imposta nas relações de trabalho. Várias medidas são mencionadas ao longo do artigo, todas visando preservar a continuidade da empresa e manter os contratos de trabalho de milhares de trabalhadores.

Tendo em vista que a vigência da Lei nº 14.020/2020 está chegando ao fim, espera-se que a nova versão da medida legislativa apoie empresas e trabalhadores, principalmente considerando que o número de mortos por covid-19 aumenta a cada dia e que a pandemia não tem data de término.

Para Nascimento (2012), a flexibilidade das normas laborais é um tema muito importante no direito do trabalho e nas relações socioeconômicas. O Instituto infere não apenas a grade empregador x empregado, mas todo o sistema normativo/legal vigente, portanto, diante da pandemia do coronavírus e seu impacto, não pode deixar de ser afetado.

Diante do fato de que as leis trabalhistas são promulgadas hoje, é impossível abordar um momento histórico e suas consequências na conjuntura trabalhista sem fazer conexões.

De acordo com Neto et al. (2020), o artigo 3º lista as medidas que podem ser adotadas pelos empregadores, sendo que podem versar sobre:

I - o teletrabalho; II - a antecipação de férias individuais; III - a concessão de férias coletivas; IV - o aproveitamento e a antecipação de feriados; V - o banco de horas; VI - a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho; e VIII - o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

Para Trovão (2020), o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 prevê o direito ao trabalho. 23 “Toda pessoa tem direito ao trabalho, livre escolha de trabalho, condições de trabalho justas e satisfatórias e proteção contra o desemprego”. Como traz a própria redação do artigo, a efetivação desse direito deve estar condicionada à garantia da dignidade da pessoa humana, e não à exclusão do direito mínimo à subsistência de um sistema de combate ao desemprego. No entanto, além de estimular a auto associação que ela traz, temos que discutir até que ponto essa abordagem é viável, ou apenas um meio de suprimir o poder, e até que ponto ela corresponde verdadeiramente ao seu objetivo primordial.

O governo tem procurado tomar medidas para aliviar o aumento do desemprego e conter a taxa de informalidade do país, enquanto a flexibilização dos direitos dos trabalhadores é uma forma de impulsionar o mercado de trabalho.

Neto et al. (2020), cita que na área legislativa, o governo federal editou as Medidas Provisórias nº 927 e nº 936, que regulamentam as medidas trabalhistas em resposta ao estado de calamidade pública e o regime emergencial de programas de emprego e manutenção da renda, respectivamente. O artigo 2º da MP 927 dispõe: “Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. normas, leis e instrumentos comerciais, respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição”.

Especificamente, o aviso de licença pode ser reduzido para 48 horas e o pagamento pode ser feito no 5º dia útil do mês seguinte. Ambos os órgãos, tanto com aviso prévio quanto com pagamento de férias, foram flexibilizados pela medida, com a CLT decidindo dar aviso prévio em 30 dias e ter pagamento de férias dois dias antes de seus respectivos prazos, mas se ofereceu para enfrentar os desafios causado pela pandemia. Causado isolamento social, mantenha-se racional.

Ainda citado por Neto et al. (2020), a Medida Provisória nº 936/2020 estabelece um regime emergencial de manutenção do emprego e da renda, que prevê a redução proporcional de jornadas e salários e a suspensão temporária dos contratos de trabalho. O valor dos benefícios financiados pelo Estado será baseado no valor mensal do seguro-desemprego ao qual o empregado tem direito. Além disso, a MP 936 prevê a possibilidade de redução proporcional de jornada e salário por até 90 dias e suspensão de até 60 dias, observada a exigência de retenção do valor da hora do trabalho, conforme acordado por escrito pelo indivíduo.

Diante dos limites políticos e sociais do país, a flexibilização das normas trabalhistas tornou-se iminente e continua ocupando o cenário nacional, sempre em pauta, e muitos autores acreditam que esse seja o real motivo dos incentivos e flexibilização das normas no estatuto.

4. PRONAMPE E OUTRAS MEDIDAS PARA EMPRESAS

Serão utilizados R\$ 50 bilhões para investimento e capital de giro, que poderão ser utilizados pelos empresários para compra de máquinas e reformas, além de cobrir despesas operacionais, como pagamento de salários de funcionários e contas. Como água, eletricidade e aluguel, ou a compra de matérias-primas e bens.

Nova fase do Pronampe - incluindo MEI, de acordo com o Decreto nº 6.320, de 18 de julho de 2022, as instituições financeiras participantes poderão realizar oficialmente operações de crédito no âmbito do programa entre 2022 e dezembro de 2024.

A Lei 14.068 concede à UE um crédito especial de 20 bilhões de reais para garantir empréstimos feitos por bancos a empresas, movimento também devido à crise da saúde. Promulgados pelo presidente do Congresso, Davi Alcolumbre, os dois artigos foram publicados no Diário Oficial da União (2) desta sexta-feira.

A Lei 14.068 foi criada pelo governo para proteger as pequenas e médias empresas afetadas pela crise econômica causada pela pandemia de covid-19. Além dessas empresas, associações, fundações de direito privado e cooperativas, além do crédito, também podem receber financiamento com garantia. Programa de Acesso ao Crédito (Peac-FGI).

O programa é aberto a empresas com faturamento anual total entre R\$ 360 mil e R\$ 300 milhões no ano-calendário de 2019. O objetivo é fornecer garantias de empréstimos a essas empresas por meio do FGI. Este regime será adicionado ao Programa Nacional de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Pronampe) instituído pela Lei nº 13.999 de 2020. A doação inicial é de R\$ 5 bilhões, e os créditos hipotecários seguintes serão emitidos conforme a necessidade. O limite é de 20 bilhões de reais, o dinheiro virá da emissão da dívida nacional.

O projeto de Lei 3093/20 estabelece uma série de condições para que as empresas recebam assistência financeira ou apoio governamental durante a pandemia do coronavírus. Quaisquer infrações estarão sujeitas às sanções previstas no Regulamento de Ordem Econômica e Tributária (leis 8.137/90 e 1.521/51):

- É vedada a demissão a menos que solicitada pelo funcionário ou colaborador;
- Proibir reduções de salários e benefícios pagos aos trabalhadores;
- Proibição de aumentos salariais dos executivos ou do pagamento de bônus e honorários adicionais;
- Proibida a distribuição de lucros e dividendos aos acionistas superiores a 2019 verificada;
- Proibição de recompra de ações da própria empresa;
- Proibir aumentos abusivos de preços de bens e serviços; e
- Obrigação de pagar pontualmente as contribuições patronais e outros impostos, com exceção dos impostos deduzidos ou diferidos por lei, e de regularizar dívidas com a Fazenda Pública.

CONSIDERAÇÃO FINAIS:

A realização deste trabalho possibilitou a percepção da pandemia em algumas de suas consequências; pois o evento causada pelo Coronavírus afetou a população em seus aspectos sociais, econômicos, na forma de organização e culturais;

entretanto, o foco no presente estudo prima pela análise jurídica. Desta maneira, foi necessário realizar adaptações de forma a permitir com que a sociedade conseguisse conviver com o novo vírus. Portanto, fez-se necessário que o governo atualizasse suas leis e promulgasse medidas provisórias de forma a manejar a demanda advinda das questões trabalhistas e de saúde afetadas pelo COVID-19.

Inúmeras pessoas tiveram suas rendas afetadas pela queda na economia e a alta do desemprego, haja visto que muitos funcionários foram demitidos para que as empresas pudessem manter recursos e enfrentar a pandemia. Desta maneira, o governo se viu obrigado a criar um programa de renda que auxiliasse a população que teve sua renda parcial ou totalmente perdida por consequência da pandemia. Assim como foi necessário adaptar as leis às formas de trabalho, como teletrabalho e home office. Portanto, foi possível perceber que o governo brasileiro não mediu esforços para que a população tivesse acesso à saúde, alimentação, educação e renda. Sendo de extrema importância para o bem estar brasileiro essas adaptações legais realizadas. Grande parte da população afetada diretamente pelo Coronavírus fez uso das alterações legais realizadas pelo Senado.

REFERÊNCIAS

BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. Evolução da personalidade e proteção da dignidade: uma análise jurídica a partir de narrativas de humor. Curitiba: CRV, 2022.

BEDÊ, Judith Aparecida de Souza & JESUS, Giovanni Brancaglião de. Medida provisória. Disponível em: <https://www.unicesumar.edu.br/epcc_2003/trabalhos/Acesso em 17 set. 2022.

Belmonte, Alexandre Agra, Luciano Martinez, and Ney Maranhão. O Direito do Trabalho na crise da COVID-19. Salvador: JusPodivm (2020).

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. Medida Provisória n. 936, de 01 de Abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública

reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 ABRIL 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm > Acesso em: 17 ago 2022

KLERING, Maria Angelita Vanzella, and José Adalberto Rodrigues Gonçalves Neto. Flexibilização das leis trabalhistas frente à crise econômica amplificada pela pandemia do covid-19. Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste 5 (2020): e24538-e24538.

LEITE, Bezerra, C. H. Curso de direito do trabalho. São Paulo; Saraiva, 2019. 9788553610419. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610419/>.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDIDA PROVISÓRIA traz novas regras do novo auxílio emergencial. Senado Federal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/737784-medida-provisoria-traz-regras-para-o-pagamento-do-novo-auxilio-emergencial/>>. Acesso em: 24/08/2022.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. História do Direito do Trabalho. In: FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011. p.67-152

OLIVEIRA, Nathalia Hemily de. Direito do trabalho: Consolidação das Leis Trabalhistas e seus princípios em tempos de pandemia. (2021).

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. Direito do Trabalho- Concursos Públicos- 19. Ed. rev., atual. e ampliada. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SOUZA JÚNIOR, A. U. et. al. Medida Provisória 927/2020. Comentada artigo por artigo. Thomson Reuters: Revista dos Tribunais. Disponível em <<https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/10056-medida-provisoria-927-comentada.pdf> > Acesso em 18 ago 2022.

TELETRABALHO ganha força como alternativa durante a pandemia. Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-06/teletrabalho-ganha-forca-como-alternativa-durante-pandemia>>. Acesso em: 24/08/2022.

TROVÃO, C. J. B. M. A pandemia da covid-19 e a desigualdade de renda no Brasil: um olhar macrorregional para a proteção social e os auxílios emergenciais." Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2020).

40AS LEIS DE PROTEÇÃO A MULHER NOS DIAS ATUAIS

Aline de Menezes Golçalves
Bruna Cristina Weiss Meira

RESUMO: O presente artigo visa apresentar sobre a discriminação em relação a figura feminina e o ambiente de trabalho, bem como as normas de proteção a mulher nessa esfera. Visando isso, buscou-se entender a origem histórica do surgimento do direito do trabalho, e o processo de normatização e regulamentação dos direitos trabalhistas. Durante esse processo, a mulher era vista como inferior dentro do meio laboral, e lhes era ofertado tratamentos diferenciados aos homens que trabalhavam nas mesmas funções, bem como recebiam salários inferiores a eles. Por conta disso, a Constituinte, aderiu ao princípio da isonomia, e as normas trabalhistas brasileiras passaram a se adequar ao que a Carta Magna trazia. Em vista disso, foram criadas normas de proteção com maior abrangência a mulher dentro do direito do trabalho, para que de fato, houvesse um tratamento igualitário, e um respaldo jurídico se os violassem. Para a elaboração do artigo, foi utilizado doutrinas, leis, jurisprudências e artigos.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção. Mulher. Isonomia.

ABSTRACT: The present article aims to present the discrimination against women and the work environment, as well as the norms of protection for women in this sphere. Aiming at this, it was sought to understand the historical origin of the emergence of labor law, and the process of standardization and regulation of labor rights. During this process, women were seen as inferior in the workplace, and they were treated differently from men who worked in the same positions, and received lower salaries than them. Because of this, the Constituent Assembly adhered to the principle of isonomy, and the Brazilian labor norms started to adapt to what the Magma Carta brought. In view of this, protection norms were created with greater coverage for women in labor law, so that, in fact, there would be equal treatment, and legal support if they were violated. For the elaboration of the article, doctrines, laws, jurisprudences and articles were used.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Protection. Woman. Isonomy.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo de toda a história, o direito do trabalho foi marcado por um processo de discriminação e desvantagens a figura feminina, impondo a ela um lugar à mercê de classe trabalhadora.

A evolução da humanidade contribuiu para que a mulher deixasse sua casa e fosse participar das atividades laborais afim de ajudarem no sustento de suas famílias. Mas, o tratamento que recebiam dentro das empresas não era dos melhores, pelo contrário, as mulheres eram tratadas de forma desigual, a jornada laboral era extensa, o ambiente de trabalho precário e o salário inferior ao dos homens que exerciam as mesmas funções. Por conta disso, passaram a buscar um lugar de respeito, onde fossem tratadas nas mesmas condições que os homens.

Constituições, leis ordinárias e convenções foram criadas para a proteção do trabalhador e especialmente a proteção da mulher, lhe dando um respaldo maior no meio judiciário. Entretanto, a criação de tais normas não foi o bastante, pois o sistema em que a sociedade está enraizada não contribui para a efetivação absoluta das normas reguladoras.

O problema enfrentado no artigo em questão é a discriminação e a desigualdade que as mulheres enfrentam no meio ambiente de trabalho, buscando analisar as normas protetoras e o seu cumprimento.

Em um primeiro momento, será estudado a evolução histórica do direito do trabalho, todo o processo para se chegar ao trabalho como é conhecido na atualidade, além de estudar como aconteceu a entrada da mulher no meio laboral, ainda na antiguidade, passando por todo o período da revolução industrial até os dias atuais.

Subsequente será abordado a atual Constituinte e o seu enquadramento para a dissipação da discriminação no ambiente de trabalho, de forma a analisar algumas normas e princípios que regem o ordenamento jurídico e a proteção da mulher na esfera trabalhista, bem como a criação de tais normas e a atual Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), e a evolução durante o processo de proteção.

Seguindo para o último momento, será analisado o princípio da isonomia que a Carta Magna rege juntamente com a proteção da discriminação, buscando entender melhor o princípio em questão e como ele é abordado dentro da sociedade, além disso, entender a adequação da CLT a essa isonomia. Ademais, será abordado a reforma trabalhista de 2017 e as mudanças em relação ao trabalho feminino dentro do ordenamento jurídico em questão, bem como decisões do Tribunal Regional do Trabalho acerca do tema.

Para o desenvolvimento do artigo, utilizou-se de livros, doutrinas, artigos, jurisprudências, súmulas e a própria legislação vigente para o estudo do caso.

2 HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

A palavra trabalho como hoje é conhecida, nem sempre possuiu o significado e a função na qual lhe é atribuído na atualidade. Na antiguidade, o trabalho era visto como um castigo e seu nome é derivado de um instrumento feito para castigar escravos, o tripaliun – compostos por três paus/ estacas de madeira. (LEITE, 2021 p.18).

Dessa forma, nas palavras de Luciano Martinez, o trabalho tendo em vista a dignidade, procurou um novo sentido, e aqueles que realizavam tais funções, encontrou um meio de ser livre. (p. 64).

Para Mauricio Godinho Delgado, o direito do trabalho possui um núcleo fundamental, que está ligado ao meio empregatício (patrão e empregado), e através dele que todo o instituto normativo está fundamentando. Além disso, seu pressuposto histórico-material, está relacionado a subordinação e a relação entre o tomador de serviços e o prestador. (p. 98).

Outro fator importante, foi a revolução industrial que mudou os meios de produção, sobre tudo com o advento da industrialização, seu crescimento se deu de maneira acelerada, em virtude de transformações econômicas e sociais. (HOBSBAWM, 2020 p. 33). Nesse sentido, Delgado afirma que:

Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea (DELGADO, 2019, p. 99).

Em contrapartida, o surgimento do Direito do Trabalho propriamente dito, surge a partir de três fatores: econômicos, sociais e políticos. O fator econômico está alusivo a subordinação no meio laboral, com a força do trabalho livre, nas palavras de Delgado (2017), é o “instrumento central de relação de produção pelo novo sistema produtivo emergente”; o segundo fator, o social, se destacou pelo proletariado nos grandes centros industriais na sociedade europeia e norte americana; e por último, o fator político, contribuiu para o desenvolvimento da sociedade civil e do Estado, como Leciona Delgado, esse fator usava de preceitos objetivos na condição de contratação e gerenciamento do meio laboral pela força de trabalho. (p. 101-102).

Após a explanação acima, é válido mencionar o conceito do Direito do Trabalho, para que se tenha uma melhor compreensão do tema. Dessa forma, o direito do trabalho pode ser compreendido como:

Conjunto de princípios e regras que regulam a prestação do trabalho subordinado, e excepcionalmente do trabalho autônomo, no âmbito das relações laborais individuais ou coletivas, bem como as consequências jurídicas delas emergentes (MARTINEZ, 2020, p. 73).

Sobre os ensinamentos de Martinez, é possível averiguar que o Direito do Trabalho abrange todas as formas de trabalho, e zela por aqueles que dela necessitam.

2.1 A ENTRADA DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

A formação sociocultural do Brasil, possui raízes fortemente patriarcais, onde o homem era o centro da sociedade e a mulher ficava a sua mercê. Dessa forma, a figura masculina era responsável por chefiar a família e trazer o sustento para sua casa. A mulher por sua vez, era criada para ser uma boa mãe e uma dona de casa exemplar. (LOBO, 2004).

É importante salientar que nesse período no Brasil, a mulher casada era relativamente incapaz e dependia totalmente do homem para exercer determinadas funções dentro da sociedade. O antigo Código Civil de 1916, trazia em seu artigo 242, VII, que o homem por ser chefe de família, deveria autorizar sua esposa a trabalhar fora da residência.

Isso pendurou por várias décadas, e mudou apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que, em um de seus artigos destacou que homem e mulher são iguais perante a lei, (artigo 5º, I).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2022).

Dessa forma, é possível compreender que até o século anterior, o dever da mulher em relação a sua vida profissional, devia estar de acordo com o parecer de seu conjugue. Ela não possuía autonomia para decidir sozinha essa parte de sua vida. Com a nova Constituinte, essa relação de submissão entre os conjugues deixou de existir, pois, além da legislação os considerar iguais em direitos, deveres e obrigações, a mulher passou a ter capacidade plena dentro da sociedade.

Em outro plano, temos a figura na mulher negra, que por conta do período de escravidão possuía funções distintas: como mucamas, responsáveis pelos afazeres domésticos, acompanhavam as senhoras (brancas), cuidavam dos filhos de seus senhores e até mesmo trabalhavam nas grandes fazendas. Elas não eram vistas com bons olhos e o direito que possuíam era ainda mais escasso que os das mulheres brancas. (TAVASSI et al, 2020).

Antes do âmbito brasileiro, é válido mencionar como aconteceu no exterior, para conseguir compreender como houve a expansão em massa feminina no meio laboral.

Isso ocorreu com o início da Revolução Industrial. A necessidade de uma ajuda financeira para o sustento da casa, levou a mulher a deixar de ser apenas responsável pelo cuidado da casa e dos filhos e passou, também, a ter responsabilidades sobre o sustento de sua família. Dessa forma, a mulher passou a procurar um meio para ajudar o marido financeiramente, e por isso, passaram a trabalhar em grandes indústrias e a receberem um salário inferior ao dos homens.

A entrada em massa das mulheres na força de trabalho durante o século XX, em extensão tão significativa que hoje elas já chegam a constituir maioria nos países de capitalismo avançado, não resultou em sua emancipação. Em vez disso, apareceu a tendência de generalizar para toda a força de trabalho a imposição dos salários mais baixos a que as mulheres sempre tiveram de se submeter [...] MÉSZÁROS, 2011, p. 272).

A entrada da mulher no mercado de trabalho, visou ao contrário do que se esperado por elas, uma exploração em razão de sua mão de obra, sendo, colocando em pauta mais uma vez a discriminação

socioeconômica, jornada laboral extensa e salários cada vez mais baixos, e uma exploração em massa dessa mão de obra.

Para as fabricas essa mão de obra mais baixa era favorável, pois os gastos eram menores, mas para as mulheres, era de fato um ultraje, pois, exerciam funções em situações precárias, a jornada de trabalho mais extensa, e acabaram por receberem uma quantidade inferior. (HOBSBAWM, 2000).

Em seu livro, *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*, (Antunes, 2009 p. 108), trata que o trabalho feminino, estava presente na informalidade e no regime part-time, fazendo uma jornada de trabalho mais extensa que os homens e recebendo uma quantia significativamente inferior ao trabalho laboral masculino.

Em contrapartida, as mulheres, acreditavam que seria uma forma de liberdade, de deixar a submissão de lado e ganharem sua liberdade e emancipação, mas, foi um pensamento equivocado durante esse período.

Antunes (2009), ainda retrata que a inserção das mulheres no meio laboral, foi marcada por diferenças de raça e gênero, e não possuíam uma presença tão grande e marcante quando aos homens que exerciam determinadas funções.

Outro fator importante que consolidou a inserção das mulheres no mercado laboral, foram as grandes guerras, que aconteceram nesse período (1914 a 1918 e 1939 a 1945). Os homens, foram obrigados a participarem das guerras e as mulheres se encontravam sozinhas para cuidar de suas famílias, em visto disso, se tornaram responsáveis por todo o sustento familiar e passaram a vender sua mão de obra para conseguir a subsistência de sua casa, além de se tornarem responsáveis pelos negócios de seus maridos. (LESKINEN, 2004).

Nota-se que esses fatores foram o ápice para figura feminina no mercado laboral, pois, a partir desses acontecimentos, começaram a dominar esse ramo e a quantidade de mulheres foi crescendo de forma gradual, e aos poucos, com muito sacrifício, conseguiram conquistar seu lugar no mercado de trabalho.

3. AS PRIMEIRAS NORMAS TRABALHISTAS NO BRASIL

O Brasil desde sua colonização foi marcado pelo trabalho escravo, tendo início pelos índios que residiam nas terras, e posteriormente por negros, trazidos da África. Entretanto, a legislação vigente, proíbe qualquer tipo de trabalho escravo, bem como trabalho análogo a escravo, pois, não é algo digno, pelo contrário, as pessoas são tratadas como coisas e são submetidas a várias situações degradantes. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018, p. 4).

Dessa forma, no Brasil, o processo de direitos trabalhistas demorou a acontecer. As leis relacionadas ao empregador e empregado eram realizadas praticamente pelas próprias fábricas, cada uma fazia uma regra própria, da forma que lhe convinha. Em vista disso, quem ofertava a mão de obra era menosprezado pelo superior. (WESTIN, 2017).

O direito a greve como conhecemos hoje, em 1917, era considerado ilegal, o trabalhador não possuía o direito de se manifestar, para conseguir melhores condições de emprego. Entretanto em 1917, milhares de trabalhadores, ocuparam as ruas da cidade de São Paulo e manifestaram seus interesses. O autor ainda afirma que a cidade, deu lugar a violência e sangue, no período em que os grevistas atacavam as fabricas em manifestação. Foi uma greve que durou uma semana e deixou muitos mortos. (WESTIN, 2017).

A Greve Geral, como ficou conhecida, foi um momento importante para a história do direito do trabalho no Brasil, por conta dela os operários conseguiram algumas vitórias, após a negociação que aconteceu entre os operários, as indústrias e a Comissão de imprensa, entretanto, não durou muito, tempos depois, os empresários, voltaram atrás no acordo. (WESTIN, 2017).

Foi a partir da revolução de 30 que o direito do trabalho no Brasil teve início. No governo provisório de Getúlio Vargas, ele criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, e colocou em pratica a elaboração de uma legislação trabalhista mais ampla e geral. No ano de 1930, mudou-se a maneira de encarar tal questão social, várias leis foram criadas visando o direito do trabalho. (ROMAR, LENZA, 2021. p.19).

Apenas em 1943, foi criada e promulgada a Consolidações das Leis Trabalhista. A CLT, como se é referida, juntou as leis esparsas mencionadas e criou outras normas, para a proteção dos empregados, nas palavras de

Leite (2021 p. 19): “A CLT não é um código, mas uma lei, ou melhor, um Decreto-lei de caráter geral, aplicado a todos os empregados sem distinção da natureza do trabalho técnico, manual ou intelectual. A CLT é equiparada a lei federal”.

Ou seja, o Código vigente, abrange todos os trabalhadores, sem distinção, e necessariamente, baseia-se e utiliza-se da Constituição Federal de 1988, para que se tenha uma completa abrangência, e consiga proteger de fato os que dela necessitam, e assim como as demais leis, passou por processos de emendas que alterou diversos artigos, possibilitando um amparo cada vez melhor dos que nela se enquadram.

A criação de leis como essas, foi um momento muito importante para os operários da época, pois, conquistaram direitos que presam pela pessoa do empregado, além disso, os próprios princípios das Leis Trabalhistas, versam a igualdade de direitos e deveres e não prega a desigualdade, como se tinha antes.

O princípio protetor, por exemplo, faz jus ao nome, ele protege, a relação de patrão e empregado na esfera do empregado, pois, é o mais fraco economicamente e presta um serviço de subordinação, além de garantir uma igualdade jurídica entre eles. Nas palavras de Romar e Lenza (2021, p. 29):

A concepção protecionista adotada pelo Direito do Trabalho remonta à própria formação histórica deste ramo do Direito e tem como fundamento a constatação de que a liberdade contratual assegurada aos particulares não poderia prevalecer em situações nas quais se revelasse uma desigualdade econômica entre as partes contratantes, pois isso significaria, sem dúvida nenhuma, a exploração do mais fraco pelo mais forte.

Os autores ainda retratam que a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), modificou o que o princípio da proteção resguarda, dando mais autonomia individual ao trabalhador, sendo possível que esse negocie de forma direta com o empregador sobre questões como banco de horas (§5º, art. 59, CLT). Outro sim, essa autonomia, mostra que o empregado não é a parte mais fraca da relação de emprego, como trata o princípio anterior, podendo essa, tomar iniciativa para negociar com o empregador. (ROMAR, LENZA, 2021 p. 29).

Outro princípio de grande relevância, é o Princípio da proteção ao mercado de trabalho da mulher, que visa, a não discriminação em relação a mulher e ao homem no meio laboral, além de garantir que se tenha medidas para que não ocorra tal discriminação. É válido ressaltar a importância do referido princípio, uma vez que, a poucas décadas atrás, a discriminação era um fator fortemente predominante na esfera trabalhista, e nos dias atuais, não se encontra muito longe, ainda há discriminação em relação as mulheres. (LEITE, 2021 p. 55).

3.1 A NOVA CONSTITUINTE E OS PARÂMETROS ADEQUADOS A ELA.

A Carta Magna que rege o nosso ordenamento jurídico, foi de suma importância para os direitos femininos tanto no âmbito do trabalho, quanto fora dele. Considerada como Constituição Cidadã, ela trouxe consigo uma mudança muito significativa: desde o perambulo, seguindo dos demais artigos 3º, III, IV e o artigo 5º, caput, tratando do princípio jurídico da igualdade.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 2022).

O princípio da igualdade aludido na Constituição, não rege somente a igualdade de tratamento, é válido ressaltar que não é propriamente um direito absoluto, pois há diferenças entre criança, adulto e idoso, na qual são tratados em alguns casos de forma diferenciada para sua melhor proteção e objetivando a dignidade da pessoa

humana. Além disso, esse princípio aborda questões em relação ao trabalho como os dispositivos do artigo 7º dessa mesma Carta, de forma explícita.

Noemi Porto, leciona que (Ingo, 2013, p. 105):

Em termos constitucionais, o Texto de 1988 proíbe a discriminação de qualquer natureza, incluindo a sexual. Tanto na demissão quanto nas condições de trabalho oferecidas podem estar refletidas situações de discriminação.

Como mencionado anteriormente, a atual Constituição trouxe a figura igualitária entre homem e mulher, dessa forma, ela criou métodos para que a discriminação no mercado trabalhista não ocorresse, um exemplo é o referido artigo 7º, que foi caracterizado como fundamental, em um de seus dispositivos, trata sobre a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos”; (XX). Em vista disso, o legislador, possui autonomia para a criação de métodos visando essa proteção.

Não bastando a Constituição Federal, a OIT (organização internacional do trabalho), possui uma forte influência no direito do trabalho brasileiro, em uma de suas convenções (nº 111), tratou sobre a discriminação nesse meio e declarou em seu artigo 1º que:

1. Para os fins desta Convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

2. Qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins desta Convenção, as palavras "emprego" e "profissão" compreendem o acesso à formação profissional, acesso a emprego e a profissões, e termos e condições de emprego. (OIT, 1958).

Para Fábio Rodrigo Gomes, por mais que haja uma rede de proteção em grande escala, na vida prática laboral, pode encontrar casos em que o empregado foi ofendido, por questões de cor e etnia, e entre outros tipos de ofensas que advém do superior hierárquico. Violando a legislação vigente sobre a igualdade entre os seus e a dignidade da pessoa humana. (p. 131). Em outro momento, o autor retrata ao referenciar a dignidade da pessoa humana e a Carta Manga que “compreender as idiosincrasias lesivas à dignidade humana do próximo como algo antijurídico é um caminho sem retorno, caso levemos a sério os valores inscritos na Constituição brasileira de 1988”. (GOMES, 2021, p. 59).

É possível compreender com a fala de Gomes (2021), que ainda que empresas contratem pessoas de todas as etnias e gêneros, a igualdade no meio laboral não é eficaz, pois, há uma espécie de segregação tanto no salário, quanto na discriminação pessoal. O mercado de trabalho está cada vez mais denso, e a questões como essa, ganhando força no ordenamento jurídico brasileiro.

A legislação, e a OIT protegem esses direitos e garante a igualdade, mas, acaba que em certas situações se torna omissa, pois, nas palavras de Gomes (2021, p. 137): “Preconceitos raciais ocultos estão se liquefazendo sob a luz forte da exigência de justificação racional, lastreada na fundada alegação de discriminação”.

4 A DISCRIMINAÇÃO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Como mencionado nos capítulos anteriores, a inserção das mulheres no meio laboral, foi marcado por processos de desigualdades, na qual eram tratadas como inferiores, e recebiam uma remuneração consideravelmente mais baixa a da figura masculina. (LUDWIG, 2021, p. 280; MATOS, 2021).

Ainda nas palavras de Ludwing (2021), a estrutura que compõe a sociedade, visa que a figura feminina é responsável por cuidar da casa e dos filhos, enquanto o homem, seja bem-sucedido em sua carreira profissional. Em prol disso, muitas mulheres acabam possuindo dupla jornada, no trabalho fora de casa e dentro de sua casa, com os filhos e os afazeres domésticos. (LEMOS JUNIOR, SILVA, 2019, p. 79).

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu texto que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (Art. 5º, I). Dessa forma, o princípio jurídico da igualdade entre homem e mulher se faz presente e deve ser respeitado. Como leciona, Delgado (2001, p. 961), a Carta Magna, suprimiu a prática discriminatória no contexto empregatício contra a mulher, e até mesmo aquela que pudesse restringir o mercado de trabalho. Além disso, nos dias atuais, não se pode utilizar as diferenças de sexo, como uma vantagem sobre o outro, trata-se de um caráter discriminatório que não é aceito.

Em prol da Nova Constituinte, a Lei n. 7.855/89, visou a adequação da Consolidação das Leis Trabalhistas, (CLT), revogando artigos que iam contra o princípio da isonomia, e tratavam da intervenção marital, como o antigo Código Civil (1916), estabelecia. Entretanto, tais artigos da CLT, já estavam revogados de forma tácita pela Constituinte, prevalecendo a Lei Maior. (DELGADO, 2001, p. 962).

A CLT por sua vez, se adequando ao princípio jurídico da igualdade e visando a Constituição, publicou artigos que versam sobre a vedação a publicação de anúncios de emprego especificando o sexo, cor, idade e situação familiar que o candidato à vaga se encontra, bem como ser o motivo de distinção na remuneração, despesa, recusa de emprego e até mesmo promoção.

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (BRASIL, 2022).

Além dessa vedação, a referida Lei, resguardou a proteção do salário de igual valor a todos que adentram a esfera trabalhista no mesmo ramo e na mesma empresa, não podendo receber uma quantia menor em razão do sexo, etnia, idade e raça. Visando isso, o mesmo artigo impôs sanção para quando há discriminação em razão desses fatores e seja comprovado.

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (BRASIL, 2022).

Entretanto, por mais que o ordenamento jurídico respalda essa isonomia, sabe-se que ocorre violação do referido princípio. Silva e Junior, ensina que a igualdade pode ocorrer de duas formas, formal e material. Formal no sentido de que o tratamento ocorre sem diferenciações, e a material, tendo a compreensão, respeitando suas características. (LEMOS JUNIOR, SILVA, 2019, p.89).

Olhando para todos esses parâmetros jurídicos, é possível perceber que há uma série de normas que visam a proteção da mulher no meio laboral, e que motivam o incentivo de meios para que isso aconteça, todavia, Maria Cecília Máximo Teodoro (2017), ao olhar para a desigualdade percebe que, a desigualdade não é um caso de falta de normas, pelo contrário, há diversas normas de proteção ao mercado de trabalho feminino, entretanto, seu olhar volta-se para a confusão entre essas normas de proteção da mulher, com a proteção da família e das crianças, que por fim, acaba sendo um direito que desprotege ao invés de proteger os que dele necessitam.

Olhando por outro lado Silva e Junior, retratam que apenas a isonomia não é suficiente para mudar a consciência das pessoas em relação ao fator discriminatório, é necessário que se tenha consciência de que todos são iguais independente de cor, raça e sexo. (LEMOS JUNIOR, SILVA, 2019, p. 90).

4.1 A REFORMA TRABALHISTA DE 2017

Em 2017, ocorreu a reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017, essa que mudou alguns mecanismos em relação ao direito e proteção da mulher no meio laboral, Delgado trata que essa reforma buscou seu direcionamento no antigo direito na história, trazendo como “instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais. (DELGADO, 2017 p. 39-40).

No entanto, foram modificados pela reforma quatro dispositivos a) revogação do parágrafo único do art. 372 da CLT; b) revogação do art. 384 da CLT; c) nova redação para o conjunto do art. 394-A da CLT; d) inserção de novo § 2º no art. 396 da CLT. (DELGADO, 2017, p. 147).

Em um primeiro momento, a revogação do Parágrafo Único do artigo 372, encontrava em desuso desde a Constituição Federal de 1988, e foi revogado de forma expressa pelo art. 5º, I, "h", da Lei n. 13.467/2017. Pois, o a Carta Magna em seu artigo 5º caput e artigo 5º, I, tratam da igualdade no sistema jurídico. (DELGADO, 2017, p. 148). O autor ainda reforça:

Conforme se percebe, a regra do parágrafo único do art. 372 da CLT se mostra manifestamente incompatível com as duas normas constitucionais citadas, seja na análise conjugada desses dois dispositivos, seja na sua análise em separado. (DELGADO, 2017 p. 148).

Outro ponto importante da reforma, foi a revogação do artigo 384 da CLT, que tratava sobre repouso de no mínimo 15 minutos, para começar o período de horas extras. Entretanto, a própria legislação incorporou sobre o pagamento do intervalo, não sendo incorporado o plano concreto da relação de emprego. (DELGADO, 2017 p. 149).

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.
§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (BRASIL. 2022).

Outro sim, por mais que o artigo 384 da CLT, foi revogado pela Reforma Trabalhista, há discussões sobre o tema, alegando se tratar de inconstitucional, pois fere o princípio da igualdade aludido pela Constituição (art. 5º, I). Entretanto, o TRT 15 em súmula nº 80, tratou sobre o tema dizendo. (MUNHOZ, 2021).

A não concessão à trabalhadora do intervalo previsto no art. 384 da CLT implica pagamento de horas extras correspondentes àquele período, nos moldes do art. 71, § 4º da CLT, uma vez que se trata de medida de higiene, saúde e segurança do trabalho (art. 7º, XXII, da Constituição Federal)." (RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 18/2016, de 25 de outubro de 2016 - Divulgada no D.E.J.T. de 27/10/2016, pág. 02; D.E.J.T. de 28/10/2016, págs. 01-02; no D.E.J.T. de 03/11/2016, pág. 02).

O TRT 9º em súmula nº 22 também se posicionou sobre essa questão:

INTERVALO. TRABALHO DA MULHER. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELO ART. 5º, I, DA CF. O art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal, o que torna devido, à trabalhadora, o intervalo de 15 minutos antes do início do labor extraordinário. Entretanto, pela razoabilidade, somente deve ser considerado exigível o referido intervalo se o trabalho extraordinário exceder a 30 minutos.

É possível perceber, que a norma, ainda que revogada, é aplicada e aceita pelos tribunais em razão das súmulas e também de jurisprudências julgadas por eles.

Outra alteração de suma importância trata da questão da mulher gestante laborando em local insalubre. Em razão da sua gestação, ela possui o direito de se manter afastada, caso a insalubridade seja de grau máximo, de grau médio ou mínimo, poderá manter-se afastada durante todo o período de gestação. Se for atividade de qualquer grau, o afastamento ocorrerá durante a lactação.

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

- I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
- II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
- III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (BRASIL, 2022).

O TST, na súmula 244, positivou sobre a questão da gestante, tendo o contrato de trabalho reincluído, ainda que nenhuma das partes soubesse do estado gravídico, a empregada possui estabilidade laboral, pois, a gravidez, por conta própria, possui caráter de estabilidade segundo o Tribunal.

- I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).
- II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.
- III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

E por fim, a implantação do § 2º no art. 396 da CLT. O período de amamentação, durante o período de trabalho, é remunerado e imperativo, devendo ser cumprido pelo empregador. O legislador ao implantar esse parágrafo, deixou explícito o que deve ser feito na prática durante a relação laboral, o acordo de forma consensual

sobre o melhor horário para o cumprimento dos dois intervalos especiais de intrajornada para a amamentação do filho, de meia hora cada. (DELGADO, 2017 p. 151).

Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um.

§ 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador. *BRASIL, 2022).

A alteração desses dispositivos dentro do ordenamento jurídico foi uma mudança significava para as mulheres, pois, cada vez mais, o legislador buscou trazer a igualdade, a proteção e a segurança para as mulheres.

4.2 ACORDÃO DA 9ª REGIÃO DO TRT, 6ª TURMA

No ano de 2021, a 6ª turma do TRT, julgou um recurso ordinário trabalhista em face de uma empresa transportadora, visando a discriminação de uma motorista mulher, danos morais, fixação do quantum indenizatório.

A empresa recorrente alegava que não contratou a recorrida, em razão dos produtos que a empresa em questão trabalha, sendo esse de peso superior a vinte quilos, na qual, a CLT enquadra no artigo 390. Entretanto, a recorrida possuía qualificação para o trabalho, tanto por possuir a Carteira Nacional de Habilitação na categoria "D", quanto por ter exercido a mesma função de motorista em outras empresas.

[...] evidencia que a autora exerce atividade remunerada na função de motorista, não se definindo como uma motorista "comum", pois possui além do que a simples habilitação na categoria "D", tendo anotação "CETPP", recebendo treinamento e certificação da motorista para a condução de cargas perigosas, como inflamáveis sólidos, líquidos e gasosos.

Outro sim, em registro "CETCI", foi comprovado que a recorrida possui autorização para transportar cargas indivisíveis e especiais, tendo recebido treinamento sobre primeiros socorros e como agir em acidentes na estrada, bem com capacidade de prevenção de explosões. Dessa forma, sustentou que:

[...] embora possua qualificação e experiência suficientes para o cargo ofertado pela ré, for-lhe negado o exercício da função por ser mulher, em patente discriminação pré contratual, fazendo jus à indenização correspondente à ofensa sofrida.

Todavia, a recorrida não chegou a participar da seleção, pois a empresa respondeu que "para esta vaga não contratamos feminino". Alegou, portanto, uma discriminação pré contratual em razão do sexo.

[...] a autora se candidatou à vaga de emprego ofertada pela ré, para o exercício da função de motorista, e que o único motivo da sua não participação na seleção fora a negativa da atuação feminina na vaga, conforme resposta imediatamente emitida pela empresa à candidata: "para esta vaga não contratamos feminino".

Testemunhas que trabalham na empresa disseram que não executam o trabalho sozinhos, pois, o peso de algumas das cargas não é possível carregar por conta própria e por isso, usam equipamentos ou carregam de duas pessoas, o motorista e o ajudante. Afirmou também que não há teste para a contratação como forma de saber se o futuro empregado possui força muscular para trabalhar na área. Em contrapartida, não houve qualquer requisito especificando o biótipo, peso, altura e exigências para o treinamento, entre outros, não sendo possível justificar a não contratação da recorrida.

Nas palavras do relator:

[...] justificar a negativa da participação da autora, na seleção para a vaga de motorista, como sendo um cargo do universo masculino é motivo de preconceito pré contratual e de gênero, na medida em que afasta a integração da mulher que deseja adentrar nesse ambiente, além de desvalorizar o real potencial feminino de atuar em áreas consideradas masculinas.

Em outro momento, ele completou:

[...] o impedimento da participação da autora na seleção para a vaga ofertada configurou preconceito pré contratual e de gênero, na medida em que não restaram comprovadas as incompatibilidades enfatizadas pela ré. Ao contrário, sequer foram analisadas as aptidões da autora, conforme documento de fls. 82 e s.s. e/ou entrevistas, a justificar que não apresentaria bom desempenho no exercício profissional pretendido.

Por fim, o relator acatou a sentença antes proferida, e reformulou a sentença que se deu provada a existência da ofensa à honra e a dignidade da reclamante, além do dever de indenização, sendo esse reformulado, reduzindo o valor.

4.3 ACORDÃO DA 9ª REGIÃO DO TRT, 4ª TURMA

O acórdão, foi julgado pela 4ª turma da 9ª região, pela Relatora Rosemarie Diedrichs Pimpão, em 12/02/2020, sobre o pedido de diferenças salariais decorrentes de equiparação, julgado anteriormente.

A primeira sentença, acolheu o pedido de equiparação salarial, fundamentando que a autora, se afastou do meio laboral por conta de acidente de trabalho e quando voltou, após o período de afastamento, exerceu função de porteira, recebendo um valor inferior a Patrícia Faria Fernandes, que exercias as mesmas funções. Foi postulado a equiparação salarial juntamente com reflexos.

A recorrente alega em primeiro plano que houve uma confusão, pois, a autora não trabalhava como porteira, e sim em funções administrativas, pois houve uma adequação em razão do afastamento previdenciário, e que substituía a porteira em seu horário de almoço, denotando ausência de identidade funcional. Afirmou, que houve depoimento pessoal e que a reclamante confessou se encontrar exercendo funções administrativas em prol do afastamento previdenciário e da reabilitação, sendo esse confirmado por testemunha.

O tribunal analisou a questão da equiparação salarial, do artigo 461 da CTL, na qual encontra-se fundamento pela Constituinte, nos artigos 5º, caput e inciso I, além do artigo 7º, XXX e XXXI, visando o princípio antidiscriminatório, e assegurando salários iguais para empregados na mesma função e localidade.

Entretanto, o artigo 461, § 4º da CLT, afirma que, “O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.”

Nas palavras da relatora:

[...] Na hipótese em análise, incontroversa a identidade de empregador, de localidade, e o tempo de serviço na função. A controvérsia cinge-se à identidade de funções e a simultaneidade da prestação de serviços.

E depois continuou:

[...] Ainda que assim não fosse, o fato de tratar-se a autora de trabalhadora que retornou de afastamento previdenciário, para reabilitação ocupacional, não autoriza pressupor, desde logo, menor perfeição técnica e produtividade, notadamente porque readaptada para função de porteira e não de auxiliar de líder de produção para a qual se inabilitou e a qual notoriamente demandaria maior qualificação técnica.

Na própria decisão, a relatora comentou que para haver o reconhecimento e pagamento das diferenças salariais, deve-se olhar os princípios da primazia da realidade e da razoabilidade, pois, é necessário se fazer uma demonstração substancial, das atividades desenvolvidas pelas partes.

Analisando todo o exposto, a relatora acatou que como há prova de identidade de função, a autora, deverá fazer a equiparação funcional, e condenou em diferenças salariais correspondentes ao informado, com base nos artigos 461 e 818 da CLT, 373 do CPC e a Súmula nº 6 do TST.

Outro sim, foi infringido o artigo 384 da CLT, que trata sobre horas extras havendo inobservância do intervalo previsto em lei, sendo esse de 15 minutos antes de começar as horas extraordinárias. A ré recorreu, alegando que por mais que o entendimento do TRT em sumula nº 22, aduz o princípio, trata-se de inconstitucional, pois fere o princípio da isonomia, previsto na Constituição. E ainda, que o horário extraordinário não passava de 10 minutos.

O Tribunal, acata que o referido artigo da CLT, não é inconstitucional, pois é norma de saúde pública.

[...] Não há inconstitucionalidade do dispositivo em análise, por ofensa aos arts. 5º, inciso I e 7º, inciso XXX da Constituição Federal, tendo o Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, entendido pela sua recepção pela Constituição Federal em relação às trabalhadoras do sexo feminino:

Todavia, em cartão-ponto, foi comprovado que o horário extraordinário era excedente a 30 minutos diários. Em vista disso, o Tribunal acatou a manutenção da respeitável sentença.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, averiguou-se as normas de proteção a mulher no meio laboral, desde sua criação e todo o processo de formação. Foi possível compreender que nos primórdios, havia uma segregação em grande escala, de modo geral dos trabalhadores, pois não possuíam direitos assegurados em lei, mas principalmente sobre a figura feminina, que, como foi mencionado em um dos capítulos, vivia sobre a discriminação tanto em relação salarial, quanto de tratamentos.

É importante ressaltar, que ainda há essa discriminação, entretanto, as normas de proteção estão garantindo uma maior segurança dentro do ordenamento jurídico, para respaldar e de fato proteger, atingindo o que a Constituinte traz como isonomia.

Todavia, sabe-se que essas normas, muitas vezes não são eficazes, e, portanto, é necessário o posicionamento dos Tribunais acerca de casos específicos, ora mencionado no decorrer do artigo. A legislação se omitiu, revogou a norma, e os Tribunais tiveram que desempenhar um papel importante para que se tenha de fato a proteção.

Sabe-se muitas vezes das dificuldades que a mulher encontra no dia a dia durante a procura por trabalho, muitas portas são fechadas apenas por serem do sexo feminino, não importando a qualificação profissional e nem a capacidade para exercer determinadas funções. E isso é visível no cotidiano em grandes centros urbanos, perceptível como a segregação acontece.

Portanto, é plausível mencionar que muitas das normas de proteção, só tem caráter de proteção quando chega aos tribunais. Pois, muitos empregadores ignoram na hora de se empregar. É necessário que a sociedade tenha conscientização do fato, e da importância de trazer o papel da isonomia à tona como um todo, pois, não adianta as normas de proteção estarem vigentes e os Tribunais julgarem os casos acerca do tema, sendo que a própria sociedade trabalha com a discriminação e a segregação. É preciso não só o papel dos legisladores para que se tenha políticas públicas eficazes, dando mais consciência a população, mas sim, que a sociedade se conscientize e entenda que o papel da descriminalização, não leva a nenhum lugar.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo. Boitempo, 2009. 280 p. Disponível em:

<https://pt.br1lib.org/book/3677525/09915e>. Acesso em: 10 de ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o código penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.542, de 1º de maio de 1943. Dispõe sobre consolidação das leis trabalhistas. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Dispõe sobre o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 11 ago. 2022

BRASIL. Súmula nº 224, de 14 de setembro de 2012. Tribunal Superior do Trabalho. Sobre estabilidade provisória da gestante. Disponível em:

https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html. Acesso em: 27 ago. 2022.

CRUZ, Máira Guimarães de La. et. tl. Direito antidiscriminatório do trabalho: aspectos matérias e processuais. Bahia. Tribunal Regional do Trabalho. 2021. 280 p. E-book. Disponível em:

https://escolajudicial.trt5.jus.br/sites/default/files/direito_antidiscriminatorio_do_trabalho-final.pdf. Acesso em: 14 ago. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo. LTR, 2019. 1779 p. E-book. Disponível em: <https://pt.br1lib.org/book/5217922/a49a90>. Acesso em 11 ago. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. et al. A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo. LTR, 2017. 382 p. E-book. Disponível em: <https://pt.b-ok.lat/book/3410586/ee7e2d>. Acesso em: 21 ago. 2022.

GOMES, Fábio Rodrigues. Raça e relações de trabalho. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, v. 10, n 101, p. 51-66. Jul, 2021. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/194871>. Acesso em: 07 ago. 2022.

HOBSBAWN, Eric J. Da revolução industrial inglesa ao imperialismo. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2000. 5ª ed. E-book. Disponível em:

<https://pt.br1lib.org/book/5534884/2df250>. Acesso em: 11 ago. 2022.

JORGE NETO, Francisco Ferreira J. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros P. Direito do trabalho. São Paulo. Grupo GEN, 2018. 9ª ed. Disponível em: <https://unifatecie.edu.br/site/biblioteca/>. Acesso em: 11 ago. 2022.

LEITE, Carlos Henrique B. Curso de direito do trabalho. São Paulo. Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://unifatecie.edu.br/site/biblioteca/>. Acesso em: 11 ago. 2022

LEMOS JUNIOR, Eloy P. SILVA, Carolina. Discriminação da mulher no mercado de trabalho: destacando a mulher negra neste processo. Revista Direitos Fundamentais, v. 05, n. 02. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/6132>. Acesso em: 10 ago. 2022

LESKINEN, M. Educación una clave hacia la igualdad. Revista Observatório. N. 05, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. 23 mar. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 25 ago. 2022.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. São Paulo. Saraiva, 2020. 11ª ed. E-book. Disponível em: <https://pt.b-ok.lat/book/13587690/3cbbd6>. Acesso em: 6 ago. 2022.

MÉSZÁROS, István. Para além do capital: rumo a uma teoria da transição. São Paulo. Boitempo, 2011. 1ª ed.

MUNHOZ, Ezequiel do Carmo. Considerações sobre o intervalo que antecede a prorrogação da jornada de trabalho da mulher. In: Migalhas. De Peso. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342736/intervalo-que-antecede-a-prorrogacao-da-jornada-de-trabalho-da-mulher>. Acesso em: 27 ago. 2022.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção 111: sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão – Genebra, 1958. São Paulo, 2021. E-book. Disponível em: <https://unifatecie.edu.br/site/biblioteca/>. Acesso em: 11 ago. 2022.

PARANÁ. Recurso ordinário trabalhista nº 0000426-09.2020.5.09.0657. Relator: Arnor Lima Neto, 6ª turma. Julgado: 23 de agosto de 2021. Curitiba, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-9/1562232218/inteiro-teor-1562232389>. Acesso em: 27 ago. 2022.

PARANÁ. Recurso ordinário trabalhista nº 0000426-09.2020.5.09.0657. Relator: Arnor Lima Neto, 6ª turma. Julgado: 23 de agosto de 2021. Curitiba, 2021. Disponível em: <https://url.trt9.jus.br/l3ncl>. Acesso em: 27 ago. 2022.

PARANÁ. Recurso ordinário trabalhista nº 0001997-22.2016.5.09.0021. Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpao. Julgado: 12 de fevereiro de 2020. Maringá, 2020. Disponível em: <https://url.trt9.jus.br/nl4af>. Acesso em: 25 ago. 2022.

PARANÁ. Súmula nº 22. RA nº 52/2014. Tribunal Regional do Trabalho, 9ª região. Sobre intervalo da mulher trabalhadora. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/sumula.xhtml>. Acesso em 28 de ago. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Súmula nº 65. Resolução Administrativa nº 17/2015. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/sumulas>. Acesso em: 27 ago. 2022.

ROMAR, Carla Tereza M. LENZA, Pedro. Direito do trabalho esquematizado. São Paulo. Saraiva, 2021. 936 p. Disponível em: <https://unifatecie.edu.br/site/biblioteca/>. Acesso em: 27 ago. 2022.

SÃO PAULO. Súmula da jurisprudência dominante em dissídios individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região. Resolução administrativa nº18/2016, São Paulo, 28 out. 2016. Disponível em: https://trt15.jus.br/sites/portal/files/roles/jurisprudencia/Sumulas/versao-completa_SUMULAS_10-06-2020.pdf. Acesso em: 27 ago. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. et al. Série IDP: diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional. São Paulo. Saraiva, 2013. 724 p. E-book. Disponível em: <https://unifatecie.edu.br/site/biblioteca/>. Acesso em: 11 ago. 2022.

SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006. 308 p.

TAVASSI, Ana Paula Chudzinski. et al. As mulheres e o mercado de trabalho brasileiro. In: Politize. Equidade. Florianópolis, 11 mai. 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/mulheres-e-o-mercado-de-trabalho/> Acesso em: 10 ago. 2022.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. O direito do trabalho da mulher enquanto “teto de vidro” no mercado de trabalho brasileiro. In: Migalhas. De Peso. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/258792/o-direito-do-trabalho-da-mulher-enquanto--teto-de-vidro--no-mercado-de-trabalho-brasileiro>. Acesso em: 13 ago. 2022.

WESTIN, Ricardo. Arquivo Senado. Há 100 anos, greve geral parou São Paulo. Distrito Federal, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ha-100-anos-greve-geral-parou-sao-paulo>. Acesso em: 11 ago. 2022.

41 CRIPTOMOEDAS: UMA ANÁLISE DA (IN)VIABILIDADE DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Isabella Bana
José Barbosa Dias Júnior

RESUMO: É notório o grande avanço da tecnologia e a enorme utilização das criptomoedas no mundo e, em especial, no Brasil. Sendo assim, o presente trabalho tem como discussão central analisar a (im)possibilidade de penhora das moedas virtuais, ora criptomoedas, no que tange à satisfação das execuções judiciais. Ademais, salienta-se que, para a realização deste estudo, realizou-se a pesquisa por meio do método dedutivo, baseado em bibliografia (obras e artigos científicos), legislação e jurisprudência. Nesse sentido, objetiva-se discorrer sobre a execução judicial e suas características, demonstrar a evolução da moeda para compreender o surgimento, a natureza jurídica e o funcionamento das criptomoedas, analisar os impactos da falta de controle do Estado em relação as criptomoedas e, ainda, questionar acerca da (im)possibilidade de constrição judicial destas, sob a ótica da legislação vigente no Brasil e sua inserção ou não entre o rol de bens penhoráveis.

PALAVRAS-CHAVE: Execução. Criptomoedas. Constrição Judicial.

ABSTRACT: The great advancement of technology and a huge use of cryptocurrencies in the world and, in particular, in Brazil is notorious. Therefore, the present work has as its central discussion the possibility of analyzing virtual currencies, or cryptocurrencies, regarding the satisfaction of the executions at work time. In addition, it is noteworthy that, for the accomplishment of this study, a research was carried out through the deductive method, based on bibliography (works and scientific articles), legislation and legislation. In this sense, the objective is to correct the judicial execution and its characteristics, demonstrate the evolution of the currency to understand the functioning of cryptocurrencies, analyze the impacts of the lack of State control in relation to cryptocurrencies and, also, a Questionnaire about (im) possibility of judicial constriction of these, from the perspective of the legislation in force in Brazil and their inclusion or not among the list of seizable assets.

KEYWORDS: Execution. Cryptocurrencies. Judicial Restriction.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento exponencial da tecnologia nos últimos anos desencadeou uma transformação digital na sociedade atual, modificando a forma como as pessoas se relacionam, comunicam e realizam negócios, gerando inclusive reflexos patrimoniais.

Esta evolução digital possibilitou a criação das tecnologias ditas disruptivas, sendo as criptomoedas e, as demais moedas digitais um consectário desta tecnologia. As criptomoedas inspiraram a criação de um novo método de transações financeiras, que se inseriram no sistema econômico mundial causando uma verdadeira revolução na forma de realizar operações financeiras em todo mundo. Elas possuem como uns dos seus principais atrativos a inexistência de controle ou auditoria, por qualquer órgão estatal.

No Brasil, as transações envolvendo estes ativos, em especial o bitcoin, vêm crescendo exponencialmente nos últimos anos, movimentando consideravelmente o mercado nacional.

Neste contexto, é inegável a importância econômica das criptomoedas para o sistema financeiro nacional, podendo ser considerado atualmente um instrumento de relevante valor social para o país. Entretanto, estes ativos constituem um verdadeiro desafio jurídico para o sistema pátrio, pois estas moedas são utilizadas para diversas

finalidades, tais como: transações comerciais, investimentos e até mesmo para transações criminosas como o tráfico de drogas e armas.

Devido à diversidade da origem e da natureza de utilização destes ativos, está em discussão em diversos países a adequação da legislação vigente a estes novos ativos, especialmente no que se refere à tributação.

Diante deste cenário crescente de popularização e aceitação cada vez maior de transações que envolvam tais ativos no território nacional, se faz necessário destacar que: as criptomoedas carecem ainda de uma devida regulamentação na legislação pátria; bem como traduzem riscos imponderáveis aos seus investidores e a própria estabilidade financeira do país.

Ademais, desde 2017, as criptomoedas vêm sendo discutidas em processos de execução e de questões familiares relacionados à partilha de bens, demonstrando a sua relevância e a atualidade da temática. Ora, tratam-se de valores econômicos, resultando, assim, numa (im)possibilidade de penhora/constrição judicial.

Assim, tal trabalho justifica-se, pois tem como principal fundamento a ascensão do mercado dos criptoativos e a ausência de regulamentação específica para o enfrentamento de todas as dificuldades apresentadas, bem como encontra-se instrumentalizado por meio do método dedutivo – amparada em pesquisas bibliográficas, legislativa e jurisprudencial, iniciando com uma abordagem mais ampla em relação ao processo de execução do ordenamento jurídico brasileiro e as criptomoedas, e, posteriormente, realizando a exposição da possibilidade ou não acerca do adimplemento de execuções com tais ativos.

Considerando a reflexão sumária acima, o presente trabalho tem como objetivo principal avaliar e discutir a problemática relacionada a (in)viabilidade de execução da constrição judicial do fenômeno mundial das criptomoedas à luz da legislação e jurisprudência pátrias.

Portanto, para auxiliar na elucidação da problemática apresentada, objetiva-se apresentar, especificamente e nos capítulos a seguir estruturados, o processo de execução, o histórico e desenvolvimento das criptomoedas e suas principais características; avaliar a natureza jurídica destes ativos e, por fim, analisar os impactos da falta de controle do Estado em relação as criptomoedas, a (im)possibilidade de constrição judicial nos processos de execução.

2 BREVE HISTÓRICO EVOLUCIONÁRIO DAS MOEDAS

As moedas existentes no cenário atual são resultado de uma evolução histórica, que perpassa pelo processo de desenvolvimento socioeconômico da humanidade.

No início, a humanidade utilizava o escambo, como forma de realizar as transações comerciais, onde eram utilizados o excedente da produção individual no processo de troca por outros materiais úteis e disponíveis no mercado.

Nesta época, eram utilizadas as chamadas moedas-mercadorias, cujo maior ícone foi o gado. Posteriormente, com intuito de unificar as transações comerciais, passou a ser utilizado como meio de pagamento os metais pesados, usualmente fundidos em barras. Entretanto, este novo meio de pagamento trouxe outras dificuldades como: o transporte e o manuseio. Devido a estes obstáculos, as barras de metais, foram substituídas pela moeda de metal, cujo surgimento se deu cerca de 700 anos antes de Cristo (TRIGUEIROS, 1987).

Segundo Mamede (2003), o processo de evolução da moeda seguiu o seguinte curso:

Inicialmente o escambo, porém, este limitava a circulação do recurso, pois implica uma conexão de necessidades, que nem sempre ocorre: quem tem óleo e precisa de sal pode não conseguir, porque quem tem sal pode não querer óleo. Portanto, a criatividade humana atuou mais uma vez, percebendo que alguns produtos, como o próprio sal, eram de comercialização mais fácil e, portanto, aceitá-los, mesmo deles não precisando, era garantir uma futura troca pelo que se necessitasse. A fundição dos metais e a descoberta da sua ampla utilidade para as sociedades, bem como a percepção da possibilidade de emprego estético de alguns, criaram um novo valor comunitário de trocas, já que se percebeu a possibilidade de, em todos os lugares, estabelecer um preço que se mensurava como um peso em ouro, prata, cobre ou bronze. A moeda foi o

coroamento desse processo evolutivo; o Estado encarregava-se do trabalho de pesar unidades padrões de metal, de cuidar da qualidade da liga empregada, atestando uma cunhagem específica, lembrando em muito os sinetes reais que eram usados nos documentos, impressos sobre a argila ou sobre a laca, para atestar-lhes a veracidade, ou seja, torná-los oficiais.

De acordo com a teoria tradicional, o conceito pode ser entendido de duas formas: a metalista, em que a moeda era vista como um metal fino produzido como qualquer outra mercadoria; e a nominalista, em que a moeda era como símbolo, ou seja, um instrumento financeiro institucional, sob o qual o Estado utiliza para realizar transações financeiras, de troca a serviço da coletividade (TRIGUEIROS, 1987).

Ademais, sob a análise histórica, pode-se identificar seis diferentes estágios em relação ao entendimento e utilização das moedas, que são: (i) moedas como mercadorias; (ii) moedas em forma de metal; (iii) moedas em papel; (iv) cartão magnético; (v) moeda digital e atualmente; (vi) as criptomoedas.

A moeda, independente da sua forma, é o meio utilizado para realização das transações monetárias, podendo ser definida como “todo ativo que constitua uma forma imediata de solver débitos, com aceitabilidade geral e disponibilidade imediata, e que confere ao seu titular um direito de saque sobre o produto social” (LEMA, 2012).

Ainda, segundo Lema (2012), existem formas diferentes para definir moeda, sendo assim, ela esclarece que:

[...] existem diferentes definições de “moeda”: (i) o dinheiro, que constitui as notas (geralmente em papel); (ii) a moeda (a peça metálica); (iii) a moeda bancária ou escritural, admitidas em circulação; e, (iv) a moeda no sentido mais amplo, que significa o dinheiro em circulação, a moeda nacional. Em geral, a moeda é emitida e controlada pelo governo do país, que é o único que pode fixar e controlar seu valor. [...]. A moeda foi uma tentativa bem-sucedida de organizar a comercialização de produtos e substituir a simples troca de mercadorias.

Atrelados aos esclarecimento supra, se faz necessário destacar, que segundo a legislação pátria, a competência para emissão de moeda é de exclusividade da União, conforme disciplinado nos artigos 21, inciso VII e 164, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), sendo que as condições para tal emissão encontram-se disciplinadas na Lei nº 9.069/1995, que dispõe sobre o Plano Real.

Assim, é bastante comum que se encontre na literatura os seguintes termos relacionados ao mesmo objeto: moedas virtuais, moedas digitais, moedas eletrônicas e criptomoedas. Porém, cada um destes termos refere-se a um conceito terminológico específicos, não devendo ser utilizados como “sinônimos”.

Portanto, para que haja melhor entendimento acerca do tema proposto neste trabalho, serão apresentadas a seguir as principais características dos principais tipos de moedas, mais especificamente das moedas eletrônicas e virtuais.

2.1 DAS MOEDAS ELETRÔNICAS

As moedas eletrônicas, também chamadas de digitais, são uma representação dos recursos em reais e, podem estar armazenadas em um dispositivo ou sistema eletrônico que possibilite ao usuário final efetuar uma transação de pagamento, tais como: cartões de crédito e débito, cartões pré-pagos, transações pela internet ou via telefone celular, ou seja, tais moedas, embora intangíveis, podem ser convertidas em dinheiro em espécie/físico.

De acordo com o Comunicado nº 31.379/17 do Banco Central Brasileiro, a moeda eletrônica é um modo de expressão de créditos denominados em reais. Desta forma, o ato de realizar pagamento de uma conta ou uma transferência, por meio do internet banking, por exemplo, a moeda que será movimentada é a eletrônica, regulada no Brasil, pela Lei nº 12.865/2013 (BRASIL, 2013).

Portanto, uma moeda eletrônica é a moeda fiat, emitida pelo Banco Central, não por meio físico, e de acordo, com o artigo 6º, inciso VI, da Lei 12.865/2013, as moedas eletrônicas são recursos armazenados em

dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transações de pagamento (BRASIL, 2013), havendo, assim, a devida regulamentação e o monitoramento.

2.2 DAS MOEDAS VIRTUAIS

Em 2015, o Banco Central Europeu, publicou um relatório definindo moedas virtuais como uma espécie de representação de valor em formato digital, sendo utilizadas como uma forma alternativa do dinheiro, podendo ser utilizadas com meio de pagamento. Destacando, no entanto, que tais moedas não são emitidas por bancos centrais, instituições de crédito ou instituições que lidam com moedas eletrônicas, ou seja, não se trata de uma moeda oficial (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2015).

Para o jurista Daniel de Paiva Gomes (2021), a moeda virtual é um “ativo virtual” não monetário, dotado de unidade de medida própria, que podem ser descentralizadas ou centralizadas, podem ou não possuir um emissor predeterminado, e podem utilizar ou não tecnologias criptográficas e sistemas de registro distribuído.

Ainda em relação ao conceito e objetivos das moedas virtuais, Fobe (2016) discorre que:

As moedas virtuais, por sua vez, têm a prerrogativa de não serem passíveis de tradução em moeda física. Seu objetivo é justamente oferecer uma alternativa ao sistema financeiro oficial como forma de garantir aos seus usuários, além de privacidade, vantagens como: (i) transações instantâneas, (ii) de baixo ou nenhum custo, e (iii) sem fronteiras territoriais.

Desta forma, entende-se que as moedas virtuais não são impressas ou têm forma física, sendo regidas totalmente através de plataformas online e apresentam vantagens, tais como: o baixo custo em transações, não havendo a necessidade do pagamento de anuidades às instituições financeiras, por exemplo.

Resumidamente, as moedas virtuais decorrem de um sistema descentralizado, sem qualquer regulamentação, isto é, sem qualquer instituição determinando o seu valor.

3 DO UNIVERSO DAS CRIPTOMOEDAS

O cenário evolucionário atual, impulsionado pelo avanço tecnológico, constante dos meios de transações financeiras, aliados a globalização da economia, propiciou o surgimento das moedas digitais ou criptomoedas.

Sob o viés histórico, Carolina Lanzini Scatolin (2019, p. 20) discorre que:

O surgimento da criptomoeda veio com a ideia inicial de cartão de crédito. Porém, as compras realizadas com cartões de crédito online dependem de um intermediário, ou seja, é necessário o envio de informações pessoais para uma instituição financeira a fim de que esta possa confirmar o crédito para a venda. A primeira ideia de aplicar criptografia ao dinheiro foi de David Chaum, em 1983, com uma técnica chamada blind signature (assinatura cega, em português). Sua inovação em relação às notas promissórias – que não preveniam o gasto duplo – foi a inserção de um código de números escolhido por quem recebesse tal nota e posteriormente ocultado. A pessoa que passasse a nota assinaria embaixo do código sem vê-lo e não teria a preocupação de o recebedor ter escrito um código que já foi escolhido, já que assim ele teria uma nota que não poderia gastar.

Acrescenta-se que “foi em 2008 que uma pessoa sob o uso do pseudônimo Satoshi Nakamoto divulgou um artigo em inglês detalhando o modo de funcionamento da moeda criptografada mais conhecida atualmente: o bitcoin” (SCATOLIN, 2019, p. 21), resultando num um sistema eletrônico monetário (financeiro) entre pares, o qual detalhava o conceito desta criptomoeda de código aberto, descentralizada e independente.

A criptomoeda pode ser entendida como um conjunto de informações criptografadas e representadas por um código alfanumérico, possuindo um valor determinado, a quantidade, quem é o proprietário e o histórico das transações em que esta moeda já foi utilizada, e ainda os envolvidos nestas transações, assemelhando-se a um título de crédito convencional, porém muito mais detalhado e especificado.

De acordo com Lorenzetti (2004), as criptomoedas, por serem digitais, possuem características específicas, tais como: são intangíveis, herméticas, mutáveis e são inseridas em um complexo sistema interrelacional. Outra característica muito importante é a criptografia, que se torna um fator imprescindível de proteção à privacidade e à segurança do proprietário e dos envolvidos em uma transação.

Cada criptomoeda utiliza uma blockchain, ou seja, o bitcoin possui sua própria rede de blocos, assim como a ethereum, litecoin, entre outras.

Quanto ao bitcoin, válido registrar que oferece preservação à privacidade, pois todas as suas transações são criptografadas e as suas operações são validadas por um protocolo chamado blockchain, que funciona como um livro-razão virtual (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016), descentralizado e impossível de ser hackeado.

Fernando Ulrich (2014) conceitua esta moeda como:

[...] uma forma de dinheiro, assim como o real, o dólar ou o euro, com a diferença de ser puramente digital e não ser emitido por nenhum governo. O seu valor é determinado livremente pelos indivíduos no mercado. Para transações online, é a forma ideal de pagamento, pois é rápido, barato e seguro. Você lembra como a internet e o e-mail revolucionaram a comunicação? Antes, para enviar uma mensagem a uma pessoa do outro lado da Terra, era necessário fazer isso pelos correios. Nada mais antiquado. Você dependia de um intermediário para, fisicamente, entregar uma mensagem. Pois é, retornar a essa realidade é inimaginável. O que o e-mail fez com a informação, o Bitcoin fará com o dinheiro. Com o Bitcoin você pode transferir fundos de A para B em qualquer parte do mundo sem jamais precisar confiar em um terceiro para essa simples tarefa. É uma tecnologia realmente inovadora.

O bitcoin ainda possui como características a descentralização, as taxas nas transações muito baixas ou inexistentes, a transparência das transações por meio da tecnologia blockchain e o pseudoanonimato. Logo, os detentores de bitcoin são, na verdade, proprietários de uma chave digital, a qual determina o valor da mencionada moeda.

Neste sentido, Wladson Viana (2020) explica que:

A chave digital é na verdade um par de chaves: a chave privada e a chave pública. A chave pública é criada a partir da chave privada, e você pode informar ela para todo mundo. A chave privada é um segredo que só o detentor da chave digital sabe. Podemos fazer uma metáfora aqui: é como se a sua chave pública fosse seu endereço de e-mail: você pode informar ele para qualquer pessoa. E sua chave privada seria a senha do seu e-mail, que só você sabe. Você informa a sua chave pública para quem quer falar com você, mas mantém sua chave privada em segredo. Outra metáfora: é como se sua chave pública fosse sua conta no banco (agência e número) e a chave privada, sua senha.

Para facilitar, vamos chamar as chaves públicas em Bitcoin de endereços e as chaves privadas de carteiras. A matemática brilhante por trás dessas chaves digitais dão uma propriedade interessante a elas: da mesma forma que só quem tem a senha de um certo e-mail pode enviar mensagens usando esse e-mail, só quem sabe a chave privada (a carteira) relativa à uma chave pública (um endereço) pode assinar mensagens digitais criadas com esse endereço. [...] Daqui para frente, quando você ouvir ou ler que alguém 'tem' Bitcoins, lembre-se que isso significa que a pessoa é detentora de uma chave privada, ou carteira cuja chave pública ou endereço recebeu Bitcoins [...].

Salienta-se ainda que o primeiro lote de bitcoins foi minerado (genesis block) em 2009, mas a primeira transação envolvendo esta moeda foi em 2010, nos Estados Unidos, com a compra de uma pizza. Porém, foi no ano de 2013 que esta moeda ganhou notoriedade mundial, devido uma grave crise econômica, a qual sinalizava a

possibilidade de confisco de investimentos e poupanças, acarretando o uso por milhares de cidadãos como forma de proteção (ULRICH, 2014).

A partir de então, as transações com bitcoins começaram a aumentar, devido as suas vantagens em relação ao sistema financeiro tradicional.

Para Narayanan (2016, p. 139):

Bitcoin é pseudônimo, mas pseudônimo não é suficiente se seu objetivo é alcançar a privacidade. Lembre-se de que a cadeia de blocos é pública e qualquer pessoa pode pesquisar todas as transações de bitcoin que envolvem determinado endereço. Se alguém conseguir vincular seu endereço de bitcoin à sua identidade do mundo real, todas as suas transações – passado, presente e futuro – serão vinculadas à sua identidade. (Tradução livre)

Para Bruno Zampier (2021):

Bitcoin é hoje a principal criptomoeda existente no mundo, descentralizada, permitindo transações ponto a ponto, ou seja, é um protocolo de comunicação que permite que todos os titulares desse ativo digital sejam ao mesmo tempo clientes e servidores desse sistema. Não há um governo ou uma empresa que venha a controlar a titularidade, transferência e uso desses Bitcoins.

Percebe-se, portanto, que a principal criptomoeda no mundo é o bitcoin e, para o seu funcionamento, são utilizadas equações matemáticas que são processadas por uma rede de computadores cadastrados conhecidos como mineradores, que geram uma chave alfanumérica pública, sendo que a sua validade será confirmada pelos próprios usuários desta rede de computadores, os quais utilizam para este procedimento a verificação de compatibilidade do registro (hash) das transações realizadas (KROLL, et al., 2022).

Estas transações são organizadas em blocos, sendo que cada bloco é formado com uma numeração sequencial, um marcador temporal e metadados, que nada mais são do que dados capazes de descrever a estrutura do conjunto de um dado principal, e a cada nova transação realizada, um novo bloco é criado, constando nele as informações do bloco anterior, registrando uma transação válida, gerando, assim, uma cadeia de blocos denominada blockchain (KROLL, et al., 2022).

Os computadores, que pertencem a rede de computadores “mineradores”, podem ser utilizados para a criação de novos blocos, processo conhecido como mineração, ou para validarem as transações realizadas por outro usuário, recebendo uma remuneração pela realização destas operações. Neste contexto, entende-se a mineração como um processo computacional utilizado para gerar ou validar unidades de Bitcoin (QUEIROZ e SILVA, 2020).

Ademais, faz-se mister mencionar ainda sobre a tecnologia blockchain (cadeia de blocos, em uma tradução livre), que pode ser entendida com um sistema de registro, uma espécie de banco de dados, ou seja, é uma estrutura que possui um funcionamento semelhante à de um livro-razão virtual, porém é descentralizado, sendo impossível de ser hackeado, pelo fato deste processo ser descentralizado não há nenhuma autoridade central que controle a emissão dos bitcoins, ratificando, assim, a segurança, a resiliência, a inviolabilidade e a imutabilidade (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016).

A tecnologia Blockchain revela-se como:

[...] é um tipo de tecnologia de contabilidade distribuída na qual, conjuntos confirmados e validados de transações são mantidos em blocos, e os blocos são encadeados de uma forma que dificulta a adulteração e permite que um participante apenas acrescente blocos adicionais de forma sequencial. Assim, cada cadeia começa com um bloco original, ou gênese, seguido por uma sequência ordenada por tempo de blocos, em que cada bloco contém um hash - um número

aleatório de 256 bits gerado computacionalmente a partir de informações de entrada do bloco anterior na cadeia. Isso forma uma longa cadeia contínua de hashes, daí o nome Blockchain [...]. O comprimento do Blockchain é referido como altura do bloco, isto é, a distância entre o gênese e o último bloco da cadeia (LEMIEUX, 2017 apud NARAYANAN, 2016 p. 2271).

Nesse sentido, as criptomoedas funcionam utilizando blockchain, que possui registros distribuídos, sendo que cada registro é composto por um bloco de dados, que é imutável, e a criação de um novo bloco não substitui o bloco anterior, sendo agrupado aos anteriores, formando uma espécie de cadeia de blocos. Logo, o sistema de blockchain foi projetado para suportar um grande volume de informações, que podem ser acessadas, filtradas e manipuladas de forma ágil.

Por fim, ressalta-se que a utilização desta tecnologia possibilita que seus usuários não dependam de nenhuma entidade externa para agrupar ou para realizar a compensação dos blocos e a validade das suas informações é garantida pelos usuários da rede de “mineradores”. Desta forma, os usuários desta tecnologia passaram a ter a possibilidade de realizar transações financeiras diretamente com outros usuários.

Ademais, a falta de um consenso mundial em relação à definição do conceito de criptoativos ou criptomoedas é a primeira barreira para uma correta regulamentação deste tema.

No Brasil, não é diferente, os poucos atos normativos do Banco Central, que tratam do assunto definem criptomoedas como “moedas virtuais”, já em outros países, elas não são definidas como moedas, mas sim como ativos com alto risco de investimento, sendo denominadas de criptoativos, entendendo “cripto” como ativos e não como moedas (BORGES; REVOREDO, 2018).

Neste momento, se faz necessário realizar a diferenciação entre os termos criptoativos e criptomoedas, pois, eles não se confundem, como demonstrado no Whitepaper (é um documento que serve como um guia para explicar um certo conceito ou a solução para um problema específico), publicado em 2008, sob o título “Bitcoin – A Peer-toPeer Eletronic Cash System”, onde os criptoativos são definidos como gênero, dos quais as criptomoedas são espécies, sendo o Bitcoin a criptomoeda mais conhecida mundialmente (SCATOLIN, 2019).

Fato é que as transações efetuadas com bitcoins encontram-se cada vez maiores e mais frequentes, especialmente em razão das suas características principais, fomentando, dessa forma, maior discussão e reflexão acerca do controle governamental e respectiva legislação.

4 DA REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O desenvolvimento da economia digital transformou a maneira como a sociedade faz negócios, o surgimento das criptomoedas impulsionou este processo, todavia o seu impacto no sistema financeiro e econômico mundial, ainda são objeto de estudo das mais variadas áreas do conhecimento, não sendo diferente na comunidade jurídica.

Diante do exposto, é importante esclarecer que as criptomoedas não possuem os requisitos de circulação e criação, expressos nos artigos 887 e 926 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). Portanto, tais moedas não podem ser consideradas título de crédito eletrônico.

No que tange à regulamentação, faz-se necessário mencionar logo de plano que:

No ordenamento jurídico brasileiro, inexistente um regulamento específico para bitcoins ou quaisquer outras criptomoedas. Na prática, o bitcoin não é ligado a economias estatais, sendo assim não pode ser avaliado como uma moeda – ainda que reúna vários dos aspectos fundamentais definidores de moedas (CUPERTINO, 2021, p. 25)

Ademais, no Brasil, existem alguns projetos de lei em trâmite para fins de regulamentação específica das criptomoedas, sendo o Projeto de Lei nº 2.303/2015 o primeiro apresentado ao Congresso Nacional no ano de 2015, cuja autoria é do Deputado Federal Áureo Ribeiro, do Partido Solidariedade, e que, embora com algumas críticas,

trata a respeito da inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem áreas na definição de “arranjos de pagamento” sob supervisão do Banco Central (TAVARES, 2021).

Assim, em caso de aprovação do projeto de lei supra, as moedas virtuais serão consideradas ativos financeiros, sob a responsabilidade do Banco Central do Brasil (SILVA, 2018).

Devido as críticas recebidas pelo projeto anterior, o mesmo Deputado fez a proposta de um novo projeto de Lei – mais especificamente o Projeto nº 2.060, o qual foi apresentado em abril de 2019, sendo considerado um pouco mais robusto e dispendo sobre o regime jurídico dos criptoativos no Brasil, in verbis a definição trazida pelo artigo 2º:

Art. 2º Para a finalidade desta lei e daquelas por ela modificadas, entende-se por criptoativos:

- I – Unidades de valor criptografadas mediante a combinação de chaves públicas e privadas de assinatura por meio digital, geradas por um sistema público ou privado e descentralizado de registro, digitalmente transferíveis e que não sejam ou representem moeda de curso legal no Brasil ou em qualquer outro país;
- II – Unidades virtuais representativas de bens, serviços ou direitos, criptografados mediante a combinação de chaves públicas e privadas de assinatura por meio digital, registrados em sistema público ou privado e descentralizado de registro, digitalmente transferíveis, que não seja ou representem moeda de curso legal no Brasil ou em qualquer outro país;
- III – Tokens Virtuais que conferem ao seu titular acesso ao sistema de registro que originou o respectivo token de utilidade no âmbito de uma determinada plataforma, projeto ou serviço para a criação de novos registros em referido sistema e que não se enquadram no conceito de valor mobiliário disposto no art. 2º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Ao comparar os dois projetos acima, fica evidente que houve uma evolução e amadurecimento tanto nas pesquisas, quanto nos estudos e discussões que envolvem as criptomoedas.

Ademais, verifica-se ainda outros três projetos de lei em trâmite, que foram apresentados pelo Senado Federal, sendo um de autoria do Senador Flávio Arns (PODEMOS/PR), um do Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN) e, por fim, um de autoria da Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS).

Fato é que o Banco Central – instituição que garante um sistema financeiro sólido e eficiente, tem emitido comunicados com o objetivo de alertar sobre os riscos das criptomoedas:

Considerando o crescente interesse dos agentes econômicos (sociedade e instituições) nas denominadas moedas virtuais, o Banco Central do Brasil alerta que estas não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, por isso não têm garantia de conversão para moedas soberanas, e tampouco são lastreadas em ativo real de qualquer espécie, ficando todo o risco com os detentores. Seu valor decorre exclusivamente da confiança conferida pelos indivíduos ao seu emissor (COMUNICADO Nº 31.379, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2017).

Já a Receita Federal do Brasil define que as criptomoedas devem ser declaradas na ficha de bens e direitos, equiparando-as a ativos financeiros, conforme e-book “Perguntas e Respostas do Imposto de Renda de 2021”, publicando, inclusive, a Instrução Normativa nº 1.888/2019, no que tange à tributação:

Os criptoativos, tais como as moedas virtuais (Bitcoin – BTC, Ether – ETH, Litecoin – LTC, Teher – USDT, entre outras), não são considerados como ativos mobiliários nem como moeda de curso legal nos termos do marco regulatório atual. Entretanto, podem ser equiparados a ativos financeiros sujeitos a ganho de capital e devem ser declarados pelo valor de aquisição na Ficha Bens e Direitos (BRASIL, 2021).

Válido registrar ainda que os criptoativos são reconhecidos como commodity (mercadoria) e não moeda nacional brasileira.

Assim, resta notória a necessidade de regulamentação das criptomoedas pelo Estado Brasileiro, especialmente porque existe uma grande adesão pela população brasileira e ainda a ocorrência de crimes, como lavagem de dinheiro e a ausência de segurança aos investidores.

5 DA EXECUÇÃO

Inicialmente, oportuno registrar que a consolidação do Estado foi marco importantíssimo para o nascimento da execução coercitiva, objetivando o adimplemento e, conseqüentemente, a satisfação do débito (THEODORO JUNIOR, 2018).

Ora, percebe-se que a prática da execução é exclusiva à figura do Estado.

Nos dizeres de Gajardoni (2015, p. 21):

A execução é o meio colocado à disposição do jurisdicionado para o exercício da pretensão executiva, isto é, para obrigar o devedor a satisfazer, forçadamente, o direito previamente declarado, seja no processo de conhecimento (cumprimento de sentença) (execução de título judicial), seja em documento extrajudicial cuja lei confere eficácia executiva (execução de título extrajudicial).

Segundo Câmara (2017, p. 277):

Execução é a atividade processual de transformação da realidade prática. Trata-se de uma atividade de natureza jurisdicional, destinada a fazer com que aquilo que deve ser, seja. Dito de outro modo: havendo algum ato certificador de um direito (como uma sentença, ou algum ato cuja eficácia lhe seja equiparada), a atividade processual destinada a transformar em realidade prática aquele direito, satisfazendo seu titular, chama-se execução.

Sobre o assunto, Fredie Didier (2021, p. 47) assevera:

Executar é satisfazer uma prestação devida. A execução pode ser espontânea, quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação, ou forçada, quando o cumprimento da prestação é obtido por meio da prática de atos executivos pelo Estado.

Assim, de acordo com o Novo Código de Processo Civil (2015), a execução pode ocorrer de duas maneiras: pelo cumprimento de sentença e pela execução propriamente dita.

Segundo Scatolin (2019, p. 33-34):

A expressão “cumprimento de sentença” é considerada genérica, pois o artigo 515 do CPC/2015, onde são enumerados os títulos judiciais suscetíveis a tal providência, não arrola somente as sentenças em sentido estrito. São previstas também as decisões interlocutórias que reconheçam a exigibilidade da obrigação, as quais podem exercer a mesma função de uma sentença. Já a execução propriamente dita é um processo novo, com base em títulos extrajudiciais, em que a obrigação constante deverá ser sempre líquida, certa e exigível. Aqui, para chegar à satisfação do direito do credor titular da ação, é necessário um prévio acerto em sentença.

Além disso, o principal escopo da atividade jurisdicional executiva consiste o adimplemento, incidente sobre o patrimônio do devedor, e não sobre a pessoa deste, ou seja, sobre o patrimônio do devedor recairá o direito do credor necessário para satisfação da obrigação.

Quanto ao componente principal, frisa-se que a execução terá como base o título judicial ou extrajudicial, possuindo como características essenciais: a liquidez, a exigibilidade e a certeza.

O título executivo judicial, que corresponde a decisões judiciais, encontra-se fundamentado no rol taxativo do artigo 515 do NCPC, enquanto que o título executivo extrajudicial fundamenta-se no artigo 784 do mesmo Código Processual.

Sobre a execução judicial, tem-se que:

No primeiro caso [título executivo judicial], a execução não constituirá uma nova ação, mas o prolongamento desta e do processo já ajuizados. A ação ajuizada pelo credor prolongar-se-á até a satisfação do seu direito, e o processo que se formará será desdobrado em duas fases: a cognitiva e a executiva (GONÇALVES, 2022, p. 68).

Enquanto que na execução por título extrajudicial, quando detentor de um dos títulos expressos no artigo 784 do NCPC, não se tem o processo cognitivo, havendo a executividade imediata.

Quanto aos princípios inerentes à execução, pontua-se a efetividade, a boa-fé processual, a responsabilidade patrimonial, o resultado, o contraditório, a cooperação e a menor onerosidade da execução.

No ponto de vista de Donizetti (2018, p. 666):

A responsabilidade patrimonial consiste no vínculo de natureza processual que sujeita os bens de uma pessoa, devedora ou não, à execução. No direito brasileiro, a responsabilidade é patrimonial. Exceto nos casos de não pagamento de pensão alimentícia, a execução recairá diretamente sobre o patrimônio do devedor.

Em qualquer das execuções, quando não adimplida a dívida por quantia certa, é possível haver a indisponibilidade de bens do devedor, por meio do ato processual da penhora.

Segundo Gonçalves (2017, p. 987):

Por meio da penhora, os bens do devedor serão apreendidos e deixados sob a guarda de um depositário. Enquanto não tiver havido o depósito, a penhora não estará perfeita e acabada. Para a sua efetivação, o oficial de justiça poderá solicitar, se necessário, ordem de arrombamento, podendo o juiz determinar o auxílio da força policial.

Sobre a penhora pontua Marcelo Abelha (2015, p. 317):

Assim, tem-se que a penhora é um ato executivo instrumental (preparatório) de execução por expropriação, e, por meio dela, apreende(m)-se bem(ns) do executado, com ou contra a sua vontade, conservando-os afetados à execução para a expropriação final que irá satisfazer o crédito exequendo.

Percebe-se, então, que a penhora tem como escopo principal tornar a responsabilidade executiva do executado concreta, através da expropriação de seus bens, efetivando, assim, a obrigação devida ao exequente. Logo, tem-se que, para a realização da penhora, faz-se necessário que os bens tenham valor econômico e não sejam classificados como impenhoráveis (DIDIER, 2021).

Pontua-se ainda que a penhora também poderá ocorrer de maneira on-line, bastando tão somente da determinação judicial capaz de comunicar a instituição financeira sobre o bloqueio – artigo 854 do NCPD (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Nesse contexto, o artigo 833 do Código de Processo Civil define um rol taxativo de bens impenhoráveis, quais sejam:

Art. 833. São impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
- XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra (BRASIL, 2015).

Portanto, in casu, verifica-se que as criptomoedas não se encontram elencadas neste artigo, levando a presunção de que não existe qualquer impedimento para que seja realizada a constrição das criptomoedas.

Paralelo a isso, no Brasil, faz-se necessário que sejam prestadas informações referentes às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal, por força da Instrução Normativa nº 1.888/2019.

Ante ao exposto, percebe-se que o objetivo central da penhora on-line dar-se-á pela obtenção do dinheiro em espécie, seguindo as diretrizes descritas no artigo 835 do NCPD, sendo realizada através dos sistemas Bacenjud, Sisbajud e Sniper (Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Ativos).

6 DA (IM)POSSIBILIDADE DE PENHORA DE CRIPTOMOEDAS

Inicialmente, faz-se mister ressaltar que as criptomoedas são bens imateriais dotados de valor econômico, possibilitando, assim, a incidência de atos de constrição patrimonial.

Nos dizeres de Amanda Vitória de Oliveira (2022):

A inovação sobre a perspectiva desse tema é a possibilidade destas corretoras fornecerem informações sobre os ativos e operações realizadas quando determinado pelo juízo da execução. E o atual sistema SISBAJUD promete integralizar estas informações em breve. O Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (Sisbajud) em substituição ao BACENJUD é um sistema integrado ao Poder Judiciário brasileiro que permite a integração e troca de informações entre

as instituições financeiras por meio do Banco Central. O atual sistema permite acesso a informações como extratos bancários, investimentos e aplicações financeiras. O que nos permite concluir que já tem se cogitado a penhora de criptoativos, onde estas corretoras passarão estar ao alcance do SISBAJUD.

Entretanto, existe outra barreira em relação a penhora de criptomoedas, que é a elevadíssima volatilidade destes bens, o que pode tornar a sua penhora ineficaz, uma vez que, devido a esta grande variação, no ato da avaliação será atribuído um determinado valor para este bem, porém, no momento da expropriação para satisfação do débito, o seu valor poderá ser bastante diferente, afetando, assim, a liquidez da obrigação exequenda, quanto a garantia da execução pela penhora (SCATOLIN, 2019).

Essa volatilidade não afeta somente a penhora de criptomoedas, mas a penhora de bens que possuem cotação na bolsa de valores (commodities). A variação na cotação do bem poderá dificultar a fixação do lance mínimo no leilão, e, em razão disto, o valor do bem aumentar, sendo que nesta situação o saldo que porventura vir a exceder o valor necessário para quitar a dívida, deverá ser devolvido ao executado, ou o valor diminuirá.

Diante do cenário das criptomoedas, de acordo com o Desembargador Alexandre Antônio Freitas Câmara, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, é possível a aplicação analógica do artigo 852, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, o qual permite a alienação antecipada dos bens penhorados quando se tratar de bens sujeitos à depreciação (SCATOLIN, 2019).

Destacam-se alguns julgados que reconhecem a possibilidade de constrição de criptomoedas, como no Agravo de Instrumento nº 2093151-88.2020.8.26.0000, da Comarca de Origem de São José do Rio Preto - 6ª Vara Cível, tendo como Agravante a Sociedade Instrução e Socorros (Colégio São José) e Agravados Sr. Marcio Kfour e Elaine Cristina Adelino Kfour:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL de bens dos executados Pesquisa Decisão que indeferiu o pedido de expedição de ofício à empresa intermediadora do mercado de criptomoedas para localização de ativos em nome dos devedores Insurgência do exequente Cabimento Possibilidade de expedição de ofícios às entidades negociadoras de criptomoedas, uma vez que o Banco Central do Brasil não supervisiona tais instituições Inteligência do Comunicado nº 31.319/2017 do Banco Central do Brasil Pedido de penhora em dinheiro que observou a ordem de preferência estabelecida no art. 835, do Código de Processo Civil Desnecessidade de realização prévia de pesquisas pelos sistemas Bacenjud e Infojud - RECURSO PROVIDO, nessa parte.

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL de bens dos executados Pesquisa Decisão que indeferiu o pedido de expedição de ofícios à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e à Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CENSEG) Insurgência do exequente Cabimento Impossibilidade de obtenção das informações em caráter particular Presente o interesse da justiça Precedentes do E. TJSP - RECURSO PROVIDO, nessa parte. (TJ-SP - AI: 20931518820208260000 SP 2093151-88.2020.8.26.0000, Relator: Renato Rangel Desinano, Data de Julgamento: 29/07/2020, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/07/2020)

Ainda neste contexto, destacam-se os seguintes julgados:

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Decisão que indeferiu pedido de pesquisa e penhora de criptomoeda. Cabimento. Não há óbice legal a impedir tal pesquisa, que não é meramente especulativa. Possibilidade de existência de bens passíveis de penhora. Informação útil ao credor que somente é acessível por meio de intervenção do Poder Judiciário. Criptoativos são reconhecidos pela Secretaria da Receita Federal como ativos financeiros, tanto que devem ser declarados na forma da regulamentação administrativa específica. Informações não abrangidas pela pesquisa SISBAJUD. Decisão modificada. Recurso provido. (TJSP; Agravo de

Instrumento 2212988- 06.2021.8.26.0000; Relator (a): Elói Estevão Trolly; Órgão Julgador: 15a Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21a Vara Cível; Data do Julgamento: 22/11/2021; Data de Registro: 22/11/2021). Agravo de instrumento – Execução de título extrajudicial – Decisão que indeferiu pedido de expedição de ofício visando à localização e penhora de criptomoedas em nome dos executados – Possibilidade – Tentativas frustradas de localização de bens e ativos financeiros em nome dos executados – Devedores que respondem com todos os seus bens para o cumprimento de suas obrigações – Art. 789 do CPC – Necessidade de intervenção do Poder Judiciário Informação não acessível ao credor – Decisão reformada – Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2227866-33.2021.8.26.0000; Relator (a): Irineu Fava; Órgão Julgador: 17a Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 3a Vara Cível; Data do Julgamento: 20/10/2021; Data de Registro: 20/10/2021).

É importante destacar que, nas decisões citadas, foi determinado a expedição de ofícios para Exchanges de criptomoedas (corretoras que podem ter a custódia de criptomoedas), com objetivo de identificar a existência destes bens e se poderiam ser passíveis de execução. Ora, apesar da falta de regulamentação sobre o assunto, as corretoras, a título tributário, possuem o dever de prestar informações sobre seus usuários e serviços à Receita Federal, conforme Instrução Normativa nº 1.888, de 2019.

Em relação ao procedimento das Exchanges para compra e venda de criptomoedas, embora não seja complexo, para melhor compreensão da temática, faz-se mister mencionar que, para a realização da aquisição, o procedimento padrão de segurança das corretoras exige que o interessado realize uma transferência em dinheiro da sua conta bancária para a conta da Exchange, a qual realizará a compra após a confirmação do depósito. No entanto, após este procedimento, o titular do criptoativo poderá sacá-lo da Exchange, pois, na prática, ele receberá um código, e poderá armazená-lo em uma ferramenta, evitando que terceiros tenham acesso a este código, ou, ainda, manter a criptomoeda na própria Exchange (SCATOLIN, 2019).

Percebe-se, então, que o titular da criptomoeda, quando na condição de devedor numa execução, se efetuar o saque, irá armazenar este criptoativo em uma ferramenta chamada de “wallet” ou carteira, e é exatamente, neste momento, que o processo de penhora fica vinculado a espécie do dispositivo de armazenamento utilizado, que pode ser virtual ou hardware.

Para realizar a penhora de criptomoedas localizadas em armazenamento virtual nas corretoras, se torna indispensável que o exequente tenha indícios da titularidade das criptomoedas por parte do executado.

Para Alves e Silva (2018), o acesso a estas informações não são difíceis de encontrar, pelo de que “muitas informações [...] estão disponíveis nas redes sociais de forma pública e inseridas pelos próprios devedores no ensejo de demonstrar poder, riqueza ou por ato de vaidade”.

Em decisões mais recentes, verifica-se que os Tribunais Brasileiros têm deferido os pedidos de penhora de ativos, desde que respeitada a ordem pré-estabelecida no artigo 835 do NCP:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – TENTATIVAS FRUSTRADAS DE LOCALIZAR BENS PASSÍVEIS DE PENHORA DO DEVEDOR – PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO A CORRETORAS DE CUSTÓDIA, COMPRA E VENDA DE CRIPTOMOEDAS – CABIMENTO – INFORMAÇÕES CUJA OBTENÇÃO APENAS SERÁ VIABILIZADA MEDIANTE DETERMINAÇÃO JUDICIAL, POIS PROTEGIDAS POR SIGILO – DECISÃO REFORMADA. – RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2076924-52.2022.8.26.0000; Relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/05/2022; Data de Registro: 03/05/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – indeferimento de ofício às corretoras e instituições, a fim de obter informações a respeito de existência de criptomoedas em nome dos executados para posterior penhora – indeferimento – admissibilidade – a responsabilidade de indicar bens passíveis de penhora é do exequente – inteligência do art. 798, I, ‘c’, do CPC – ordem de bens para penhora – inteligência do artigo 835 do CPC – criptomoedas não são tidas como moedas, tampouco consideradas como valor mobiliário – entendimento do STJ – decisão mantida – recurso não

provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2083361-12.2022.8.26.0000; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/04/2022; Data de Registro: 27/04/2022)

Por meio das decisões supra, é possível denotar que, havendo indícios, o magistrado poderá encaminhar ofício às corretoras e à própria Receita Federal a fim de requerer informações sobre a existência de criptomoedas, bem como determinando o efetivo bloqueio.

Nesse sentido, conclui-se que a penhora de criptomoedas é possível, enquanto não sacadas e disponíveis para saque nas Exchanges, ou enquanto armazenadas em carteira on-line.

Entretanto, quando se tratar de carteira de hardware, que se trata de um dispositivo físico eletrônico, desenvolvido com o propósito de proteger as criptomoedas, local em que as chaves privadas são armazenadas em um ambiente off-line, tornando, assim, protegidas de malwares e cibercriminosos, percebe-se maior dificuldade na realização da constrição.

Nestes casos, para que se possa realizar a penhora de criptomoedas armazenadas nestas carteiras físicas, faz-se necessária a aplicação dos seguintes dispositivos do NCPC: artigo 6º, que enfatiza sobre a colaboração do devedor, e artigo 774, o qual considera a falta de colaboração do executado como um ato atentatório a dignidade da justiça; ou ainda, havendo o download (baixar da internet) das criptomoedas, e em caso de armazenamento em periféricos (disco rígido externo ou pendrive), tem-se a possibilidade de requerer a busca e apreensão dos referidos dispositivos (ALVES e SILVA, 2018).

Ademais, a fim de trazer maior segurança jurídica nesta temática, encontra-se em trâmite o Projeto de Lei nº 1.600/2022 - de autoria do Deputado Federal Paulo Eduardo Martins (PL-PR), que tem como finalidade alterar o Código de Processo Civil para regulamentar a penhora de criptoativos, reconhecendo como elemento patrimonial apto, haja vista que, ainda que existente a normativa expedida pela Receita Federal, ainda não há qualquer determinação sobre as hipóteses de quebra de sigilo da chave privada (ROCHA, 2022).

Em suma, conforme demonstrado acima, verifica-se a possibilidade jurídica de penhora das criptomoedas, especialmente porque consistem em bem imaterial com valor patrimonial (ativo de valor econômico).

CONCLUSÃO

O objetivo central desta pesquisa foi analisar juridicamente sobre a (im)possibilidade do adimplemento de execuções com criptomoedas, entendendo desde a origem das moedas até o processo de execução.

Corroborando com o assunto, verificou-se que a expansão da globalização, impulsionada pelos avanços tecnológicos, revolucionou a forma como a sociedade se comunica, se relaciona e realiza negócios, impactando diretamente nas transações comerciais e nas relações de consumo, com uma forma de resposta a este processo inovador, surgiram diversas formas de pagamentos, em especial as denominadas criptomoedas.

Alguns autores acreditam que estas moedas virtuais possam em um futuro ser reconhecidas e utilizadas como uma alternativa viável à moeda tradicional/física. Enquanto este futuro não chega, nos dias atuais, as criptomoedas representam um enorme desafio normativo para o Direito.

Sendo assim, foi verificado por meio das pesquisas que, atualmente, as criptomoedas ainda não possuem regulamentação expressa na legislação pátria (embora existam projetos de lei tramitando nas Casas do Congresso Nacional), sendo necessário, sempre que possível, realizar um exercício hermenêutico, e recorrer ao método de integração analógico e à interpretação sistemática, a fim de fazer cumprir a mens legis.

Neste sentido, no presente trabalho, se fez necessário, inicialmente, uma discussão a respeito natureza destes criptoativos, para posteriormente analisar a viabilidade legal e procedimental da constrição de criptomoedas, segundo o atual Código de Processo Civil.

Desta forma, após apresentação dos argumentos expostos, concluiu-se que as criptomoedas são bens imateriais dotadas de conteúdo econômico, sendo então passíveis de penhora. Ou seja, após a caracterização da sua natureza, foi demonstrada as possibilidades para realização da penhora e, dependendo do local onde a

criptomoeda encontra-se custodiada (na carteira virtual ou física), as diferenciações nos procedimentos a serem adotados para realização da penhora.

Logo, para que este processo tenha efeito, deve-se realizar de forma correta a penhora, avaliação e expropriação dos bens.

Quanto a característica decorrente da alta volatilidade do valor das criptomoedas, apurou-se a aplicação de forma analógica das possibilidades dos bens sujeitos à depreciação, solução existente há muito tempo no Direito Civil Brasileiro.

Sendo assim, conclui-se que mesmo as criptomoedas se tratando de um processo inovador, existem medidas tradicionais no Código de Processo Civil Brasileiro capazes de assegurar e efetivar a constrição judicial das criptomoedas, e, conseqüentemente, garantir o adimplemento da dívida e o êxito da execução. Logo, percebe-se ainda o deferimento da penhora destas moedas pelos Tribunais Brasileiros, ainda que existentes algumas dificuldades de ordem prática, especialmente no que se refere à identificação do titular da criptomoeda (quando não declaradas ou informadas à Receita Federal) e à localização do local de custódia (carteiras físicas ou virtuais), prescindindo, urgentemente, da atuação Estatal no que se refere à regulamentação específica.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da penhora de criptomoedas no processo de execução brasileiro. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado 25.306. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas "moedas virtuais" ou "moedas criptografadas" e da realização de transações com elas. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25308829_COMUNICADO_N_25306_DE_19_DE_FEVEREIRO_DE_2014.aspx. Acesso em: 15 de abril de 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado 31.379, de 2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27550735_COMUNICADO_N_31379_DE_16_DE_NOVEMBRO_DE_2017.aspx. Acesso em: 15 de abril de 2022.

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de capitais e obrigações correlatas. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2022.

BRASIL. Lei 12.865/2013, de 09 de outubro de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2022.

BRASIL. Receita Federal. Instrução Normativa RFB nº 1.888/19. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

BRASIL. Receita Federal. Consulta Pública RFB nº 06/2018. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consulta-publica/arquivos-e-imagens/consulta-publica-rfb-no-06-2018.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2022.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 3.825, de 2 de julho de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137512>. Acesso em: 22 de abril de 2022.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 3.949, de 4 de julho de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137644>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9069.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2022.

BRASIL. Secretaria Especial da Receita Federal. Imposto sobre a renda - pessoa física, perguntas e respostas: exercício de 2021: ano-calendário de 2020. Brasília, DF: Secretaria Especial da Receita Federal, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/declaracoes/dirpf/pr-irpf-2021-v-1-0-2021-02-25.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2021.

BRASIL. Consulta Pública RFB n. 6/2018. Disponível em: <https://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/consultas-publicas-e-editoriais/consulta-publica/arquivos-e-imagens/consulta-publica-rfb-no-06-2018.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2202157-35.2017.8.26.0000. Relator: Milton Carvalho, 21 de novembro de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10988627&cdForo=0>. Acesso em: 10 de junho de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2076924-52.2022.8.26.0000; Relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/05/2022; Data de Registro: 03/05/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2083361-12.2022.8.26.0000; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/04/2022; Data de Registro: 27/04/2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Série Alertas. Criptoativos, Maio 2018. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf. Acesso em: 26 de junho de 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Execução. vol. 5. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FOBE, Nicole Julie. O bitcoin como moeda paralela: Uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. 2016. 122 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). Escola de Direito. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15986/2016.03.22_Disserta%20a7%20a3o_Nicol_e_Fobe_Ver-s%20Protocolo.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 15 de agosto de 2022.

GOMES, Daniel de Paiva. Bitcoin: a tributação de criptomoedas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. 2. ed., v. III. São Paulo: Saraiva, 2022.

IBM. O que é a tecnologia blockchain?. Disponível: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/what-is-blockchain>. Acesso em: 01 de junho de 2022.

INFO MONEY. Exchange de criptomoedas: o que são e como escolher uma? Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/exchange-de-criptomoedas/> Acesso em: 25 de abril de 2022.

KROLL, J. A.; DAVEY, I. C.; FELTEN, E. W. The economics of Bitcoin mining or, bitcoin in the presence of adversaries. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/c55a>. Acesso em: 4 de maio de 2022.

LEMA, Márcia Andrea Rodriguez. Juros – Aspectos Econômicos e Jurídicos. Vol. 5. Série Aperfeiçoamento de magistrados da EMERJ. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

LEMIEUX, V. L. A Typology Blockchain Recordkeeping Solutions and Some Reflections on their Implications for the Future of Archival Preservation, 2017 [on-line]. Disponível em: <http://dcicblog.umd.edu/wpcontent/uploads/sites/13/2017/06/Lemieux.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2022.

LORENZETTI, Ricardo L. Comércio Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

OLIVEIRA, Amanda Vitória de. Justiça brasileira admite penhora de criptomoedas como meio de satisfação de crédito nos processos de execução. Disponível em: <https://cleversonteixeira.adv.br/justica-brasileira-admite-penhora-de-criptomoedas-como-meio-de-satisfacao-de-credito-nos-processos-de-execucao/>. Acesso em: 01 de setembro de 2022.

QUEIROZ e SILVA, Jules Michelet Pereira. Competência para tributar Operações de Mineração de Criptoativos. Revista Direito Tributário Atual, n. 45. p. 223-244. São Paulo: IBDT, 2020.

ROCHA, Luciano. Projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados regulamenta a penhora de criptomoedas no Brasil. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/projeto-de-lei-em-tramitacao-na-camara-dos-deputados-regulamenta-a-penhora-de-criptomoedas-no-brasil/>. Acesso em: 01 de setembro de 2022.

SILVA, Luiz Gustavo Doles. Bitcoins e outras criptomoedas: teoria e prática a luz da legislação brasileira. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

SCATOLIN, Carolina Lanzini. Possibilidade do Adimplemento de Execuções com criptomoedas. 65 fls. Florianópolis, 2019. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2019. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218846/A%20possibilidade%20do%20adimplemento%20de%20execu%C3%A7%C3%B5es%20com%20criptomoedas%20-%20Carolina%20Lanzini%20Scatolin%20\(2\).pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218846/A%20possibilidade%20do%20adimplemento%20de%20execu%C3%A7%C3%B5es%20com%20criptomoedas%20-%20Carolina%20Lanzini%20Scatolin%20(2).pdf?sequence=1). Acesso em: 20 de setembro de 2022.

STELLA, Júlio Cesar. Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas. Revista da PGBC, v. 11, nº 2, dez/2017, p. 150 - 162.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. Tradução colaborativa. São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TRIGUEIROS, Florisvaldo dos Santos. Dinheiro no Brasil. Rio de Janeiro: Léo Christiano Editorial, 1987.

ULRICH, Fernando. Bitcoin: a moeda na era digital. Instituto Ludwig von Misses Brasil, São Paulo, 2014.

ZAMPIER, Bruno. Bens digitais [recurso eletrônico]: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. Edição do Kindle.

42 DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO NA OCORRÊNCIA DE UM DANO EXISTENCIAL

Letícia Carla Baptista Rosa Jordão
Nayara Alessandra Gonçalves Casagrande

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo documentar o estudo, como também destacar a possibilidade de responsabilização civil dos pais para com os filhos quando ocorre o abandono afetivo na ocorrência de um dano existencial, demonstrando que a indenização de responsabilidade civil em razão do abandono afetivo não é obrigar o pai a amar o filho, mas sim zelar pelos interesses do filho e por toda assistência em seu desenvolvimento e de alguma maneira compensar a intensa dor causada pela rejeição e dano de seu responsável. A indenização continua a ser punitiva pelo comportamento do genitor ausente, com o objetivo de impedir e amenizar a sua prática na sociedade. Portanto, quando as violações dos direitos inerentes aos filhos persistem e estão diretamente relacionadas às ações dos pais, o Poder Judiciário deve atuar para remediar os danos causados. Sendo necessário que os genitores tenham consciência dos danos que podem ser causados quando se ausentam de suas responsabilidades e deveres como pais na vida de seus filhos, o trauma que o mesmo carregará em toda a sua existência, por não ter realizado o mínimo para seu desenvolvimento em sua infância até na vida adulta, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Com a finalidade de adquirir resultados e respostas a respeito da problematização apresentada neste trabalho, foram realizadas análises através do método teórico por meio de pesquisa bibliográfica em doutrinas e revistas científicas relacionadas ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo. Dano Existencial.

ABSTRACT: This thesis aims to document the study while highlighting the possible civil liability of parents who affective abandon their children, specifically in cases of existential damage inside the relationship. It demonstrates that the purpose of the indemnification of civil liability in those cases is not to compel a father to love the child, but to encourage parental assistance in the child's personal development and interests, somehow compensating for the intense damage caused by rejection. The indemnification continues to be punitive for the behavior of the absent parent, it prevents and mitigates its occurrence in society. Therefore, when violations of children's inherent rights persist, and are directly related to the parent's action, the Judiciary must act in order to remedy the damage caused. Genitor's need the consciousness that the damage they can cause from absence of their responsibilities and duties as parents will turn into a trauma, and be carried forever in the child's existence. Furthermore, by not doing the least during their development from childhood to adulthood, they violate the principle of human dignity. In order to obtain results and answers regarding the problematization presented in this thesis, analyzes were carried out through the theoretical method, bibliographic research in doctrines and scientific journals related to the theme.

KEYWORDS: Civil Liability. Affective Abandonment. Existential Damage.

1 INTRODUÇÃO:

O presente trabalho busca realizar um estudo acerca da responsabilização civil dos pais para com os filhos e os danos existenciais causados pelo abandono afetivo. Dito isso, é dever da família 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, conforme disposto no artigo 227 da Constituição Federal.

Sendo assim, a família deve ser uma base de apoio para as crianças se desenvolverem e crescerem sem traumas. Por mais que esteja disposto em lei, muitas crianças são criadas sem o mínimo para seu desenvolvimento, surgindo certos traumas para sua existência devido ao abandono afetivo dos pais, acontecendo quando os mesmos ou algum deles não prestam assistência psíquica, moral e social aos filhos. Essa falta de cuidado e amor possivelmente causará um dano existencial na vida da criança, sendo um dano que afeta a vida da pessoa em todas as suas áreas, por isso chamado dano existencial, afetando a qualidade de vida do indivíduo, causando traumas, inseguranças, problemas em relações pessoais e ao trabalho.

Abandono afetivo é a ausência de auxílio psicológico e moral, sendo auxílios fundamentais para a existência e desenvolvimento de um indivíduo. Com a ausência deles implicará em sua existência, causando o então chamado dano existencial. O sentimento de abandono poderá então se transformar em um sentimento de rejeição, desprezo, falta de amor e poderá induzir negativamente em relações à outras pessoas.

Para o desenvolvimento, o presente trabalho é dividido em cinco capítulos, iniciando-se com a introdução e em seguida com as breves considerações sobre a responsabilidade civil. Sendo apresentados os deveres da família e sua responsabilidade para com o desenvolvimento dos filhos, como também os efeitos causados na vida dos mesmos.

O terceiro capítulo dispõe sobre as teorias da responsabilidade civil, sendo a teoria objetiva e a teoria subjetiva. Para a existência da teoria objetiva e a reparação do ato lesivo, se faz necessário o dano e o nexo causal (sendo o elo que une a conduta de um agente com o resultado do dano causado). Para a teoria objetiva, todo dano é indenizável, o causador deve responder pelo mesmo, não sendo necessário prova de culpa. Para a teoria subjetiva, é necessário o descumprimento de uma obrigação, como também a existência e prova da culpa.

O quarto capítulo é responsável pela definição do dano existencial dos filhos causado pelo abandono afetivo de seus responsáveis. O dano existencial, é todo dano que afeta a vida do indivíduo em todas as suas áreas, em seu crescimento, desenvolvimento, como também na formação de sua personalidade.

Por fim, o quinto capítulo, apresenta a possibilidade de responsabilização civil pelo abandono afetivo na ocorrência de um dano existencial. Considerando que existem deveres dos pais/responsáveis para a criação dos filhos, e a ausência deste, acarretará em uma indenização por meio do abandono afetivo e a ausência de seu dever, como disposto na Constituição Federal, causando assim um dano existencial na vida do indivíduo afetado.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2021, p.10), sobre a responsabilidade civil, antigamente não existiam regras, sendo assim, nem limites para a reparação de um dano, pois não existia a culpa, dessa forma quando acontecia algum dano contra outrem, de forma imediata e instintiva eles reparavam de uma maneira primitiva e natural sendo brutal e gerando violência, chamada a então violência privada. Consolidando a Lei de Talião, conhecida como “olho por olho, dente por dente”.

Logo, conceito de responsabilidade civil começa a surgir no Direito Romano, por meio da “Lei de Talião”, onde era exercido a vingança pessoal. A reparação dos danos causados era por meio de violência. Com o decorrer do tempo, o Poder Público adotou medidas punitivas para a reparação de danos por meio de indenizações, onde eles decidiram que seria uma multa fixa.

Conforme a evolução da sociedade, a concepção de responsabilidade foi otimizando. Dito isso, surgiu a Lei de Aquilia, na qual foi um marco para a responsabilidade civil, pois a partir dela ocorreu a substituição da multa fixa para uma indenização onde seria determinado conforme o dano causado.

Ainda de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2021, p.10), conceitua a evolução histórica da seguinte maneira:

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas.

Segundo o autor, com o passar do tempo quando já existia um poder, foi proibido que a sociedade realizasse a justiça com as próprias mãos. Com isso, se deu o início das tarifas, onde as pessoas pagavam para ser realizado algum ato, como no exemplo que o autor adotou acima, referindo-se a uma pessoa pagava pela morte de um indivíduo livre, como também de um escravo, sem que seja realizado a violência com as próprias mãos.

Através da Lex Aquilia - Lei Aquiliana - se dá início à aplicação da culpa na obrigação de indenizar, sendo uma lei segundo Venosa (2021, p. 371), possibilitou a atribuição de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro para as pessoas que tivessem cometido algum dano em seus bens. A lei também se aplicava na morte ou nos danos dos escravos, pois eles eram julgados como objetos.

Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho (2022, p.16), "Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da Lex Aquilia, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual".

No Direito Civil, a responsabilidade nada mais é que um ramo do Direito obrigacional relacionado a um dever, no qual ocorre quando existe o descumprimento de alguma obrigação, surgindo assim o dever de reparar o dano causado, esse dano pode ser através de ação ou omissão do indivíduo, considerando assim um ato ilícito.

Para Sílvio de Salvo Venosa (2021, p.357), o conceito de responsabilidade civil:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho (2022, p.16), definem a responsabilidade civil como "Responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas".

Segundo o Código Civil de 2002 em seu "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". (BRASIL, 2002)

Como também, é considerado ato ilícito o disposto no artigo 187 do Código Civil: "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes", (BRASIL, 2002)

Dispõe o artigo 927 do Código Civil, sendo aquele que causou dano a outro indivíduo é obrigado a repará-lo:

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

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

De acordo com o parágrafo único, o indivíduo obtendo culpa ou não de seu ato que de uma certa forma expôs alguém em risco, seja físico ou moral será obrigado a reparar o dano causado, se enquadrando assim, na teoria objetiva da responsabilidade civil, sendo a teoria que dispõe da não necessidade de prova de culpa. (BRASIL, 2002)

Portanto, a responsabilidade civil é o dever de não prejudicar o outro, seja por uma ação ou por omissão, caso seu dever jurídico não seja cumprido, terá que reparar os danos causados. Podemos dizer, que a responsabilidade é um regime reparador de danos.

Flávio Tartuce (2022, p.479) considera a responsabilidade civil como:

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno, do final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.

Já Sérgio Cavalieri Filho (2020, p.10), conceitua como:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

Contudo, quando um indivíduo infringe um dever que é de responsabilidade do mesmo, é considerado um ato ilícito, no qual deixou de ser prestado, gerando assim um dano, no qual deve ser reparado.

Sérgio Cavalieri Filho (2020, p.10), também pontua acerca da responsabilidade civil:

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

A responsabilidade civil se expande ao direito de família consistindo um ramo do Direito Civil, sendo uma norma a ser seguida. Não se olvidando que é dever da família 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, conforme disposto no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Caso essa responsabilidade não

seja seguida, poderá causar danos à criança ou adolescente, pois esses deveres são de grande importância e relevância em seus reflexos na vida adulta, na formação e desenvolvimento de sua personalidade, como por exemplo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente mais especificamente em seu artigo 4º dispõe o dever dos pais, da comunidade, da sociedade e o dever público em relação ao direito da criança e do adolescente, segue:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990)

Contudo, caso algum dos responsáveis mencionados infringir seu dever para com a criança e ao adolescente, deverá arcar com as consequências para a reparação dos danos causados. Como disposto no artigo acima os deveres parentais, demonstram principalmente a proteção da dignidade da pessoa humana e da convivência familiar.

Como também, é importante ressaltar que na mesma lei dispõe o artigo 19 estabelecendo o direito de toda criança e adolescente deve ser criada e educada no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, contendo um ambiente que segure seu desenvolvimento integral. Sendo através pelos laços familiares e convivência familiar que a criança inicia começar a ter o afeto, desde o seu nascimento, desenvolvendo assim sua personalidade ao longo do tempo. Com isso, é de total relevância seus responsáveis garantir e prestar os devidos direitos e deveres disposto em lei.

Para Caio Mário da Silva Pereira (2022, p. 71), o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é alinhado da seguinte maneira:

No campo do planejamento familiar, o princípio do melhor interesse da criança ganha relevo, diante da priorização dos seus interesses e direitos em detrimento dos interesses de seus pais, a impedir, assim, que a futura criança venha a ser explorada econômica ou fisicamente pelos pais, por exemplo.

Portanto, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é prescrito e destinado a dar prioridade para o bem estar da criança e do adolescente onde a Justiça considera ser o melhor para os mesmos, e não aquilo que os pais acreditam ser o mais adequado.

3 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os elementos que caracterizam a responsabilidade civil, são a existência de uma conduta, de um dano e do nexo de causalidade que liga eles. Mais especificamente, a conduta pode ser comissivo (prática que não deveria ser efetuada) e omissivo (sendo um dever de ação ou não de uma prática que deveria ser efetuada), lícito ou ilícito (legal ou não), voluntária (quando deseja praticar a conduta) e tenha capacidade de discernimento. O pressuposto do dano, é o dano que o indivíduo sofreu decorrente da conduta sendo um prejuízo, podendo ser tanto físico quanto moral, e o nexo de causalidade sendo o vínculo ligado entre a conduta e o dano, se tratando da conexão entre fato e consequência.

Contudo, existem duas espécies da responsabilidade civil, sendo a teoria objetiva e a teoria subjetiva, ainda para que ocorra configuração da responsabilidade civil na maioria das vezes basta o elemento subjetivo, sendo a culpa no sentido civil. Sendo assim, o fator culpa não é um elemento da teoria objetiva. A existência da culpa irá depender da teoria da responsabilidade civil.

Flávio Tartuce (2022, p.178) aponta que “O estudo dos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana nunca encontrou unanimidade doutrinária no Brasil”. Sendo assim, ele cita que cada doutrinador no Brasil tem o seu conceito diferente sobre os pressupostos da responsabilidade civil, alguns incluem a culpa como pressuposto outros incluem que a culpa é um elemento accidental.

Existe diferença entre dois doutrinadores acerca do que foi mencionado acima, onde Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 21) aponta os pressupostos da responsabilidade civil da seguinte maneira: “evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima”.

Já para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho (2022, p. 22), conceituam desta forma: “Podemos extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: a) conduta humana (positiva ou negativa), b) dano ou prejuízo e c) o nexo de causalidade”.

Portanto, encontra-se um diferencial entre a teoria do doutrinador Carlos Roberto e de Pablo Stolze e Rodolfo Mário, onde Carlos aponta existir quatro pressupostos nos quais são fundamentais para a responsabilidade civil, já para Pablo e Mário indicam três pressupostos.

3.1 DA TEORIA OBJETIVA

Na teoria objetiva, a reparação de danos não é necessário a existência do elemento da culpa, sendo possível a reparação de danos da responsabilidade civil independente de culpa. Bastando apenas os elementos: conduta, dano e nexo de causalidade para a caracterização da responsabilidade civil.

Como mencionado acima, o artigo 187 do Código Civil, trata da teoria objetiva da responsabilidade civil, onde é citado que é considerado ato ilícito o indivíduo que exercer tal ato ultrapassar os limites impostos, tendo culpa ou não.

Haverá responsabilidade objetiva quando a atividade implicar em risco aos direitos de outro indivíduo, se tratando da teoria do risco, onde está disposto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, onde já foi mencionado acima.

Sérgio Cavalieri Filho (2020, p.191), ensina sobre a teoria do risco como fundamento da responsabilidade objetiva:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.

Na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexo psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta.

Enquanto Carlos Roberto Gonçalves (2021, p.19) relata que a responsabilidade civil objetiva deve ser visualizada da seguinte forma:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. [...] Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Portanto, quando visualizada uma conduta é necessário a reparação dos danos independente se exista culpa ou não do agente, se tratando da teoria objetiva da responsabilidade civil, não têm-se a necessidade de provar a culpa, surgindo de imediato o dever de reparar o dano causado a outrem.

3.2 DA TEORIA SUBJETIVA

A teoria subjetiva da responsabilidade depende do elemento culpa para ser considerado o dever de reparação de danos. Sendo essa teoria a adotada como regra pelo Código Civil Brasileiro, existindo a necessidade de provar a culpa do agente para assim existir a obrigação de indenização de outrem. Essa teoria está disposta no artigo 186 do Código Civil, já mencionado acima, onde existe os elementos ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência para que seja causado um dano a outrem, mesmo que seja por violação moral. (BRASIL, 2002)

Carlos Roberto Gonçalves (2021, p.19) menciona a responsabilidade civil subjetiva da seguinte forma:

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade.

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Já para o entendimento de Flávio Tartuze (2021, p.284), sobre a responsabilidade civil possui visões que:

(...) São interessantes e plausíveis, mas demandam uma alteração estrutural e funcional do Código Civil brasileiro, que adotou a responsabilidade subjetiva como regra e a objetiva como exceção. É possível afirmar que o que consta da codificação nacional não está de acordo com a realidade fática nem com o estado da arte relativo ao tema, pois a culpa já não é mais o ator de outrora.

Em verdade, a culpa é coadjuvante, uma vez que o dano assumiu o papel principal na responsabilidade civil pós-moderna ou contemporânea.

Por fim, para que seja concretizado a responsabilidade civil subjetiva para a reparação de danos é necessário a existência do elemento culpa, para que assim o autor do dano indenize o indivíduo que foi ferido por tal dano, agindo com imprudência, imperícia ou negligência.

4 DANO EXISTENCIAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Todo indivíduo tem direito de ter uma família, sendo pessoa com vínculo ou não, onde os mesmos devem prestar as assistências para o crescimento e desenvolvimento mútuos, pois o desenvolvimento de seu caráter e identidade serão formados através de sua criação, de influências, dos laços afetivos, onde essa pessoa terá seus

primeiros sentimentos, devendo ocorrer por meio da família, onde teria que ser sua estrutura e base para seu crescimento. Contudo, atualmente é visto que na sua grande maioria existe a falta desse núcleo familiar.

Conforme disposto no artigo 226 da Constituição Federal, “a família é a base da sociedade, como também possui a proteção do Estado”. (BRASIL, 1988)

A família, juntamente com a sociedade e o Estado devem dispor de certos deveres para o desenvolvimento de um indivíduo, sendo criança, adolescente ou jovem, com fulcro no artigo 227 da Constituição Federal.

Conforme Dimas Messias de Carvalho (2020, p.44) no Direito de Família e no conceito de família ocorreram diversas transformações, sendo:

O direito de família tem sofrido grandes modificações, especialmente no final do século que se encerrou, e já no início deste século e milênio, tentando acompanhar a evolução social; entretanto, a legislação raramente consegue acompanhar as rápidas modificações sociais. O Código Civil de 1916, obra memorável no seu tempo, não acompanhou a rápida evolução e modificação dos costumes, especialmente na estrutura da família patriarcal do século passado, na qual prevalecia a autoridade do homem, enquanto provedor, marido e pai. A vontade do pai e marido era fundamental e determinante, sendo imposta aos dependentes como lei.

[...] A Constituição de 1988 acolheu as transformações sociais da família brasileira, incluindo no seu texto três eixos modificativos de extrema relevância: a) igualdade em direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º), reproduzindo o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I); b) igualdade absoluta dos filhos (art. 227, § 6º), sem importar a origem e vedando-se qualquer forma de discriminação; c) pluralidade dos modelos de família (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º). Não foram recepcionadas as normas do Código Civil de 1916 que importavam em distinção entre homem e mulher, filhos ou modelos de família para proteção do Estado.

Entretanto, o Direito de Família atualmente não é o mesmo do Código Civil de 1916, pois com o decorrer do tempo foi acrescentado princípios para o modelo de família, acabando com a ideia de que apenas o homem determinava a maneira de agir e como seria o desenvolvimento da família. A partir da Constituição Federal de 1988 surgiu várias modificações e princípios para o conceito de família, incluindo a igualdade entre homens e mulheres, acabando com a concepção de que apenas o homem determinava.

Dimas Messias de Carvalho (2020, p.100) também cita acerca dos princípios do direito de família:

Os princípios do direito de família, portanto, não são taxativos, posto que vários podem ser deduzidos de outros princípios gerais ou desdobrados, dependendo do intérprete. Alguns, todavia, assumem maior relevância e são quase unanimidade entre os estudiosos, destacando-se o princípio da -dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio da liberdade, o princípio do pluralismo familiar, o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, o princípio da igualdade e isonomia dos filhos, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da paternidade/maternidade responsável e o princípio da solidariedade.

Contudo, é importante ressaltar que ocorreu diversas transformações e evoluções no conceito de família e na construção da mesma. Atualmente, existindo diversos modelos de família, sendo alguma delas: a família matrimonial, informal, monoparental, anaparental, reconstituída, unipessoal, paralela e eudemonista.

É importante que os pais - família - realizem seus deveres como previsto em lei, pois a partir daí que o filho terá o seu primeiro contato e afeto com outra pessoa, caso os pais deixem de prestar as devidas assistências necessárias, existe possíveis chances de acarretar em um dano, podendo ser caracterizado como um dano existencial na vida do indivíduo, onde pode implicar em diversas áreas da vida do mesmo, prejudicando-o pela falta de assistência, falta de afeto, de presença dos pais em seu desenvolvimento.

O chamado dano existencial é todo dano que é causado na vida de um indivíduo, onde afeta a sua existência. Sendo capaz comprometer sua felicidade, como também sua evolução na vida pessoal e em relacionamentos com a sociedade. O dano existencial pode ser um prejuízo para as relações com outras pessoas como também sendo um prejuízo para seu projeto de vida. Podendo afetar seus afazeres através dos sentimentos comprometidos pelo dano, como também todas as expectativas geradas que a vítima contava para seu futuro e que iria desenvolver. Podemos concluir então que o dano existencial é todo o dano que afeta a qualidade de vida do indivíduo.

Flaviana Rampazzo Soares (2009, p.44-46) define dano existencial desta forma:

O dano existencial é como uma lesão que afeta a vítima, total ou parcialmente, permanente ou temporariamente, e que reflete no complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal de sua personalidade, podendo abranger a ordem pessoal ou a social, de modo que a vítima do dano vê-se obrigada a modificar ou mesmo suprimir a realização de uma atividade, ou de um conjunto delas, que, normalmente, estavam incorporadas ao seu cotidiano, havendo, em razão disso, uma alteração relevante na sua qualidade de vida.

Ressalte-se ainda, que o dano existencial se diferencia do dano moral, haja vista que, enquanto o primeiro é “essencialmente um sentir”, o segundo é um “não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente”, o que limita o desenvolvimento normal da vida da pessoa.

Sendo assim, o dano existencial pode ocorrer quando a parentalidade responsável não é exercida. Sendo uma responsabilidade dos pais para com os filhos, trazendo sempre a realização da função social da família, onde devem prestar todos os cuidados mencionados no artigo 227 da Constituição Federal, quando os pais deixam de prestar o cuidado e afeto para seus filhos pode acarretar futuramente em um dano existencial, dificultando a vítima de desenvolver suas atividades como deveria.

Estando interligado com o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo a base da comunidade familiar, devendo ser elencado o cuidado familiar entre os membros da família, garantindo o desenvolvimento e realização dos mesmos. A paternidade responsável é o princípio que rege que os pais/responsáveis devem ter com seus filhos, contendo a assistência moral, afetiva, intelectual e material, disposto em Lei, sendo necessário a criação dos filhos de uma maneira responsável.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin (2021, p.106) retratam a responsabilidade e o mal exercício do poder familiar da seguinte forma:

Na relação amorosa entre adultos, eles são responsáveis pelos seus encantos e desencantos amorosos. Contudo, na relação parental, os pais são responsáveis pela educação de seus filhos e pressupõe-se aí dar afeto, apoio moral e atenção. O dano não é tanto pelo sofrimento causado, mas pela violação do direito e que tanto sofrimento causa, a ponto de provocar danos à pessoa. O mal exercício do poder familiar é um dano ao direito da personalidade do filho. Abandonar e rejeitar um filho significa violar direitos. A forma de reparação mais adequada é o restabelecimento do bom exercício da parentalidade. Entretanto, alcançar o status quo ante nestes casos pode ser impossível.

Portanto, os pais possuem uma responsabilidade na vida e na formação de seus filhos, caso exista ausência dessa responsabilidade causará na existência de um dano, onde ocorreu uma violação de direito e poderá exigir a reparação desse dano, como por exemplo, poderá acarretar em um dano existencial, que prejudicará a qualidade de vida do filho, onde os pais deixaram de prestar os devidos cuidados para seu desenvolvimento e crescimento e assim prejudicará na personalidade do filho.

5 DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO NA OCORRÊNCIA DE UM DANO EXISTENCIAL

Quando se é constituído o laço de filiação, nasce direitos e deveres do responsável para com seu filho, sendo no cuidado, no afeto e na assistência material, afetiva e espiritual, todos previstos em lei. Na ausência desses deveres acarreta em um dano na vida do indivíduo, onde é dever do responsável prestar todos esses encargos, protegidos pela responsabilidade civil.

O abandono afetivo é o ato em que há a omissão de cuidado, afeto, apoio seja psicológico, emocional ou social, pelos pais ou responsáveis que estão sujeitos à criação e desenvolvimento de seus filhos. Não se deve e nem pode associar o abandono afetivo com o pagamento de alimentos e/ou auxílio monetário, visto que um não anula a ausência do outro.

O pagamento da pensão alimentícia não isenta os pais da convivência, do afeto e do cuidado, entretanto não se pode obrigar alguém a ter afeto com outra pessoa, mas ainda assim o cuidado é uma obrigação constitucional, é um dever no qual deve ser seguido e realizado. Sendo um dever, a falta dessa obrigação gera um dano.

Dessa forma, Paulo Luiz Neto Lôbo (2022, p.259) assegura em relação a responsabilidade civil com o abandono afetivo:

Ainda no âmbito da responsabilidade civil, cogita-se de dano à dignidade do filho e ao abandono afetivo, cujo nexos de causalidade se revela na conduta omissiva do que não assumiu os deveres de pai ou mãe, rendendo ensejo a reparação por lesão aos direitos da personalidade do filho.

O mesmo autor (2022, p.341), ainda conceitua o abandono afetivo da seguinte forma:

Portanto, o “abandono afetivo” nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, estabelecidos na CF/1988 e na legislação ordinária. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.

Sendo assim, o abandono afetivo não é apenas no âmbito da moral, pois existe efeitos jurídicos para quem comete esse ato, sendo a reparação civil, uma vez que foi causado um dano.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, sendo um direito fundamental a todo ser humano: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III-a dignidade da pessoa humana.” (BRASIL, 1988) Onde o princípio da dignidade da pessoa humana ampara os direitos do ser humano, sendo o mínimo existencial.

Quando ocorre o abandono afetivo evidencia o desacato do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que o ato de abandonar acontece quando os responsáveis não se importam com o valor pessoal ou social do indivíduo, pois os mesmos tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, como disposto no artigo 229 da Constituição Federal. Portanto quando acontece o abandono, está infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como cometendo um ato ilícito, nesse princípio se encontra o amparo para ser realizado uma indenização.

Outro princípio fundamental que ampara os valores sociais e a família moderna, é o princípio da solidariedade familiar, onde está previsto no artigo 1º, inciso I, CF.

Flávio Tartuce (2022, p.34), contribui acerca do princípio de solidariedade familiar sendo:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da CF/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. A importância da solidariedade social é tamanha que o princípio constituiu a temática principal do VI Congresso Brasileiro do IBDFAM, realizado em Belo Horizonte em novembro de 2007. Também diante dessa necessidade de tutela da solidariedade, no XII Congresso, em 2019, o tema central foi a proteção das

vulnerabilidades. Deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra pessoa.

No entanto, a solidariedade é em outras palavras, a reciprocidade, correlacionado a obrigação de assistência e cuidado. Onde um indivíduo se preocupa, cuida, ampara, protege o outro, querendo sempre o seu bem, não sendo apenas um sentimento, mas tendo a necessidade que seu dever seja cumprido, em relação à assistência e cuidado.

Já o princípio da afetividade, para o doutrinador Paulo Luiz Neto Lôbo (2022, p.78):

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda da autoridade parental.

Complementando a ideia, afetividade é um dever dos pais para com seus filhos, mesmo que não exista o afeto, o cuidado e o amor, visto que, ambos se diferem, esse dever só irá cessar pelo falecimento do responsável ou pela extinção da autoridade parental, apenas por essas duas situações, caso contrário é dever dos pais responsabilizar-se, pois afetividade não é um sentimento mas sim um dever.

Paulo Luiz Neto Lôbo (2022, p.78) ainda complementa apontando que:

Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência.

Considerando que o princípio de afetividade não decorre de nenhuma lei, correspondendo uma formação de tese doutrinária. A falta de dever de cuidado gera uma conduta, causando em um dano. Portanto, é necessário que seja cumprido esse dever de cuidado, mesmo que não haja sentimentos.

É importante ressaltar sobre o levantamento do dano existencial nos tribunais brasileiros, pois não são muitos casos que são protegidos pelo mesmo, em questão de indenização em que a vítima que sofreu um dano existencial, no qual gerou um agravo a sua qualidade e projeção de vida. Muito se é falado sobre o dano moral na ocorrência do abandono afetivo, mas pouco se é falado sobre o dano existencial.

Nesse sentido existem decisões sobre pais serem condenados a pagar R\$ 30 mil de danos morais por abandono afetivo, sendo uma notícia da ementa do processo REsp 1887697/RJ. Assim sendo:

Pai é condenado a pagar R\$ 30 mil de danos morais por abandono afetivo da filha.

A terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) validou que em razão de abandono afetivo um pai pague indenização de R\$30 mil reais à sua filha, pois o mesmo cortou laços afetivos quando ela tinha apenas seis anos de idade, no qual acarretou diversos danos psicológicos, como também danos em sua saúde. (STJ, 2022)

A ministra Nancy Andrighi afirma a seguinte frase "O recorrido ignorou uma conhecida máxima: existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho". (STJ, 2022)

A ação foi a julgamento quando a menina tinha 14 anos, sendo representada por sua mãe. O abandono afetivo ocorreu quando houve a suspensão da união estável entre seu pai e sua mãe. Contudo, foi necessário que a menina buscasse tratamento psicológico. (STJ, 2022)

Na primeira instância do processo, o juízo estabeleceu indenização por danos morais de R\$ 3 mil, porém em segundo grau a ação foi julgada improcedente. O tribunal entendia que não era possível mensurar a dor que foi causada devido a falta de amor e cuidado. Conforme a corte local, a indenização por danos morais estabelecida não obteve o objetivo compensatório, não seria desempenhado a função punitiva-pedagógica, não encerrando o sofrimento, como também não iria reestruturar o vínculo entre as partes. (STJ, 2022)

A ministra Nancy Andrighi expôs que a reparação de danos na ocorrência do abandono afetivo possui um fundamento jurídico próprio, associado ao dever jurídico de ser efetuado a parentalidade responsável, não podendo ser confundido com a prestação de alimentos, bem como a perda do poder familiar. Para a mesma, caso a parentalidade seja realizada de modo irresponsável aos interesses dos filhos, causando traumas ou prejuízos comprovados, não existe restrição para que os pais sejam condenados a reparação dos danos para com os filhos. (STJ, 2022)

A ministra Nancy Andrighi finalizou apontando que ocorreu um dano psicológico concreto, sendo comprovado pela recorrente com laudo pericial conclusivo, sendo confirmado o sofrimento e o dano causado pela ausência paterna, sendo um trauma psíquico com impactos físicos, alterando sua personalidade, tal qual toda sua qualidade e história de vida. (STJ, 2022)

Portanto, o pai foi condenado a pagar indenização à filha por conta do dano moral sofrido quando ele deixou de prestar seu dever na vida de sua filha, como também deixou de ter responsabilidade com a própria, sendo considerado dano moral a ocorrência de um abandono afetivo dando ensejo à responsabilidade civil.

Evidencia as falas da ministra nas últimas linhas da notícia, no qual está exposta da seguinte maneira que a vítima “desenvolveu um trauma psíquico, inclusive com repercussões físicas, que evidentemente modificou a sua personalidade e, por consequência, a sua própria história de vida”. (STJ, 2022) Contudo, embora foi aplicado a nomenclatura “dano moral” para o dano sofrido pela vítima, nota-se que os danos sofridos vão mais adiante do que abalo íntimo momentâneo. Como mencionado acima, esse dano modificou a personalidade, bem como sua história de vida.

Dessa forma, destaca-se que o dano ocorrido não foi apenas moral, como também apresentou um dano existencial, pois afetou a qualidade de vida da vítima, sua personalidade, e futuramente pode acarretar em diversos prejuízos pela mesma na área de relacionamentos, autoestima, segurança, entre muitos outros.

Considerando que essas decisões foi uma da minoria que é levado aos Tribunais brasileiros e que realmente foi concedida uma indenização considerável para de uma certa forma “amenizar” os danos que foram causados pela violação dos direitos e deveres fundamentais previsto em lei em que o pai deixou de prestar a sua filha, causando assim diversos agravos na vida da própria.

Em um caso que foi julgado no ano de 2012, a ministra Nancy Andrighi (2012) afirma a seguinte frase “Amar é faculdade, cuidar é dever”, a fim de requerer indenização por dano moral resultante de abandono afetivo, essa frase dita por ela, resume todo o conteúdo abordado, pois ninguém tem a obrigação de amar, de ter afeto com outra pessoa, mesmo sendo seu filho, porém cuidar e prestar todas as assistências necessárias para o desenvolvimento de seu filho é um dever, pois ele veio ao mundo e depende do seu responsável e o mínimo que deve fazer é conceder uma estrutura necessária para seu pleno desenvolvimento, pois é por meio de seu desenvolvimento que formará o seu caráter e crescer como um cidadão de bem, pois o não cumprimento desse dever acarretando em negligência, em termos de lei o autor deverá ser responsabilizado.

Aquele que praticou o ato de abandono afetivo deve ser punido, pois deixou de prestar o seu dever na vida de seu filho. Atualmente é possível a indenização de abandono afetivo, mas pouco se fala da indenização na responsabilização civil de abandono afetivo por meio de um dano existencial, no qual afeta a qualidade de vida de seu filho.

Existe uma grande discussão acerca da indenização do abandono afetivo, em relação a monetizar o afeto, porém a indenização não é para apenas suprir o afeto, pois dinheiro nenhum compra o carinho, amor e cuidado,

mas é a maneira de ser reduzido os danos que já foram causados, como também a ser evitado os danos que podem ser gerados no futuro, sendo uma maneira de garantir a proteção de uma pessoa que sofreu com um tipo de abandono afetivo, no qual causou danos em sua existência.

É intolerável deixar os pais que possuem a parentalidade responsável passarem ilesos enquanto foi deixado de cumprir seu dever na vida de seus filhos gerando um dano em toda a sua vida, em sua ausência da responsabilidade no desempenho de sua obrigação paterno-filial, até porque existe um princípio da paternidade responsável, no qual expressa a responsabilidade, se iniciando desde a concepção até ser dispensável, devendo ser justificado o fim da assistência, pois a ausência da figura maternal ou paternal, pode ser resultado em traumas, sensação de abandono, doenças psicológicas entre outros na vida de seu filho, uma vez que, amor é um ato de escolha, cuidado é uma obrigação.

A possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo na ocorrência de um dano existencial, não tem sido comentada nos Tribunais, visto que é um assunto de grande relevância, pois quando uma criança é abandonada pelos seus pais ocorre um dano, em que este dano pode atrapalhar toda a sua qualidade de vida, em toda sua existência, em relação ao psicológico, ansiedade, insegurança, baixo autoestima, depressão, dificuldade em se relacionar com outras pessoas, seja no ambiente de trabalho, amizade, como também em relacionamento amoroso, irá afetar toda a sua existência, podendo crescer um adulto cheio de traumas e frustrado com a vida, tudo pelo motivo de ter sido abandonado afetivamente quando era criança, enquanto precisava de amor, carinho e cuidado de seus pais.

A indenização é uma maneira para que o responsável seja punido, pois o mesmo infringiu o dever de pai/mãe no qual é estabelecido por lei. Com o cumprimento de seus deveres na vida do filho, evitará grandes problemas no futuro, como também não será gerado danos na vida do mesmo, possivelmente tendo uma boa qualidade de vida, que por muitas vezes será evitado traumas e todas as doenças psicológicas existentes.

Contudo, a indenização não é caracterizar o valor do afeto, muito menos converter o afeto, amor, carinho e cuidado em mercadoria, pois nada irá substituir a falta desses cuidados pelos pais na vida dos filhos, dado que essa falta não será possível ser compensada, mas a indenização serve para os pais, futuros pais e toda a sociedade, compreender que para se ter um filho é necessário cuidados, como também cumprir todos os deveres e obrigações previstas em lei, pois as relações afetivas baseiam-se nesses fatores.

Visto que, existe responsabilidade civil no qual estabelece o dever de não causar um dano em alguém, portanto quando acontece o abandono afetivo já é gerado um dano na vida do indivíduo, no qual tem direito de ser indenizado. Podendo assim, causar em um dano existencial na vida do indivíduo, sendo aquele dano que afeta toda a sua existência, atrapalhando completamente em seu desenvolvimento em toda a sua essência e padrão de vida. Contudo, o amor não tem preço, ninguém é obrigado a amar outra pessoa, porém é dever do pai/mãe prestar todo o cuidado necessário para o crescimento de seu filho, tendo responsabilidade de todos os seus atos.

Portanto, todo indivíduo que comete um dano para outra pessoa através de ato ilícito, será incriminado, sendo assim, quando o pai ou a mãe deixa de prestar seus deveres na vida de seu filho, abandonando afetivamente deverá arcar por todos agravos pela violação de seus deveres enquanto pais, acarretando em uma indenização pois foi contra o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e não dispôs da responsabilidade civil, visto que o filho se encontra vulnerável, podendo futuramente crescer e ser um adulto com muitos traumas e doenças psicológicas, se tratando de um dano existencial, por conta do abandono afetivo que ele presenciou de seu pai, sua mãe ou ambos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Civil, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL, Constituição Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 05 ago. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 1887697/RJ. Dano moral - Abandono afetivo. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 23 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 24 set. 2022.

BRITO, Eveline de Amorim Figueiredo. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a problemática em torno da compensação. Brasil Escola. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/responsabilidade-civil-abandono-afetivo-problematica-torno-compensacao.htm#indice_6>. Acesso em: 11 jun. 2022.

CARAZZAI, Estelita Hass. Trump agora promete acabar com a política que separa famílias de refugiados. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/06/trump-agora-promete-acabar-com-politica-que-separa-familias-de-refugiados.shtml>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das famílias. Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591798/>>. Acesso em: 18 ago. 2022.

FILHO, Sérgio Cavaliere. Programa de Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Mário Veiga Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol. 3. Editora Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622296/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. Vol 4. Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590500/>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil: Famílias. Vol 5. Editora Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655596281/>. Acesso em: 06 set. 2022.

NOGUEIRA, Luíza Souto. Responsabilidade civil nas relações familiares: o abandono afetivo inverso e o dever de indenizar. 2018. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1289/Responsabilidade+civil+nas+rela%C3%A7%C3%B5es+familiares:+o+abandono+afetivo+inverso+e+o+dever+de+indenizar#:~:text=Na%20seara%20da%20fam%C3%ADlia%20a,um%20ato%20doloso%20ou%20culposo.>> Acesso em: 11 jun. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Guimarães; RANGEL, Tauã Lima Verdán. Princípio da paternidade responsável e sua aplicabilidade na obrigação alimentar. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/principio-da-paternidade-responsavel-e-sua-aplicabilidade-na-obrigacao-alimentar/>> Acesso em: 20 jun. 2022.

PÁEZ, Thalita Toffoli; PASCUTTI, Bianca Pereira. Dano Existencial em razão do abandono afetivo. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66338/dano-existencial-em-razao-do-abandono-afetivo>>. Acesso em: 11 jun. 2022.

Pai é condenado a pagar R\$ 30 mil de danos morais por abandono afetivo da filha. Stj Jus Br, 2022. . Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21022022-Pai-e-condenado-a-pagar-R-30-mil-de-danos-morais-por-abandono-afetivo-da-filha.aspx>>. Acesso em: 07 set. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. Vol V. Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643417/>. Acesso em: 24 set. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; FACHIN, Edson. Direito das Famílias. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642557/>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família - Vol. 5. Grupo GEN, 2022. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643578/>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil - Volume Único. Grupo GEN, 2022.. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643134/>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640959/>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/>. Acesso em: 12 ago. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil. Vol. 2. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771523/>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

43 DIREITO A VIDA COM QUALIDADE: TRABALHO DECENTE E MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EQUILIBRADO

Aline de Menezes Gonçalves
Raffaely Silva Nascimento

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a questão do meio ambiente do trabalho como um direito fundamental, ligado na dignidade da pessoa humana, com o objetivo de promover uma vida com qualidade proporcionada por um trabalho decente e meio laboral equilibrado, pois todo cidadão tem direito a um meio ambiente equilibrado, essencial a sua qualidade de vida e de receber a proteção jurídica de um meio seguro e saudável. O objetivo é demonstrar que o meio ambiente de trabalho integra o sistema de proteção jurídica na Constituição da República, como um direito fundamental e em legislações infraconstitucionais, organizações internacionais e agencias de promoção de trabalho decente no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental; Meio ambiente de trabalho equilibrado; Qualidade de Vida; Trabalho Decente.

ABSTRACT: This article aims to analyze the issue of the work environment as a fundamental right, linked to the dignity of the human person, in order to promote a life with quality provided by decent work and a balanced work environment, because every citizen has the right to a balanced environment, essential to their quality of life and to receive the legal protection of a safe and healthy environment. The objective is to demonstrate that the work environment is part of the legal protection system in the Constitution of the Republic, as a fundamental right, and in infra-constitutional legislation, international organizations, and agencies that promote decent work in Brazil.

KEYWORDS: Fundamental Right; Balanced Work Environment; Quality of Life; Decent Work.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é sobre ter um trabalho decente e o meio ambiente do trabalho equilibrado, o local de trabalho é a onde o homem passa a maior parte de sua vida e, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 assegura à sadia qualidade de vida, essa característica se estenda também ao meio ambiente do trabalho como um ambiente ecologicamente equilibrado.

O artigo 225 da Constituição Federal dispõe que o meio ambiente equilibrado é direito fundamental, o qual é diretamente ligado a dignidade da pessoa humana, a obrigação de assegurar esse direito é do Poder Público e o da coletividade é o dever da sua proteção; devendo, portanto, ser analisado em todos os seus aspectos: natural, artificial, cultural e do trabalho.

Com globalização do mercado de trabalho de maneira significativa, diversas empresas optam por adotar práticas de competitividade, para obter lucros e usufruindo de custos baixos, desse modo, expõem os trabalhadores a situações degradantes de trabalho, com condições laborais precárias, fraude nas relações de trabalho com esses fatos ocorre à violação do princípio fundamental da proteção ao trabalhador e do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável, sancionados nos artigos 7º, inciso XXII, 200, inciso VII e 225 da Constituição Federal de 1988.

O objetivo é explorar o conceito a acerca do direito fundamental do trabalhador a um meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado e as legislações que abrange esse direito, principalmente a Constituição Federal de 1988, partindo de uma visão geral para uma análise particular de cada meio onde ele é garantido, como a

Consolidação das Leis do Trabalho, as Normas Regulamentadoras, a Lei n. 6.938/81 e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho.

O artigo está disposto em capítulos, na onde o primeiro abordará o conceito e natura jurídica a respeito do meio ambiente do trabalho equilibrado, que é de forma concordante com a Constituição Federal. No segundo capítulo optamos por abordar sobre a sua origem histórica, que se deu na através da revolução industrial, foi o marco da transformação do meio ambiente do trabalho. No quarto capítulo aludimos sobre as legislações que dispõe sobre a proteção do meio ambiente do trabalho, a qual é bem ampla, tendo grande amparo jurídico. No capítulo quinto se refere a promoção do trabalho, que se da a partir da Agenda Nacional do Trabalho Decente, que possui metas e pontos a serem explorados nele.

A metodologia utilizada nesse artigo é de natureza exploratória, pois se baseou por meio de pesquisas em legislações brasileiras vigentes e doutrinas, partindo de uma visão geral para uma análise particular, explorei e expus os fatos acerca do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

2 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO

O art. 3, inciso I da Lei n. 6.938/81, traz uma definição para o que é meio ambiente. Conforme Melo (2008) nessa definição o legislador optou por trazer um conceito jurídico amplo, desse modo ficando harmônico com a Constituição Federal de 1988 que, no art. 225, buscou tutelar todos os aspectos do meio ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho), afirmando que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURIDICA

Em concordância com a Constituição Federal, o meio ambiente se divide em cultural, o qual é formado pelo o patrimônio histórico, arqueológico, artístico, o natural que é composto pelo o espaço urbano, o artificial que é constituído pela a água, solo, ar e a flora e do trabalho que contempla a proteção do homem em sua área de trabalho. O seu conceito fundamental sobre o meio ambiente do trabalho é retirado da Constituição Federal de 1988 que não definiu o que é meio ambiente, mas foi a primeira Constituição que logrou de um capítulo destinado de forma exclusiva ao meio ambiente, como é mostrado no Capítulo VI – Do Meio Ambiente, o sentido desse capítulo é bem amplo, já que o legislador preferiu um conceito jurídico aberto, ficando harmônico com a Constituição Federal, o art. 225.

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL. Constituição, 1988)

Esse conceito foi admitido no art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81, que define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

O conceito de meio ambiente de trabalho deve abranger o meio dentro e fora das edificações da empresa, pois este é o entendimento majoritário na doutrina nacional, segundo os dizeres de Júlio Cesar da Rocha:

É inviável definir o meio ambiente do trabalho como o ambiente o qual se discorrem as atividades laborativas, não se limita somente ao trabalhador que fornece sua mão de obra e também esse meio laborativo não se restringe somente a um espaço. (ROCHA,1997, p.30)

O meio ambiente do trabalho abrange atividades laborais que ocorrem dentro dos edifícios da empresa, mas ele não se limita somente a esse fator se estende a moradia e ao ambiente urbano, comportando essas atividades laborais tanto dentro ou fora do espaço da empresa. Consoante ao Sayão (2009) o grupo de condições,

ações e comunicação de ordem física, química e biológica que permite, rege e abriga a vida do operário em seu labor, em qualquer forma.

Tal definição de meio ambiente do trabalho não fica só limitado somente ao empregado que tem a carteira profissional do trabalho (CTPS) assinada e registrada, essa definição é ampla e sem restrições, pois envolve qualquer trabalhador que exerça atividades com ou sem remuneração, que são protegidos constitucionalmente para um trabalho adequado e seguro com dignidade.

No enquadramento doutrinário para Norberto Bobbio (1992) ele é considerado um direito fundamental de terceira geração, que são os direitos ligados a solidariedade e a fraternidade, como o desenvolvimento econômico, paz, preservação do meio ambiente, do patrimônio comum e da humanidade.

Explorando a natureza jurídica a doutrina é harmônica em considerar que a natureza jurídica do direito ao meio ambiente do trabalho saudável é de direito difuso, ou seja, comum a todos.

Pedro Paulo Teixeira Manus (1995) faz a definição legal, que o interesse ou direito difuso é aquele que transcende o direito individual, sendo indivisível e cujos titulares não podem ser individualizados.

No art. 81 inciso I do Código de Defesa do Consumidor determinado que direito difuso é o interesse transindividual de natureza indivisível, cujos titulares sejam pessoas indeterminadas, ligadas por circunstância de fato, já para Sandro Nahmias Melo, citando Rodolfo de Camargo Mancuso, é compreendido como;

Os interesses e direitos difusos vem do gênero de interesses meta ou transindividual, compreendendo aquele que transpõem a linha do individual para ser inserido no contexto global na ordem coletiva do *latu sensu*, sendo assim incluindo a virtude do meio ambiente equilibrado e também o do trabalho, onde surge conflitos sobre o direito de todos e os de ninguém, ou seja, difuso de titulares indetermináveis. (MELO, 2001, *op.cit.*, p. 32).

Já Julio Cesar de Sá (1997) define o meio ambiente equilibrado e a precisão da saúde do trabalhador constitui o direito essencialmente difuso, pois a tutela tem a finalidade de proteção a saúde e os direitos de todos e de toda a coletividade, sendo assim, caracterizando um direito com excelência meta individual.

3 ORIGEM HISTÓRICA

O marco da transformação do meio ambiente do trabalho se deu na através da revolução industrial, onde houve a materialização da figura dos proletariados. Durante esse período houve o crescimento desordenado da população e da atividade industrial, com isso ocorreu uma ocupação caótica dos espaços urbanos, onde se provocou uma desorganização nas construções de prédios, casas e galpões.

Com esse desenvolvimento alto da população, houve a necessidade de novas criações, como a produção e guarnecimento de água, alimentos, energia e transporte. Esse carecimento gerou um grave desequilíbrio ao meio ambiente, pois teve um grande uso dos recursos ecológicos. Tal cenário foi consequência da ideia do capitalismo-expansionista, que era totalmente desgovernado e pregava a evolução de qualquer maneira, com essa visão do expansionismo a consciência sobre a preservação ambiental foi esquecida pelos os empregados e também pela a classe trabalhadora.

A razão de tal esquecimento era porque a preocupação em receber um salário para o sustento próprio e da família, se submetendo a condições desumanas, se preocupando com os acidentes e lesões que poderia ocorrer no local de trabalho, já que a responsabilidade de tais o ocorrências ficava somente ao trabalhador e não ao empregador, isso cobria a aflição sobre o meio ambiente. Segundo Oliveira (1998) os acidentes, as lesões e as enfermidades eram subprodutos da atividade empresarial e a prevenção era incumbência do próprio trabalhador.

Com essas ideias o trabalhador hipossuficiente na relação empregatícia, se submetia a tais condições para preservar o emprego, pois a ideia era que o operário existia para a máquina e não o contrário, então não havia a preocupação com a saúde e o bem-estar do trabalhador, pois ele mesmo era o responsável pela a prevenção e precaução dos acidentes de trabalho.

Por conseguinte, a classe operária, os doentes, os mutilados, órfãos, viúvas e a miséria da população cresceram desordenadamente em causa de toda saúde ter sido consumido na atividade laboral.

Com o surgimento da nova classe dominante, a burguesia industrial a qual era possuidora do poder econômico e se preocupava somente com o lucro sem fim de seus investimentos e de maneira nenhuma com a saúde, família e a vida do operário.

Contando com a sorte ou com o instinto de sobrevivência, cabia ao próprio trabalhador zelar pela sua defesa diante do ambiente de trabalho agressivo e perigoso, porque as engrenagens aceleradas e expostas das engenhocas de então estavam acima da saúde ou da vida desprezível do operário. Segundo as concepções da época (o *laissez-faire*) os acidentes, as lesões e as enfermidades eram subprodutos da atividade empresarial e a prevenção era incumbência do próprio trabalhador. (OLIVEIRA, 1998, p.55)

As doenças ocupacionais, envenenamentos por produtos químicos, ambientes insalubres, acidentes ocorridos por falta de qualificação ou falta de proteção dos trabalhadores, era o custo que a sociedade pagava, pelo o desenvolvimento desenfreado. O entendimento na época era de que o desenvolvimento tecnológico e econômico seria a solução para acabar com a miséria da população e também se pensava que os recursos oferecidos pela natureza eram infinitos, posteriormente foi verificado que tais pensamentos estavam equivocados, já que a miséria e o desemprego cresceram e todos sofreram as consequências da degradação ambiental e diante do cenário de miséria, degradação e esgotamento dos recursos ambientais, começa a surgir uma nova mentalidade.

A Revolução Industrial, validado pelo avanço desenfreado do capitalismo e o desenvolvimento tecnológico significativo, o qual desencadeou o surgimento das cidades e incorporou a ciência e a tecnologia ao processo de trabalho, dessa forma adotando novas bases materiais para o meio de produção, bem como introduzindo um novo jeito de pensar a evolução e o trabalho. Somadas as realidades da degradação ambiental, a enfermidade dos trabalhadores, bem como todos os avanços tecnológicos alcançados durante essa época, os trabalhadores e empregadores viram a obrigação de pensar na questão social que envolve a relação trabalhista e a dignidade da pessoa humana.

Onde o cenário era de uma jornada de trabalho que ultrapassava os limites que o corpo humano poderia suportar, onde mulheres, crianças e homens trabalhavam em condições desumanas, sacrificando a sua saúde em troca de um salário que era abaixo do mínimo existencial, faltava a preocupação com o bem que de mais valia para o ordenamento jurídico, tanto nacional, quanto internacional, a vida.

No momento presente, ainda o que vivenciamos esteja inferior do adequado, passamos por um longo caminho, para o trabalhador ser reconhecido como a parte hipossuficiente na relação empregatícia e sendo assim merecedor da proteção jurídica, com a criação da Consolidação das Leis do Trabalho, foi possível alcançar tal anseio.

O Direito Ambiental se empenha em assegurar as condições onde serão desenvolvidas as atividades laborativas seja equilibrado, garantindo que o trabalhador atinja a qualidade de vida no local onde passa a maior parte do seu dia.

4 LEGISLAÇÃO

Com o decorrer do tempo a preocupação com a proteção do meio ambiente do trabalho se ampliou e com isso houve o surgimento de leis para amparar a questão geral ambiental e a qualidade de vida do proletariado que cada vez mais vem reivindicando melhores condições de trabalho.

Conforme Simão de Melo (2008) sobre a legislação ambiental, incluindo o meio ambiente do trabalho, o Brasil é um dos países mais avançados nesse requisito, já que a Constituição Federal de 1988 se modernizou bastante a respeito das Constituições Estaduais que percorreu a linha da Lei de Política do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) e da Consolidação das Leis do Trabalho, em específico V, que trata sobre a segurança, higiene e medicina

do trabalho, que foi alterado em 1977 sob a lei n. 6.514 da portaria n. 3.214/78, trazendo varias normas regulamentadores, sentenças normativas emitidas pela a Justiça do Trabalho nos dissídios coletivos de Trabalho e Convenções da OIT, convenções coletivas de trabalho e também completando o meio legal, o Código Penal e as leis esparsas cuidando da parte criminal e dos crimes ambientais.

Ao propor a proteção ao meio ambiente do trabalho buscando a qualidade do trabalhador tutelou-se também a vida e a dignidade da pessoa humana.

O meio ambiente do trabalho é amparado pela a Lei n. 7.347/85, que em seu 1º art, I, trás a determinação, estabelece a adequação da ação civil pública na proteção do meio ambiente, incluindo o inciso IV que trata dos danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, tornando evidente a existência da ação civil pública para resguardar os direitos dos trabalhadores de terem um ambiente de trabalho sadio e ecologicamente equilibrado e também tem outros parâmetros legais.

4.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Constituição Federal de 1988 ao promulgar a proteção ao meio ambiente adicionou a ele o meio ambiente de trabalho como forma de resguardar e impulsionar a saúde e segurança do trabalhador. Raimundo Simão de Melo (2008) diz que o direito do homem mais fundamental é consagrado em todas as declarações internacionais que é o seu direito a vida, o apoio para sua existência e o deleite dos demais direitos humanos, mas que esse direito segundo a Constituição Federal no art. 255 requer uma vida com qualidade e para o trabalhador ter essa condição é essencial que se assegurem em seus fundamentos; trabalho decente e condições seguras e salubres.

A proteção do meio ambiente como um dos princípios da ordem da econômica alegado no art.170 da Constituição Federal bem como a proteção a vida do art.5, inteira o art.255 da Carta Magna. A Carta Constitucional no seu art. 196 declara que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas, sendo assim, a saúde um direito de todos é também um direito do trabalhador.

Para Sandro Nahmias Melo (2000) a Constituição Federal de 1988 recebe uma tutela mediata no art.225, caput, que estabelece que o meio ambiente equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial para a qualidade de vida e outra imediata no tocante ao meio ambiente do trabalho prevista de forma expressa no inciso VIII do art.200, que tutela a saúde.

No ambiente de trabalho, como bem prescreve a Constituição Federal, no art.6 que a saúde e o trabalho são direitos sociais bem como elenca no art.7 XXII os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a redução dos riscos intrínsecos no trabalho, através de normas de saúde, higiene e segurança e isso englobam as instalações físicas do local, tais como a iluminação natural ou artificial ventilação, ruído, móveis, maquinários e tudo que deve oferecer um ambiente de trabalho saudável para a proteção do serviço e a bem como deve ser atrofiado o contato com os agentes químicos ou biológicos que traga riscos a saúde do trabalhador, e determinou que no sistema de saúde, o meio ambiente do trabalho deve ser protegido art. 200, VIII da mesma lei.

O meio ambiente de trabalho com qualidade proporciona a constância na saúde do trabalhador, mas um ambiente de trabalho insalubre ocasiona o aparecimento de doenças profissionais e como consequência a perda da capacidade laborativa do trabalhador.

A mão de obra do trabalhador foi digna de ter uma alta proteção pela a Constituição Federal de 1988, a qual priorizou o homem no meio de produção, colocando que o homem não foi feito para o trabalho, mas que a criação do labor foi feita para a satisfação humana. As circunstâncias do meio laborativo influenciam na qualidade de vida e essas condições também está relacionada à saúde, pois onde se passa a maior parte do tempo é no ambiente laboral e por causa disso houve a necessidade da criação de um sistema constitucional para garantir os direitos dos trabalhadores. O amparo jurídico aos direitos trabalhistas é amplo, como no art.7º, caput e os incisos XXII que fala sobre a redução de riscos no trabalho por meio de normas e o XXIII que prevê a remuneração adicional para atividades laborativas insalubres.

Nessa base Constitucional foi contemplada a possibilidade de comunicação entre o direito do trabalho e o ambiental, pois possuem características são próprias, segundo Norma Padilha (2011) o direito do trabalho como plurinormativismo se ajusta as características da multidisciplinariedade e as peculiaridades do direito ambiental. É

importante ressaltar que os bens jurídicos protegidos dessas duas áreas são diferentes, o direito do trabalho pretende proteger as relações jurídicas entre o empregado e o empregador, em contrapartida, o direito ambiental busca a proteção do ser humano ao desfavor aos meios de degradação e poluição do meio ambiente em que vive.

A proteção jurídica do meio ambiente é tratada de maneira esparsa em diversos dispositivos da Carta Magna. Conforme o art. 225 o meio ambiente é uma das formas infestáveis de defesa da vida humana e da sua qualidade. O prisma constitucional indica que para alcançar a saúde do trabalhador, a inserção do homem dignificado e jubiloso com o seu trabalho, que busca qualidade de vida, que possui disposição e ambição, deve ser elemento de proteção do Estado.

O propósito do legislador foi apresentar a convergência de um ponto comum entre os direitos do meio ambiente ecologicamente equilibrado e os trabalhistas, pois se entende que a mesma conduta lesiva do trabalhador, da mesma maneira, pode causar danos ambientais no ambiente de trabalho. A deterioração ambiental causa danos que atinge toda a comunidade, alcançando os seres humanos sem distinção e de maneira total, por isso é de suma importância e necessidade a intervenção do Poder Público, para a defesa e prevenção, conforme prevê o art.200, VIII, da Constituição Federal.

O compromisso de segurança e harmonização do meio ambiente do trabalho é um dos direitos fundamentais e importantes do trabalhador, sendo constituído como direito difuso fundamental e havendo o exercício dele de forma incorreta, produz maus efeitos para toda sociedade. Portanto os princípios e normas manifestados na Carta Magna verte a esfera de conjunto de regras organizativas e determina os valores de sua natureza, que possuem da mesma forma, força normativa.

4.2 CONSOLIDAÇÕES DAS LEIS DO TRABALHO.

A Consolidação das Leis do Trabalho tratou no art. 154 e seguintes a segurança e a saúde do trabalhador e também tem o Programa de Controle Médico e de Saúde Ocupacional e o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, além da obrigatoriedade das empresas terem que instituir as CIPAs Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, art. 163 da CLT, objetivando à preservação da qualidade ambiental do local do trabalho.

A Constituição consagrou a saúde e o trabalho como direitos sociais em seu art.6º e também foi aclamado em seu art.7º, XXII, o direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Seguindo esse caminho a CLT dispõe em seu capítulo referente à segurança e medicina trabalho (art.189 a 192), o conceito de atividades insalubres e perigosas, o pagamento de adicional e fornecimento de equipamentos de proteção individual.

A CLT no art. 155 diz que concerne ao órgão de âmbito nacional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho estabelecer nos limites de sua competência normas eficazes, que são as normas regulamentadoras estabelecidas pela portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e do Emprego. Sendo assim, cabe a Delegacia Regional do Trabalho promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho; adotando as medidas que se tornem exigíveis, determinando as obras e reparos que em qualquer local de trabalho se façam necessárias impondo as penalidades cabíveis por seu descumprimento art. 156 da CLT.

No que diz respeito ao art. 157 da CLT o empregador deve cumprir e fazer cumprir as normas de segurança do trabalho, instruir aos seus empregados, por meio de ordens de serviço, no que se refere às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho e doenças ocupacionais; adotar medidas que lhe sejam determinadas pelo órgão competente e facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente e os empregados deverão observar as normas de segurança e medicina do trabalho e colaborar com a empresa quanto à aplicação de tais normas, até porque, conforme o parágrafo único do art. 158 da CLT, constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada à observância das instruções expedidas pelo empregador e ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa e o art. 159 diz que mediante o convenio autorizado pelo Ministério do Trabalho, poderá ser delegadas aos outros órgãos federais, estaduais ou municipais a atribuição de fiscalização ou orientação, para as empresas na questão de cumprimento das normas estabelecidas nas disposições gerais da CLT.

É importante ressaltar o artigo 160 da CLT que trata sobre a exigência Inspeção Prévia, que nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção ou aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho, bem como nova inspeção deverá ser feita quando ocorrer uma substancial modificação nas instalações, inclusive de equipamentos, ficando a empresa obrigada a comunicar prontamente à Delegacia Regional do Trabalho.

O art. 161 determina ao Delegado Regional do Trabalho, que caso exista algum risco grave e iminente para o trabalhador, a competência de fazer o interdito do estabelecimento, área de serviço, máquinas e equipamentos ou conter obras, apontando com brevidade a decisão tomada e quais medidas deverão ser dotadas para o resguardo de fatalidades no trabalho. Raimundo Simão de Melo fala que essa norma constitui um dos mais potentes instrumentos de proteção ao meio ambiente laboral e de eliminação de risco de vida para os trabalhadores ele estabelece que esse dispositivo legal, que antes teve pouquíssima aplicação, vem sendo usado com frequência pelos os órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego como forma de preservação da saúde do trabalhador. (MELO, 2008).

Todas as empresas, segundo o art. 162, de acordo com as normas a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho estarão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho. Como apontado anteriormente o art.163 trata sobre a obrigatoriedade da constituição da Comissão Interna de Proteção e Acidentes, de conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Nos seguintes art. 164 e 165, trata sobre a composição da CIPA, determinado que devesse ser composta de representantes da empresa, que serão designados por eles, os titulares e suplentes, não há eleição. Também devesse ter representantes dos empregados, que serão eleitos por meio de processo eleitoral secreto, ao qual todos eles participam independente da filiação sindical art.8, V da Constituição Federal de 1988, ou seja, a composição da CIPA é mista pois tem representantes dos dois lados, o mandato desses membros terá somente a duração de um ano, com a permissão de reeleição, porém isso não é permitido aos membros suplentes, que não tenha participado de menos da metade do número total de reuniões.

Conforme o art. 165 da CLT, os membros da representação dos empregados não poderá ter despedida arbitrária, isso se trata de uma garantia provisória, para proporcionar ao membro autonomia para o exercício de sua função, a despedida arbitrária é aquela que não se fundamenta em motivos disciplinar, como a violação das ordens do empregador, técnico, financeiro ou econômico.

Além disso, o art. 10, II, a, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, proíbe a dispensa arbitrária do empregado eleito para o cargo de direção da CIPA, desde o registro dessa candidatura até um ano após o término do mandato, juntamente com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, súmula n. 339 e o Supremo Tribunal Federal, súmula n.676, que diz que o empregado desfruta de uma garantia provisória de emprego, mas essa deixa de existir com a transmissão da demissão do trabalhador, aplicando a analogia do art.500 da CLT e também por causa da extinção do estabelecimento, súmula n. 339, II, do TST, ocorrendo essa demissão, o onus probandi pertence ao empregador.

No que diz respeito à proteção do meio ambiente de trabalho, ainda podemos citar as outras medidas descritas na CLT, do art. 166 ao 199 da legislação, tal como a obrigatoriedade da empresa fornecer aos empregados equipamentos de proteção individual de forma gratuita e adequada em estado de conservação perfeito e proporcionar treinamento aos trabalhadores, para ocorrer a proteção correta aos agentes nocivos à saúde; obrigatoriedade de exame médico, na admissão que tem o objetivo de verificar a condição física e mental para o exercício das atividades laborais, na demissão que é obrigatório a realização e deve ser considerado o grau de risco da atividade que foi exercida e periodicamente que deve ser realizados a cada dois anos, para os empregados que não exerçam atividades expostas a riscos, esses exames devem ocorrer por conta do empregador e a manter o material necessário para a prestação de primeiros socorros médicos, no edifício, de acordo com o risco de atividade, é obrigatório a notificação de doenças profissionais e das produzidas nas condições especiais de trabalho ou suspeita.

Sobre as edificações elas deverão obedecer aos requisitos técnicos que garantam perfeita segurança aos que nelas trabalhem, lembrando que em caso de obra nova ou modificação substancial no local, será necessária a

inspeção previa conforme o art. 160 da CLT; os pisos dos locais de trabalho não deverão apresentar saliências ou depressões que prejudiquem a circulação de pessoas ou movimentação de materiais, com o objetivo de prevenir acidentes laborais; proteção das aberturas nos pisos e paredes de forma que impeçam a queda de pessoas e de objetos; as paredes escadas, rampas de acesso, passarela, pisos, corredores, coberturas ou passagens dos locais de trabalho deverão obedecer às condições de segurança e higiene do trabalho, estabelecidas pelo Ministério do trabalho e manter-se em perfeito estado de conservação e limpeza; iluminação adequada, natural ou artificial apropriada à natureza da atividade, uniformemente distribuída geral e difusa, a fim de evitar ofuscamento, reflexos incômodos, sombras e contrastes excessivos, a iluminação adequada é fundamental para que ocorra as atividades de maneira apropriada;

O conforto térmico é bem importante na qualidade laborativa, os locais de trabalho deverão ter ventilação natural, compatível com o serviço realizado, a CF/88 dispõe nos arts. 6º e 7º, XXII, XXIII, XXVIII e XXXIII, sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e a CLT dedica um capítulo a segurança e medicina do trabalho, essas normas tem como objetivo reduzir o custo social com os acidentes de trabalho e valorizar a qualidade de vida dos trabalhadores; a ventilação artificial é obrigatória caso não preencha as condições de conforto térmico, a ventilação é essencial, natural ou artificial, trabalhos realizados com sobrecarga térmica pode gerar efeitos nocivos ao trabalhador; se as condições de ambientes se tornarem desconfortáveis, em virtude de instalações geradoras de frio ou de calor, será obrigatório o uso de vestimenta adequada para o trabalho em tais condições, de forma que os empregados fiquem protegidos contra as radiações térmicas, há a necessidade de diminuir e proteger o empregado do desconforto térmico, usando equipamentos de proteção, observando os critérios.

O art. 179, 180 e 181 traz a proteção sobre o modo das instalações elétricas, já que a eletricidade é um fator de alto de risco, que pode gerar acidentes aos usuários que operam o sistema e como esse ambiente com instalações elétricas apresenta risco de incêndio, deve conter também proteção contra o fogo. As manutenções e reparos sobtensão devem ser feitas somente por profissionais qualificados e treinados, pois a corrente elétrica pode causar queimaduras e até mesmo levar ao óbito.

O Ministério do Trabalho dispõe normas no arts. 182 e 183 sobre a manutenção, armazenagem e manuseio de matérias, que deve ser observados os requisitos de segurança para o transporte e manuseios de matérias, seja na forma manual ou mecânica, os operadores desses equipamentos devem ser treinados para exercer essa função e não se deve operar com o equipamento sobrecarregado.

É disposta no art. 200, que é de competência do Ministério do Trabalho a elaboração de normas específicas sobre segurança, medicina e higiene no trabalho, cujo resultado é a portaria n. 3.214/77 com várias NRs (Normas Regulamentadoras) de uso cotidiano nos ambientes laborais.

4.3 NORMAS REGULAMENTADORAS

O Ministério do Trabalho e Emprego estabeleceu um conjunto de Normas técnicas complementares, denominadas normas regulamentadoras (NR's), seguindo a norma do art. 200 da CLT, que estabeleceu que é de competência desses órgãos a elaboração de normas específicas sobre a segurança, medicina e higiene no trabalho expedindo então as Portarias n. 3.214/77 e n. 3.067/88, onde estão incluídas as Normas Regulamentadoras.

Nos incisos do art. 200 é citado sobre quais temas eles devem criar essas normas especiais, no inciso I é sobre as medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual em obras de construção, demolição ou reparos, que corresponde a NR-5 e NR-6, no inciso II é comentado sobre o depósito, armazenamento ou manuseio de combustíveis ou inflamáveis e a NR-20 traz as orientações para garantir a segurança sobre esses inflamáveis, o inciso III se refere aos trabalhos subterrâneos, como escavações, túneis, galerias ou minas.

A NR-22 fala sobre a segurança e saúde ocupacional na mineração, onde ressalta o processo de planejamento e organização para o desenvolvimento de uma atividade mineira segura e com foco na saúde do trabalhador, nos incisos IV e V é sobre a proteção contra incêndios em geral e suas medidas preventivas, com as exigências especiais na construção e a proteção contra a insolação, calor ou frio, a NR-21 cuida desse trabalho ao céu aberto, onde é obrigatória a existência de mesmo que rústicos com o objetivo de fazer a proteção do trabalhador

das intempéries e a NR-23 que trata a proteção contra incêndios com especificações sobre os equipamentos de combate a incêndio e ressalta os procedimentos adequados para garantir a integridade física dos trabalhadores e do patrimônio da empresa.

Também é comentado sobre a criação de normas especiais sobre a proteção do trabalhador que é exposto a substâncias químicas, radiações ionizantes ou não, ruídos ou vibrações, seguindo de normas para a higiene nos locais de trabalho e o emprego das cores. Onde as NR-24 trata sobre proporcionar condições de higiene e conforto nos locais de trabalho disponibilizando banheiros, vestiários, cozinha, alojamento e água potável para seus funcionários e a NR-26 que é sobre utilizar as cores como forma de comunicar e prevenir possíveis acidentes, identificando os equipamentos de segurança, limita áreas e alertar sobre os líquidos e gases inflamáveis ou tóxicos que possam ser utilizados nas indústrias.

Para Raimundo Simão de Melo (2008), essas normas passaram a ser elaboradas e revisadas de forma tripartite, com a participação do governo, dos trabalhadores e dos empregadores, apresentando assim avanço na busca da melhoria das condições laborais.

O cumprimento dessas normas de segurança e medicina do trabalho é fundamental para proporcionar um ambiente de trabalho equilibrado e preservar saúde do trabalhador, é importante também para as empresas, pois gera uma boa imagem, para aquelas que se preocupam em concorrer no mercado global que é muito exigente.

O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) divulgou no ano de 2000, números são alarmantes de acidentes de trabalho, com o total de 358.124 acidentes, foram registrados 292.793 acidentes que produziram incapacidade temporária, 11.746 acidentes que incapacitaram permanentemente o trabalhador, 51.028 onde a simples assistência médica resolveu o problema e, em virtude de um acidente de trabalho, 2.557 trabalhadores vieram a óbito.

Com os índices altos de acidentes gerados no campo das atividades laborativas a consequência é a caída drástica da produtividade, ou seja, quanto mais às empresas se conscientizar sobre a importância do cumprimento dessas normas, para gerar um ambiente equilibrado para o trabalhador, a produtividade será constante e tornando a empresa lucrativa.

4.4 LEI DE POLÍTICA DO MEIO AMBIENTE

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, criada para a proteção do meio ambiente do Brasil é uma legislação anterior a Constituição Federal de 1988, mas obteve previsão jurídica constitucional nos incisos VI e VII do artigo 23 e no artigo 225 que dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A Política Nacional do Meio Ambiente com os seus mecanismos e instrumentos tem a finalidade de preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, dessa forma a lei considera o meio ambiente como um patrimônio público a ser assegurado e protegido para o uso coletivo.

No art. 3º dessa lei a definição do conceito do meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Para Padilha (1997) as normas infraconstitucionais anteriores a CF/88 não mencionavam de forma expressa o meio ambiente de trabalho como pertencente ao sistema do Direito Ambiental. Diante disso fica pressuposto que a definição legal do meio ambiente do trabalho é compreendida no conceito de meio ambiente, nesse artigo 3º.

No art.3º em seu inciso III é disposto que a poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que de forma direta ou indiretamente, prejudica a saúde, a segurança e o bem estar da população.

Dessa forma, Júlio de Sá da Rocha assegura que a poluição do meio ambiente do trabalho deve ser entendida como:

A degradação da salubridade do ambiente que afeta diretamente a saúde dos próprios trabalhadores. Inúmeras situações alteram o estado equilíbrio do ambiente: os gases, as poeiras, as altas temperaturas, os produtos tóxicos, as irradiações, os ruídos, a própria organização do

trabalho, assim como o tipo de regime de trabalho e as condições em que ele é desempenhado, enfim, tudo aquilo que prejudica a saúde, o bem estar e a segurança do trabalhador. (ROCHA, 1997, p.47).

A doutrina é comungante ao defender que a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente abrange o meio ambiente de trabalho em sua definição, dessa maneira constituindo um instrumento legal a mais na busca do cumprimento do direito fundamental a um meio ambiente laboral saudável.

4.5 CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é o maior centro mundial de posses de informação, análise e diretrizes para o mundo do trabalho, as práticas da Organização são consideradas universalmente como uma fonte autorizada de informação e é uma instituição mundial que, segundo Matias (2018) ela constitui e estabelece legislações sobre os assuntos trabalhistas que possam contribuir para todos os países-membros dessa organização, sendo um órgão fundamental para o respeito ao trabalho e dignidade de cada ser humano, buscando a diminuição e erradicação de qualquer tipo de exploração no mercado de trabalho.

A OIT foi instituída logo após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, qual foi responsável pelo término oficial da guerra, conforme Kalil (2020) o seu propósito era de amenizar as injustiças sociais e promover maior equidade entre as nações, essa Organização surgiu logo após um evento catastrófico mundial, a onde milhões de vidas foram perdidas, o intuito da Organização de forma inicial era legislar sobre o trabalho e os demais assuntos relacionados a ele, como o tempo da jornada de trabalho, emprego e renda, proteção social, saúde e segurança no trabalho, entre outros temas trabalhistas.

Em 1945 ocorreu a fundação das Organizações das Nações Unidas (ONU) e no ano seguinte a OIT se tornou a primeira agência da ONU a ser especializada no assunto, passando a complementar, oficialmente, a sua organização.

A sua organização é Tripartida, no qual ocorre a participação de representantes de governos, empregadores e trabalhadores, essas três classes atuam de forma igualitária dentro da organização, estão presentes nas tomadas de decisões da organização participando das Convenções Internacionais de Trabalho e elaborando as Recomendações, esse tripartismo está presente a todos os níveis da vida da Organização, desde a Conferência anual ao Conselho de Administração, passando pelo sistema de seguimento de aplicação das normas da OIT.

Em razão de sua formação, os Estados que são membros pertencentes da OIT são representados da seguinte maneira na Conferência Internacional do Trabalho, que é realizada de forma anual em Genebra, na Suíça, a composição da delegação é feita por dois delegados governamentais, um delegado empregador e um delegado trabalhador, sendo autorizado o acompanhamento pelos seus assessores técnicos.

Essas delegações, seguindo as regras da OIT, são selecionadas de acordo com as instituições nacionais mais representativas de empregadores e trabalhadores de cada Estado membro, como sindicatos e associações, já os delegados governamentais, são comumente os ministros, chefes de estado ou de governo. Todos eles gozam dos mesmos direitos, se expressam de forma livre e votam como quiserem, os temas são diversos que é abordado nas convenções, dentre eles: emprego, proteção social, recursos humanos, saúde e segurança no trabalho, trabalho marítimo, entre outros.

O Brasil é membro pioneiro da OIT, pois atua desde sua criação, pois nosso país é um dos seus membros fundadores, participando de maneira ativa das conferências anuais desde 1919, abriu o primeiro escritório dessa organização em 1950 e atualmente, a sede brasileira está localizada em Brasília, no Distrito Federal. No Brasil há 82 Convenções ratificadas em vigor, dessas Convenções fundamentais, o Brasil ratificou todas, exceto a Convenção 87 sobre liberdade sindical, isso quer dizer que as regras previstas nas convenções ou protocolos que foram ratificados pelo Brasil são implementadas no nosso sistema jurídico, legislativo e executivo, sendo dessa forma a legislação trabalhista brasileira quanto as políticas públicas existentes no setor devem estar de acordo com as regras internacionais acatadas.

A partir de 1930 que aconteceram muitas mudanças trabalhistas importantes no Brasil, na época do governo de Getúlio Vargas, com as participações das conferências da OIT, onde houve vastos avanços para os trabalhadores. Em 2006, no governo de Luís Inácio Lula da Silva, foi lançado a Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD), que trabalha com diretrizes para melhorar a promoção de empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento; a erradicação do trabalho escravo e infantil foi elaborada em consulta com organizações de empregadores e de trabalhadores.

Em 2010, ocorreu a criação do Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente, como instrumento da ANTD, contribuindo para o seu progresso de delimitar indicadores das políticas públicas na geração de emprego. A OIT em 2017 com a parceria do Ministério do Trabalho criaram o Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil e o Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho.

Na área internacional a proteção e saúde do trabalhador formam preocupação constante. Desse modo a OIT traz as suas convenções, que é de suma importância para o Estado, sobre a proteção do meio ambiente de trabalho, que observam as normas internacionais de proteção ao trabalhador, com o fim de garantir a saúde e segurança dos trabalhadores acarreta na adoção, por parte dos países que a integram, de medidas administrativas e legislativas que concernem no aperfeiçoamento das condições do meio laboral.

Nas diversas convenções da OIT que tratam sobre a proteção à saúde do trabalhador e do meio ambiente laboral, salientam-se, no Brasil, as seguintes, convenção n. 148 que trata da proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devido à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho, a convenção nº 155 ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto n. 1.254, de setembro de 1994, que todo país que ratificar deverá formular e pôr em prática uma política nacional em matéria de saúde e segurança do trabalho, a de n. 119, ratificada pelo Brasil e promulgada através do decreto n. 1.255, de setembro de 1994, onde esse instrumento internacional estipula que a venda e a locação de máquinas, cujos elementos perigosos estiverem desprovidos de dispositivos de proteção apropriados e também n. 161 que trata das diretrizes relacionadas aos serviços de saúde e segurança no trabalho.

5 A PROMOÇÃO DO TRABALHO DECENTE

Com as convenções da OIT o trabalho decente obteve uma forma mais essencial sobre o que é e como será a sua observação nos países membros da OIT.

O trabalho decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos Estratégicos da OIT: 1. o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil); 2. a promoção do emprego produtivo e de qualidade; 3. a ampliação da proteção social; 4 e o fortalecimento do diálogo social (OIT, 2021b).

O trabalho decente é um meio de atuação da OIT que direciona os seus empreendimentos em pontos estratégicos para impugnar os mais deferentes tipos de trabalhos degradantes e promover o trabalho decente de forma consoante com a verificação desses critérios objetivos elencados no trabalho decente, ou seja, o trabalho decente tem uma finalidade mais extensa do que o trabalho digno.

O direito ao trabalho também engloba a noção, divulgada pela OIT, de trabalho decente, porquanto aquele pressupõe a observância dos direitos trabalhistas, a promoção do emprego, a extensão da proteção social, tanto aos desempregos e sem trabalho quanto aqueles empregados e que trabalhem. Outra vantagem da utilização dessa categoria (trabalho decente) é sua densidade normativa (na perspectiva principiológica da OIT), porém, seu manejo, como alertado, abstém-se de inibir a utilização do princípio da dignidade humana e das categorias constitucional e/ou legal e condição degradante. É apenas mais uma maneira estratégica de tentar concretizar sentidos ao direito humano e fundamental ao trabalho (FONSECA, 2017, p.518).

É possível perceber o trabalho decente se trata de um meio de otimizar as relações trabalhistas, com a sua aplicabilidade pode ser um meio estratégico de ampliar a proteção do trabalhador em suas atividades, na manutenção do emprego e o seu desempenho na sociedade.

O trabalho decente é diretamente ligado a dignidade da pessoa humana, a qual é o pilar atuação do Estado quanto ao ser humano, nessa forma Alvarenga (2020) diz que, a dignidade da pessoa humana consiste no ponto nuclear a partir do qual se desdobram todos os direitos fundamentais do ser humano.

Trabalho decente e trabalho digno inserem-se na interdependência inerente ao conjunto de direitos humanos. Ambos se enquadram em um modelo integral de justiça social, sendo que o primeiro remete à operacionalidade dos direitos e o segundo, à comunidade de valores morais (ROSENFELD; PAULI, 2012, p.327).

Portanto a dignidade humana é um ponto crucial que possui uma raiz que abrange todo o ordenamento jurídico.

O conceito de trabalho decente remete à noção de cidadania e direitos sociais. Possui indicadores objetivos e quantificáveis. Já o trabalho digno remeteria à noção de direitos humanos universais, à dimensão moral (avaliação do que é bom e do que é mau). O trabalho digno necessita do reconhecimento da contribuição e da utilidade do trabalho. É um trabalho que supõe autonomia. O trabalho digno se traduz em uma contribuição ao todo, é dotado de reconhecimento social e vem associado ao par contribuição e retribuição (ROSENFELD; PAULI, 2012, p. 329).

O trabalho decente possui um espectro amplo, mesmo que sua base seja o trabalho digno, que possui a característica de perspectiva econômica, jurídica e social, abrangendo também as seguintes garantias:

Oportunidade de trabalho produtivo, com uma remuneração justa, segurança no local de trabalho e proteção social para familiares, melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social, liberdade para que as pessoas expressem suas preocupações, organizem e participem das decisões que afetem suas vidas e igualdade de oportunidades e de tratamentos para todas as mulheres e homens (THOME, 2014, p.61)

A Agenda Nacional do Trabalho Decente busca a promoção de condições de trabalho diversas, com o objetivo de trazer ao trabalhador uma perspectiva mais admirável para o futuro, de demonstrar para sociedade que as pessoas possuem um valor que se ampara não apenas na sua mão de obra, mas também na sua cidadania, na justiça social e na dignidade, dessa maneira, o trabalho digno é aquele vai assegurar ao indivíduo o que é necessário para respeitar o seu valor, a sua dignidade, ao resguardar o ser humano daquilo que o viole como, remuneração pelo trabalho prestado, normas de proteção e segurança.

A dignidade é à base da ordem jurídica brasileira, o condutor que justifica a ordem jurídica e dessa maneira o trabalho decente é mais amplo, pois, visa uma relação do trabalhador com a sociedade, para exercer sua cidadania, sua segurança e sua família, para promover a justiça social e a promoção do bem estar coletivo.

Por meio do Memorando de Entendimento cujo texto previu estabelecimento de um Programa Especial de Cooperação Técnica para a Promoção de uma Agenda Nacional de Trabalho Decente (BRASIL, 2021b), a Agenda Nacional do Trabalho Decente trouxe consigo metas e pontos a serem explorados com quatro pilares para tornar a sua atuação mais efetiva; o respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho; promoção do emprego de qualidade; extensão da proteção social e o diálogo social.

As prioridades da agenda nacional são: a geração de emprego, microfinanças e capacitação de recursos humanos, com ênfase na empregabilidade dos jovens; a viabilização e ampliação do sistema de seguridade social; o fortalecimento do tripartismo e do diálogo social; o combate ao trabalho infantil e à exploração sexual de crianças e adolescentes, ao trabalho forçado e à discriminação no emprego e na ocupação (BRASIL, 2021b).

Segundo a Agenda os pilares são a sustentação do trabalho decente para a ação do Estado que se impõe para garantir esse fim a que se propôs, essa organização demonstra uma preocupação clara com a promoção do emprego, modalidade do trabalho regulamentado, em que o indivíduo tem uma proteção mais delineada pelas normas jurídicas.

O primeiro pilar do trabalho decente é a promoção do emprego de qualidade isto é o ponto chave do combate ao desemprego, porém não é a promoção de qualquer emprego, mas sim de emprego livremente escolhido e produtivo e que garante os direitos fundamentais, para permitir as realizações pessoal e social.

O segundo pilar é a proteção social, ela compõe a base do trabalho decente leva em consideração a possibilidade do desemprego involuntário, do acidente de trabalho, do adoecimento do trabalhador e da relação de

dependência dos familiares que necessitam daquela renda. Por isso é necessária a proteção social, que é essencial quando o empregado estiver em situação não esperada ou desejada.

O terceiro pilar é o diálogo social, pois a sociedade é direta ou indiretamente afetada e reconhece a importância de pensar a situação empregatícia, tem o sentido de promover o emprego, como uma questão de pensar na sociedade, ocorre o diálogo entre a classe trabalhadora, empregadores e o Estado, o sindicato cumpre um grande papel, tanto em questões administrativas ou judiciais, individuais ou coletivas, atua na defesa dos direitos dos trabalhadores, conforme art. 8º, III, CF/88.

O quarto e último pilar é o respeito das normas internacionais do trabalho, os princípios e direitos fundamentais do trabalho, esse ponto é de suma importância, por demonstrar que o trabalho decente não é um direito fundamental nem um princípio, mas um meio técnico de sua promoção.

6 DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR

O direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado é relacionado inevitavelmente ao direito à vida, é abrangido como direito fundamental, pois, pela sua definição é aqueles que sem os quais seria impossível a efetivação do direito à vida.

Para José Afonso da Silva o conceito de direitos “fundamentais” trata-se de:

Situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convivem e, às vezes, nem mesmo sobrevive; são direitos fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA,1997, p.176).

Os direitos fundamentais são divididos em 1, 2 e 3 gerações. Para Cunha Júnior (2012) os direitos de primeira geração são aqueles associados às liberdades públicas, são os direitos civis e políticos, onde é definida a conduta do Estado a fim de preservar os direitos individuais fundamentais dos indivíduos. Já os direitos de segunda geração, conforme Bobbio (2004), são ligados aos direitos políticos e o valor da igualdade, são os direitos sociais, econômicos e culturais, onde é exigido condutas positivas do Estado que deve promover ações aos indivíduos inseridos num grupo social a fim de igualar os mesmos, ainda que pertencentes a setores econômicos diferentes, dentro dos direitos sociais se encontra o direito ao trabalho. Enfim de acordo com Novelino (2009) o de terceira geração de direitos que se refere a solidariedade ou fraternidade, ligados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação, são aqueles que ultrapassam a esfera individual e interessam à coletividade.

Por tanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de terceira geração, sendo diretamente vinculado ao direito à vida, pois a sua efetividade garante a qualidade de vida sadia do ser humano no ambiente de trabalho.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso;

O conceito de meio ambiente se expandiu para além do mundo da natureza, para alcançar outras dimensões onde o homem vive, se relaciona e desenvolve suas potencialidades. Quer dizer, o homem, enquanto ‘ser vivente’, integra, como tal o ‘mundo da natureza’, e, nesse prisma, tem tanto direito à vida quanto tudo o mais que compõe os reinos animal e vegetal. Todavia, é inegável que os horizontes do homem vão muito além do mero instinto de sobrevivência, dado que sua alma revela uma natural tendência ao progresso e ao desenvolvimento (MANCUSO,2002, p. 57).

O meio ambiente do trabalho deve ser equilibrado, já que a Constituição Federal ao assegurar no seu artigo 225, caput, o meio ambiente ecologicamente equilibrado empenhou que garantia se estendesse a todos os meios,

pois, é certo que o homem passa a maior parte do dia no ambiente laboral e somente alcançará a qualidade de vida, que é outro direito fundamental, quando encontrar equilíbrio tanto no meio laboral, quanto fora desse meio.

Seguindo o entendimento de Fiorillo e Rodrigues:

O direito ao meio ambiente é pressuposto de exercício lógico dos demais direitos fundamentais do homem, vez que, em sendo o direito à vida o objeto do direito ambiental, somente aqueles que possuem vida e, mais ainda, vida com qualidade e saúde, terão condições de exercitarem os demais direitos humanos, nestes compreendidos os direitos sociais, da personalidade e políticos do ser humano. (FIORILLO; RODRIGUES, 1997, p. 32).

Já que o trabalhador passa a maior parte de sua vida no trabalho, o ambiente laboral e tudo o que ele envolve influenciam de forma direta no estilo de vida, na relação com a familiar, na índole e principalmente na saúde física, mental e social no trabalho, dessa forma o trabalhador tem o direito de proteção para proporcionar um ambiente de trabalho saudável e equilibrado, então a Constituição Federal de 1988 elevou esse direito como fundamental, pretendendo garantir ao trabalhador saúde e integridade física e honrar a sua dignidade humana.

7 CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados podemos concluir que a preocupação com o meio ambiente de trabalho surgiu com o marco da Revolução Industrial, período em que os operários eram submetidos a condições desumanas de trabalho. Ocorrendo a degradação do meio ambiente por causa do uso desenfreado dele, bem como também ocorreu o abuso das condições ambientais de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar da proteção ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental, a Constituição garantiu a todos um ambiente ecologicamente equilibrado, fez com a finalidade de preservar a vida com dignidade. Os ambientes ecologicamente equilibrados devem compreender condições decentes de trabalho, moradia, educação, saúde, ou seja, prioridade de resguardar um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social.

É fácil a percepção que o meio ambiente equilibrado alcance outro direito fundamental, como a dignidade da pessoa humana, esse direito é um dos fundamentos da República, o qual é aplicado ao meio ambiente de trabalho e assegura a valoração do trabalho humano, garantindo um mínimo de proteção de direitos àquele que labora, possibilitando uma vida digna.

Dada à importância de se proteger o trabalhador para ele ter uma vida com dignidade, além da Constituição também há o amparo jurídico em legislações infraconstitucionais e convenções internacionais ratificadas no Brasil.

Ter uma vida com qualidade quer dizer que as esferas subjetivas e objetivas do trabalhador estão em equilíbrio, uma vez que uma esfera reflete de forma involuntária na outra. Desse modo, a qualidade de vida do trabalhador está vinculada ao ambiente que o cerca, o qual tem que ser um local de labor sadio e equilibrado.

Diante disso para promover a uma vida com qualidade com o direito ao trabalho decente e um meio ambiente de trabalho equilibrado é necessário a análise de todas as normas jurídicas estabelecidas e o cumprimento de tais, pois essas se mostram importantes instrumentos de proteção da saúde do trabalhador e de toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/07/2022.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15/07/2022.

BELFORT, Fernando Cunha. Meio ambiente do trabalho – Competência Justiça do Trabalho. 1ª ed. SP: LTR, 2005.

CONTE, Antonio Lázaro. Qualidade de vida no trabalho: funcionários com qualidade de vida no trabalho são mais felizes e produzem mais. Revista FAE BUSINESS, n.7, nov. 2003.

Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/o0mq6vwubeKFMLa_2015-3-3-14-11-47.pdf. Acesso em: 25/07/2022.

Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/>. Acesso em: 16/08/2022.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª edição, São Paulo: LTR, 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores. 2.ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Direito humano e fundamental ao trabalho na perspectiva marxiana. 2017.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Direito fundamental ao ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos (consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor). 2ª edição revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente do patrimônio cultural e dos consumidores – 10ª Ed. Ver. Atual. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral e dano estético. 5ª Edição. São Paulo. LTr, 2008.

MELO, Sandro Nahmias. Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental. São Paulo: LTr, 2001.

MORAES, Mônica Maria Lauzid de. O direito à saúde e segurança no meio ambiente do trabalho. 1ª ed. SP: LTR, 2002.

MOURA, Roldão Alves de. Ética no meio ambiente do trabalho. 1ª ed. SP: Juarez de Oliveira, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 22ª ed. SP: Saraiva, 2007.

NETO, José dos Passos Martins. Direitos Fundamentais, Conceito, Funções e Tipos. 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROSSIT, Liliana Allodi. O meio ambiente do trabalho no direito ambiental brasileiro. 1ª ed. SP: LTR, 2001.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho – 2ª ed. revista e aumentada. São Paulo: LTR, 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. 4 Edição. São Paulo: LTr, 2002.

PADILHA, Norma Sueli. Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 2002.

Promoção do Trabalho Decente no Brasil. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/WCMS_302660/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 set. 2022.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; TONASSI, Rafael. Consolidação das Leis do Trabalho. 17ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2016.

SILVA, Marco Aurélio Dias; DE MARCHI Ricardo. Saúde e Qualidade de Vida no Trabalho. São Paulo: Best Seller, 1997.

SUSSEKIND, Arnaldo. O Brasil e a Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/btistream/handle/20.500.12178/93665/009_sussekind.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 jul. 2022.

TIMBÓ Maria Santa Martins; EUFRÁSIO, Carlos Augusto Fernandes. O Meio Ambiente do Trabalho Saudável e suas Repercussões no Brasil e no Mundo, a partir de sua Evolução Histórica. Pensar, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 344-366, jul./dez. 2009.

Trabalho Decente. Disponível em: <<https://inpacto.org.br/trabalho-decente/>>. Acesso em: 5 set. 2022.

44 DIREITO AO NOME DO NATIMORTO

TATIANA MANNA BELASSALMA SILVA
MARIZA DA SILVA DE SOUZA

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo comprovar o direito ao nome do natimorto em registro civil, através de análise doutrinária e legislação, que apesar de ser um tema de grande repercussão atualmente, ainda não possui uma Lei Federal dando amparo para os milhares de famílias que perdem seus filhos diariamente e mesmo assim não tem o direito de registrá-los, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. A pesquisa também atribui bastante ênfase aos direitos da personalidade, indicando por meio dos doutrinadores sua definição sobre a mesma por meio de jurisprudências, ressaltando que a personalidade é um direito inato de cada um que já é adquirido desde a concepção. Além disso, alega que o nome é um meio de identificação do ser humano, tornando-o indispensável e intransmissível dentre outras características extremamente relevantes para o meio social e por traz algumas legislações dando amparo ao registro do natimorto. A metodologia a ser utilizada será o método dedutivo com pesquisa em doutrinas, legislação e em trabalhos acadêmicos já conclusos.

PALAVRAS-CHAVE: Nome. Natimorto. Direito da personalidade. Registro. Identificação.

ABSTRACT OU RESUMEN: This article aims to prove the right to the name of the stillborn in civil registration, through doctrinal analysis and legislation, which despite being a topic of great repercussion today, still does not have a Federal Law giving support to the thousands of families Who lose their children on a daily basis and even so they do not have the right to register them, violating the principle of human dignity. The research also places a lot of emphasis on personality rights, indicating through the indoctrinators their definition of it through jurisprudence, emphasizing that personality is an innate right of each one that is already acquired from conception. In addition, it claims that the name is a means of identification of the human being, making it indispensable and non-transferable among other extremely relevant characteristics for the social environment and for bringing some legislation supporting the registration of stillbirth. The methodology to be used will be the deductive method with research on doctrines, legislation and academic works already concluded.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Name. Stillborn. Personality right. Record. Identification.

INTRODUÇÃO

O direito ao nome é um dos mais importantes, pois ele individualiza e identifica o ser humano, e principalmente ele é um direito da personalidade. O presente trabalho irá abordar essas questões com a previsão no direito brasileiro, em obras de doutrinadores como Carlos E. Elias de Oliveira e João Costa Neto, Maria Helena Diniz e Flávio Tartuce, e as posições tomadas diante das jurisprudências a respeito do nome e principalmente irá utilizar as legislações atuais para argumentar que o nome do natimorto seja inserido no Cartório de Registro civil.

Antigamente a individualização do nome se dava em razão da região aonde a pessoa nascia, da profissão que seus pais tinham ou aonde se tinha moradia fixa, ou até mesmo em homenagem ao pai ou avô do recém-nascido, utilizando sempre o agnome “Junior” ou “Neto.” Além do que havia a preocupação em relação a pessoas que possuíam o mesmo nome, fenômeno este chamado de homônimos, visto que muitas das vezes essa confusão causava transtornos e situações de danosas ao seu titular.

No primeiro momento o enfoque do trabalho está nos direitos da personalidade dizendo que eles são direitos próprios de cada pessoa e que não podem ser tirados de si, assim sendo um direito personalíssimo irá ser analisado também as principais teorias do início da personalidade jurídica como a teoria concepcionista e a natalista, verificando sua real efetivação dos direitos do natimorto. Nesse primeiro momento vai ser abordado

também questões relacionadas a base do indivíduo, suas características, o seu objeto, e a sua essência e a relação que tem com a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos.

Por conseguinte, será abordado por meio de doutrinas a importância do nome e suas características como a obrigatoriedade ao qual toda pessoa mesmo que sem vontade é obrigada a ter um nome. Será estabelecido a posição do direito brasileiro através das normas estaduais a respeito do registro do natimorto em cartório, no estado do Pernambuco por exemplo é garantido o nome e o sobrenome do natimorto em registro de nascimento sempre que os pais solicitarem. O projeto de lei 4899/20 está tramitando na Câmara dos deputados assim que esse projeto se tornar lei federal será possível a inserção do nome do natimorto em registro também regulamentando todo o Estado.

No cenário atual esse assunto é novo e pouco abordado, mas não deveria ser assim, visto que há algo concreto nisso tudo, uma forma de homenagem para aqueles que não tiveram a chance de ter uma vida, e para aqueles que ficaram sem seu ente querido, uma lembrança que de fato esse familiar existiu.

DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.

O Código Civil de 2002 no caput do seu artigo 11 diz que: Os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, salvo se tratar dos casos previstos em lei. De certo modo traz uma pequena definição dos direitos da personalidade. Além do Código Civil muitos doutrinadores e escritores têm uma opinião distinta no que diz respeito do que seria esse os direitos da personalidade. Segundo Carlos Alberto Bittar (2015, p.29):

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Para Pervine John, (2008, p.21), a personalidade consiste naquilo que diz respeito ao verdadeiro espírito da pessoa, sua natureza humana, aquilo que individualiza o ser humano.

Por conseguinte Flavio Tartuce (2021, p.85), acredita que os direitos personalíssimos têm por finalidade os modos individuais do indivíduo bem como os aspectos físicos ou morais. Se busca amparar com estes direitos as qualidades específicas da personalidade, tornando- se está o atributo do ente considerado pessoa.

Posteriormente Oliveira e Neto definem os direitos da personalidade sendo como, direitos que toda pessoa humana tem, inerentes dela. O indivíduo que possui esse direito corresponde como o seu propósito: a pessoa sendo titular de si própria (engloba as questões sobre o próprio corpo, elementos que o compõe como a honra, a imagem etc.) Não há um rol exemplificativo de direitos da personalidade, pois com base nos princípios constitucionais e a sociedade em constante mudança, novos direitos personalíssimos podem ser constatados. (OLIVEIRA e NETO, 2022, p.161).

Em seguida Maria Helena Diniz citando Goffredo Telles Jr. traz uma definição acerca de direitos da personalidade:

Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta. (DINIZ, 2012, p.134 apud JUNIOR, 1977, p.315 e 316).

O ser humano adquire direitos ao mesmo tempo em que assume obrigações, a fim de satisfazer suas necessidades no meio social, por consequência forma o sujeito ativo e passivo de relações. (DINIZ, 2012, p.131).

Como toda figura o direito da personalidade também possui características, por ser um direito inato, ou seja, já é adquirido na sua concepção, não pode ser retirado de qualquer ser humano enquanto estiver vivo, pois diz respeito à dignidade da pessoa humana. (DINIZ, 2012, 136)

Os direitos da personalidade são absolutos, erga omnes, pois são para todos, se aplica tanto para pessoas físicas quanto para pessoas jurídicas, visto que abrangem em si uma obrigação geral de incorporação. São extra patrimoniais, pois é impossível medir seu valor, segundo Maria Helena Diniz “tanto que, se impossível for à reparação in natura ou a reposição do status quo ante, a indenização pela sua lesão será pelo equivalente.” São intransmissíveis, uma vez que esse direito nasce e se dissipa com o seu titular, sendo que não podem ser transferidos a outrem. De fato que ninguém pode viver em nome de outra pessoa utilizar seus bens como a propriedade, a vida, a liberdade e etc. (DINIZ, 2012, p.135).

De fato são intransmissíveis, mas há exceções, como os direitos ao corpo, ou à parte do corpo, direito moral de autor e a imagem, visto que esses direitos continua a produzir efeitos post mortem. Direitos esses transmissíveis por hierarquia mortis causam, tangendo ao cônjuge sobrevivente ou aos herdeiros, até mesmo ambos, solicitar sua defesa em oposição a terceiros. Como exemplo se assim quiser os herdeiros doar os órgãos do de cujos eles poderão fazer isso por direito próprio (direito à parte do corpo). (BITTAR, 2015, p.45).

Na generalidade são indisponíveis, sucede do seu caráter intransmissível, somente o titular dos direitos da personalidade tem o direito de usufruir dele. Não pode substituir o detentor dos frutos e gozo, pois os direitos da personalidade julgam ter exclusividade. (MATTIA, 2010, p.6).

Mas sua admissibilidade pode ser admita em prol do meio social, em relação ao direito de imagem. Há um grande número de famosos que “vendem sua imagem” para alguma empresa de marketing para promover a divulgação de algum produto, mediante a pagamento de uma remuneração, isto é chamado de concessão ou licença para uso de imagem ou marca, é importante lembrar que tudo isso só é possível por meio de um contrato. (DINIZ, 2012, p.135). Caso não haja a autorização a pessoa que teve seu direito violado poderá processar o outrem e pedir uma indenização devido à exposição indevida.

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis visto que não poderão ultrapassar a esfera do seu titular. Segundo Maria Helena Diniz (2012, p.135), são impenhoráveis e imprescritíveis não se extinguindo nem pelo uso, nem pela inércia na pretensão de defendê-los, e são insuscetíveis de penhora. Os direitos personalíssimos são necessários e inexpropriáveis, pois são adquiridos no ato da concepção, inatos, enquanto a pessoa viver não podem ser retirados, pois se trata da qualidade de vida humana. São ilimitados visto que é impossível mensurar o tanto de direitos da personalidade.

Apesar de todas as características acima citadas o Código civil no caput do seu artigo 11 faz menção de somente duas características sendo elas: irrenunciáveis e intransmissíveis.

Segundo Oliveira e Neto (2022, p.161) devido às crescentes mudanças e com base nos princípios constitucionais novos direitos da personalidade podem ser encontrados. Estes direitos personalíssimos são classificados em três grupos:

O primeiro grupo diz respeito aos direitos à integridade física: trata-se de direitos relacionados ao corpo e ao cadáver. Já o segundo grupo trata-se da integridade moral ou à integridade psíquica: Envolvem os aspectos relacionados à identidade da pessoa e ao bem estar psíquico, como a honra, a imagem, e identidade etc. Por seguinte o terceiro grupo refere-se direitos à integridade intelectual: Envolvem os aspectos da criatividade intelectual do indivíduo, sua liberdade de pensamento, como os direitos autorais

Para Flávio Tartuce (2021, p.86), o rol da Constituição Federal de 1988 não é taxativo, visto que não exclui outros direitos dispostos em favor da pessoa humana.

Em relação ao início da personalidade, enuncia o artigo 2º do Código Civil “A personalidade Civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

É impossível dizer quando a personalidade natural tem início. No direito francês e holandês além do bebe nascer com vida é necessário que ele seja viável, ou seja, ser apto para a vida. Caso nasça com vida sua capacidade remeterá a concepção. O direito civil espanhol (art.30) reivindica que o recém- nascido tenha vivido 24 horas, e

que tenha forma humana para que possa adquirir personalidade. No direito português a figura humana também é uma exigência. Já para o húngaro e o argentino a personalidade se inicia com a concepção. (PAULINO, 2020)

Quando se analisa o artigo 2º do Código Civil de forma separada, se observa duas teorias da concepção. No primeiro momento ao revelar que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida (...)” se confirma que o indivíduo não seria um ser humano e por consequência não teria direitos, essa tese é sustentada pela teoria natalista. Por conseguinte a segunda parte dispõe “(...) a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro,” se constata que o nascituro seria uma pessoa, e como consequência o mesmo possui direitos, ainda que não possua capacidade de gozo. (FELIPE, 2017).

Há três teorias que procuram explicar a situação jurídica do nascituro.

A primeira delas é a teoria natalista ao qual a maioria dos doutrinadores adota. Nela eles defendem que para o nascituro ser considerado pessoa é necessário que ele nasça com vida. Ainda assim, ele não teria direitos, mas sim expectativas de direitos. Sendo assim os autores defendem a idéia de que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, concluindo-se que o nascituro não é pessoa. (PAULINO, 2020)

Dessa forma, a teoria natalista abdica do nascituro até os seus direitos fundamentais, que se relaciona com a personalidade, como o direito à vida, à investigação de paternidade, à imagem e até mesmo ao nome. (PAULINO, 2020)

Já na visão da teoria concepcionista, o nascituro é um ser humano e em decorrência disto possui todos os direitos. A princípio a tese dessa teoria é que personalidade se faz presente desde a concepção, ainda no ventre materno. Alguns doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro defendem essa teoria entre eles estão Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Maria Helena Diniz e Flávio Tartuce. (FELIPE, 2017)

Vale destacar que a teoria concepcionista abrange também os direitos da personalidade como o nome, a imagem e a sepultura. (FELIPE, 2017)

O Supremo Tribunal Federal não tem uma posição referente às teorias da personalidade. No entanto o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a teoria concepcionista, reconhecendo que ao nascituro o direito a reparação por dano moral. Esse caso pode ser visualizado no Recurso Especial n.399.028 de São Paulo, ao qual foi reconhecido ao nascituro reparação de dano moral devido ao fato do falecimento de seu genitor, ressaltando que esse acontecimento ocorreu momento anterior ao seu nascimento. Lê-se a decisão:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional (STJ, REsp 399.028/SP).

Além desse julgado vários outros aplicam essa teoria, remetendo-se ao fato de que na legislação brasileira essa tese é aplicada em todos os casos discutidos. Constata-se então que a teoria concepcionista é a principal em tese de doutrina. (FELIPE, 2017).

O direito ao nome como direito personalíssimo.

Fazer a nomeação de algo é uma atividade própria do ser humano, conseqüentemente, um privilégio da humanidade. Desde que o mundo se iniciou o ser humano nomeou pessoas, coisas, lugares, fenômenos como

maneira de verificar, de garantir o pertencimento, demarcar territórios, deixar sua marca a tudo que o circunda. (AMARAL; SEIDE, 2020, p.10)

De acordo com Leonardo Brandelli (2012, p.23) o nome civil da pessoa natural é o primeiro atributo da personalidade da pessoa, pois é ele que vai diferenciar o ser das demais pessoas, o que é feito logo após o seu nascimento. É a denominação de cada pessoa, elemento de sua personalidade, que tem como principal objetivo distinguir determinada pessoa na sociedade e na família da qual faz parte, tornando-o único.

Segundo Daniel Adensohn de Souza (2013, p.12) a função do nome é individualizar o ser humano e as coisas diante do mundo, fazendo diferenciação das demais. O nome é inusitado e independente, quando se pronuncia o nome de algo, o chama pra si.

Tudo que nos cerca possui uma denominação específica, devido a isso possibilita a sua identificação e sua individualização, e, por conseguinte discernir uma das outras e categorizá-las (frutas, objetos, animais, pessoas e etc.) Mas o que merece destaque é a identificação da pessoa por meio de seu nome, que trata-se do atributo de personalidade do sujeito, tornando-o singular e identificável no seio social, o nome é inerente e próprio da pessoa. (AMORIM,J;AMORIM,V. 2010, p.05)

Para Maria Helena Diniz (2012, p.195), o nome possui o seguinte conceito:

O nome é, portanto, uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. Sua utilidade é tão notória que há a exigência para que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc. O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com outros, atributos da personalidade, dentro da sociedade. E pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade.

Dessa forma se percebe que mesmo com diferentes conceitos dos doutrinadores acerca do que é nome, todos possuem semelhanças e são similares, dessa forma se pode definir nome então como sendo algo próprio de cada pessoa, uma característica que a diferencia das demais e a identifica como ser humano no seio social.

Destarte que o nome tendo grande relevância na sociedade é protegido pelo ordenamento jurídico. No artigo 24 do Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis, lê-se:

§1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

§2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.

De acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Artigo 18. Direito ao nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

A IMPORTÂNCIA DO NOME PARA A PESSOA

Pelo fato do nome representar um direito subjetivo da personalidade, e, além disso, algo pessoal de cada pessoa, e ao mesmo tempo ter um aspecto público, o nome possui diversas características que funcionam como regras, resultantes de sua natureza jurídica.

A primeira característica do nome é a obrigatoriedade, isso significada duas coisas: a obrigatoriedade de ter um nome e a obrigatoriedade de se usar o nome que tem. Todo ser humano mesmo sem querer é obrigado a ter

um nome, não há opção quanto a isso, até porque seria inviável viver no seio social sem ser identificado, antes de tudo a obrigatoriedade do nome é algo necessário. (BRANDELLI, Leonardo, 2012, p.65).

Na legislação brasileira, especificamente na Lei dos Registros Públicos, Lei n.6015/1975, no seu artigo 54, é expressamente citada à obrigatoriedade do nome no registro de nascimento.

A segunda característica é a inalienabilidade, ou seja, é impossível transmitir o nome para outra pessoa, seja a título gratuito ou oneroso. O nome é algo próprio de cada pessoa. A dignidade da pessoa humana impõe a individualização e a identificação da pessoa como algo que possui exclusividade. (BRANDELLI, Leonardo, 2012, p.66 e 67)

A inaccessibilidade é outra característica do nome, esse atributo diz respeito ao fato de não ser possível o titular e outra pessoa usar seu nome ao mesmo tempo, visto que o nome não ser tornaria algo de identidade única. No entanto existe a possibilidade de cessação do nome diante de autorização do titular para fins de publicidade. (BRANDELLI, Leonardo, 2012, p.68).

Outra característica é a intransmissibilidade a herdeiros, isso diz respeito ao fato que o direito ao nome não se transmite de forma hereditária, não passa aos herdeiros do titular, esse direito, quando ocorre a morte deste. Da mesma forma que é impossível dispor do nome em testamento. Tudo isso é devido ao fato da natureza própria do nome, dos fatos que já foram citados acima em relação a inalienabilidade e à inaccessibilidade. Pois mesmo após o falecimento do titular o meio social continua a identificá-lo através do nome. (BRANDELLI, Leonardo, 2012, p.70 e 71)

A inexpropriabilidade também é outra característica do nome, isto quer dizer que o nome não pode de maneira alguma ser expropriado pelo Estado, ele é erga omnes, se tirar esse direito do indivíduo seria uma afronta a dignidade da pessoa humana e uma desfiguração da própria personalidade. (BRANDELLI, Leonardo, 2012)

Por seguinte a inestimabilidade pecuniária é outra característica do nome, esse aspecto significa que o nome é algo impossível de se atribuir um valor, por se tratar de algo fora do mercado. (BRANDELLI, Leonardo, 2012, p.73).

A irrenunciabilidade como característica do nome diz respeito ao fato do titular do mesmo não poder abrir mão dele, é impossível se renunciar ao próprio nome. (BRANDELLI, Leonardo, 2012, p.73).

Na seqüência há a imutabilidade como característica do nome, essa particularidade diz respeito ao fato de que o nome não pode ser modificado, sem que haja alguma forte razão jurídica, e desde que não coloquem em perigo os valores que o animam. (BRANDELLI, Leonardo, 2012, p. 75). É claro que como tudo há exceções como será citado logo abaixo.

Destarte que a Lei de Registro Público, Lei n.6015/1975 sofreu uma modificação no seu artigo 56, caput:

A pessoa registrada poderá, após ter atingido a maioridade civil, requerer pessoalmente e imotivadamente a alteração de seu prenome, independentemente de decisão judicial, e a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico.

Sendo assim a partir dessa legislação é possível que qualquer pessoa após completar seus 18 anos poderá requerer a modificação do seu prenome extrajudicialmente, basta se encaminhar até o Cartório do registro de nascimento. Antes do artigo dessa lei ser alterado só era possível a mudança do prenome caso não prejudicasse os apelidos da família, hoje em dia não tem esse impedimento e também não é preciso apresentar qualquer tipo de motivação. (BRASIL, 1973).

A imprescritibilidade como característica de maneira clara e precisa diz respeito ao fato do nome não estar sujeito a prescrição, o nome não se perde com o tempo, pelo desuso por exemplo. (BRANDELLI, Leonardo, 2012, p.76).

Por fim a exclusividade como característica do nome é um direito ínsito de seu titular, ele é o identificador da personalidade e somente por ser utilizado por seu detentor. Mas isto não quer dizer que duas pessoas não podem ter o mesmo nome, mas, sim, que cada nome identifica de maneira incomparável determinada personalidade. (BRANDELLI, Leonardo, 2012, p.81 e 82).

A Constituição Federal no seu artigo 1º, inciso III cita a dignidade da pessoa humana sendo como um fundamento do Estado, concretizando que o próprio estado tem como base esse princípio.

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade presente nas principais legislações constitucionais mundiais. Esse princípio tem como principais características a busca pela felicidade individual e a garantia de um bem-estar social. (CABRAL; MELO, 2018)

Os direitos e garantias fundamentais possuem um grande elo com a dignidade da pessoa humana, tornando-se um fundamento do Estado como já foi suscitado acima. (MIRANDA, 2020)

Devido a isso a fala de Ingo Wolfgang Sarlet merece destaque:

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

No ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana é tida como valor supremo, de grande valoração e garantia de proteção do ser humano. (MIRANDA, 2020). Pode-se assegurar que os doutrinadores designa os direitos fundamentais são tudo aquilo que é necessário para a plenitude da dignidade da pessoa humana e que estão especificados na Constituição Federal. (JUNIOR, 2016)

As normas que regem a dignidade da pessoa humana são os direitos humanos, são eles que determinam o modo pela qual os seres humanos devem viver no seio social e entre si, o seu vínculo com o Estado e a obrigatoriedade que o Estado deve ter em relação a eles. Um dos direitos humanos é a igualdade e não discriminação, sendo assim todos são iguais como seres humanos em continência da inerente dignidade de cada ser humano. Todo indivíduo têm direito aos seus direitos humanos sem qualquer tipo de discriminação como, raça, cor, sexo, idade, etnia e etc. (UNICEF, s.d)

Segundo Patrón (2015), o artigo 29 da Constituição Política dos Estados- Unidos Mexicanos determina do direito humano ao nome. No seu parágrafo segundo está elencado alguns direitos que não podem ser suspensos ou restringidos, lê se então:

[...]En los decretos que se expiden, no se podrá restringir ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, el reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y propiedad para profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.(MEXICO, 2011)

Desse modo a dignidade da pessoa humana é intrínseco de cada pessoa, visto que não tem preço e ninguém pode tirar de você como o prenome.

O nome é o principal meio de indentificação das pessoas na sociedade, pois quando é chamado as pessoas já o associa a determinado alguém, mas além do prenome, há outros meios de diferenciação, como: sobrenome, apelido, pseudônimo e etc.

O sobrenome compõe o nome civil constituindo os elementos que sucedem o prenome. Também é chamado de nome de família, e é frequentemente transmitido de pais para filhos. No Brasil quando vai ser registrado o nome completo de alguém, é comum que o sobrenome da mãe venha anteriormente ao sobrenome do pai. É relevante lembrar que é possível que criança receba mais de um sobrenome. (AMARAL, Eduardo Tadeu Roque; SEIDE, Marcia Sipavicius, 2020, p.79 e 80)

De acordo com a Revista Consultor Jurídico o Tribunal de Justiça de São Paulo, autorizou que na certidão de nascimento de um menino fosse incluso o sobrenome do pai socioafetivo e do pai biológico, a relatora da ação levou em consideração o princípio do melhor interesse da criança e também devido ao fato do termo “família” ter sofrido diversas modificações no decorrer dos anos. A magistrada ainda destacou o fato que a mãe e os dois pais com assentimento foram atrás do reconhecimento da multiparentalidade. (VIAPIANA, 2021)

Por conseguinte o sobrenome também pode ser adquirido através do oficial registro civil em casos como casamento (artigo 57, inciso II da Lei 6.015/73, acrescentado pela Lei n.14.382/2022.) Com a festividade do casamento surge para ambos os nubentes o direito de acrescentar o sobrenome do seu cônjuge ao seu, de acordo com o Código Civil, artigo 1565, §1º da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Antigamente o elo do casamento e nome se relacionava à mulher, pois era ela que obtinha o sobrenome do marido, apesar de poder escolher, podendo conservar o nome de solteira. É importante destacar que mesmo podendo acrescentar o sobrenome do cônjuge, é proibida a retirada de qualquer dos seus, em homenagem aos ancestrais, embora haja outras interpretações mais flexíveis, que admitem a renúncia parcial, ou total, do nome de solteiro. (AMORIM J.; AMORIM V., 2010)

Algumas famílias possuem integrantes com o mesmo nome e sobrenome, e para haver essa diferenciação entre eles se acrescentam o agnome (Filho, Neto, Sobrinho) ou ainda graus de linhagem (Segundo, Terceiro). O agnome deve ser inscrito no ato do registro de nascimento, já que faz parte do nome civil. (AMORIM, J.; AMORIM, V. 2010, p.12 e 13).

O apelido como é mais conhecido, é o antropônimo incumbido a um indivíduo normalmente por outra pessoa. Constantemente faz menção a uma veracidade ou comportamento social (Baiano, Titia), ou intelectual (Nerd, Coruja) ou ainda a uma característica física (Magrelo, Cabeção, Bigode e etc.) Pode ou não ser depreciativo. (AMARAL; SEIDE, 2020, p. 82)

O pseudônimo utilizado para ocultar sua personalidade, a criatura escolhe abertamente um nome, dentro do que é viável da ordem pública e dos bons costumes, habitual e fictício, que é o então chamado pseudônimo, normalmente é ligado ao manuseio de determinada atividade, e sempre divergente do nome civil. A instituição do pseudônimo é utilizada para esconder a identidade do seu titular, para que o mesmo não seja reconhecido, frequentemente é utilizado por jornalistas, escritores e artistas. Como exemplo se pode citar o ex Presidente da República, José Ribamar Ferreira de Araújo, que na época do seu governo era conhecido pelo pseudônimo José Sarney. (AMORIM, J.; AMORIM, V. 2010, p.15)

No Brasil, a Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997, dispõe acerca das normas para as eleições. O artigo 12 estabelece instruções acerca do nome de urna. Em seu caput capta-se:

O candidato às eleições proporcionais indicará, no pedido de registro, além de seu nome completo, as variações nominais com que deseja ser registrado, até o máximo de três opções, que poderão ser o prenome, sobrenome, cognome, nome abreviado, apelido ou nome pelo qual é mais conhecido, desde que não se estabeleça dúvida quanto à sua identidade, não atente contra o pudor e não seja ridículo ou irreverente, mencionando em que ordem de preferência deseja registrar-se. (BRASIL, 1997)

O candidato a determinado cargo pode escolher um nome ou apelido pela qual é mais conhecido. Para caso haja homonímia há o impedimento que outros candidatos não utilizem o mesmo nome (artigo 12, §1º, I). Como exemplo de nome de urna pode se citar o candidato a Deputado Estadual no ano de 2014, José Rodrigues Lemos, na onde o mesmo utilizou sua atividade profissional para configurar seu nome de urna e ficou exibido como Professor Lemos. (AMARAL; SEIDE, 2020, p.97).

Direito ao nome do natimorto

No meio da concepção e do nascimento um longo caminho é trilhado, muitas vezes ocorre o nascimento com vida que é o produto da concepção. Quando se nasce com vida é realizado o registro de nascimento, ao qual é designado o nome, filiação e as demais informações que integra o registro de nascimento (MARÇAL, AMARAL, 2018). Quando a criança nasce e em seguida morre por causa do parto, mas, contudo tenha respirado, serão feitos duas certidões, uma de nascimento e outra de óbito, com seus dados cabíveis e com remissões recíprocas (Lei nº 6.015/73,

artigo 53, § 2º). Quando se nasce sem vida, o registro será feito no livro “C auxiliar”, com os dados que lhe couber (Lei nº 6.015/73, artigo 53, § 1º) trata-se do registro do natimorto.

Natimorto é aquele que nasce sem vida, ou seja, quem não respirou. Para detectar se ele respirou ou não é utilizado o exame denominado docimásia hidrostática pulmonar de galeno. Apesar do natimorto não obter personalidade jurídica, os direitos da personalidade lhe estende, visto que ele era uma potencial pessoa. Devido a esse fato ao natimorto deve ser assegurada proteção à sua integridade física, ao sepultamento ou cremação, a imagem, e até mesmo, o nome. (TARTUCE, 2021)

Quanto ao nome do natimorto está tramitando na Câmara o Projeto de Lei nº 4899/2020 ao qual oferece o direito a inserção do seu nome no registro. A proposta insinua a alteração do artigo 53, § 1º da Lei Federal 6.015/73, deixando expressamente que o natimorto tem o direito de receber um nome caso os pais quiserem. Lê-se a seguir:

Artigo 53: (..)

§ 1º No caso de ter a criança nascido morta, natimorta, será o registro feito no livro “C-Auxiliar”, com os elementos que couberem, inclusive nome e prenome por livre opção da mãe ou pai.

O autor do projeto frisa a importância da matéria, visto que o natimorto necessita de maior proteção jurídica, tanto ele, quanto seus pais, que durante toda a fase da gravidez já planejaram uma vida para o acolhimento do filho, sendo que o nome é uma das primeiras escolhas que eles fazem ao saberem do concebimento do mesmo.

No que consta no ordenamento jurídico a respeito da ratificação do nome do natimorto há diversas decisões. Veja algumas decisões de estados distintos. O Provimento nº260/2013 da Corregedoria de justiça de Minas Gerais em seu artigo 537 dispõe:

Art. 537. O registro de natimortos será feito no Livro “C - Auxiliar” e conterà, no que couber, os elementos de registro do nascimento e do óbito, facultando-se aos pais dar nome ao natimorto.

Sendo assim, de acordo com essa Corregedoria é possível sim a inserção do nome do natimorto no registro, basta seus pais quererem. A corregedoria- Geral do Estado de Goiás nutre do mesmo pensamento, já que no seu Código de Normas artigo 704, lê-se no caput:

Art. 704. O registro do natimorto será lavrado no Livro C – Auxiliar, com os elementos que couberem, facultando aos pais a aposição do prenome e sobrenome.

Seguindo essa linha de raciocínio tem o estado de Pernambuco que no seu artigo 634 do provimento de nº 20 diz o seguinte:

Art. 634. O Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, competente para a lavratura do óbito do recém-nascido, também será o indicado para o prévio registro do nascimento, com os respectivos elementos cabíveis e remissões recíprocas.

Parágrafo único. O Oficial deverá consignar no assento de óbito do natimorto o prenome e sobrenome, sempre que for solicitado pelo declarante.

Nota-se que os três estados citados deixam expressamente a critério dos pais quererem ou não que o natimorto tenha o seu nome em registro. Já o provimento 01/2018 do estado da Bahia além de dar ao natimorto o direito de ter registrado o seu nome, diz inclusive que o mesmo possui personalidade formal quando foi concebido e por isso o nome é um direito seu, (MIRANDA; FERMÃO, 2019), isto é abordado no artigo 584:

Art. 584. É garantido o direito ao nome para o natimorto, nele compreendido prenome e sobrenome, já que o mesmo adquiriu personalidade formal quando concebido, e por tal motivo

recebeu a proteção dos direitos da personalidade, previstos na Constituição Federal e no Código Civil.

Vale ressaltar que ainda não tem Lei Federal a respeito da inserção do nome do natimorto ao registro, apesar do Projeto de lei, nº 4899/2020 estar tramitando na Câmara, mas como visto já está legislado em alguns Códigos de Normas estaduais.

CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto frisa-se que o nome pode ser conceituado como um meio de identificação no seio social sendo um direito da personalidade e protegido pelo princípio da dignidade humana, a fim de ter uma existência plena.

Ao longo desse trabalho foi usado argumentos a respeito do nome ser indispensável visto que reconhecemos as pessoas pelo seu nome e ele possui caráter personalíssimo. Mas em relação ao nome do natimorto não há algo concreto em relação ao seu registro, a própria Lei de Registro Público lei nº 6.015 de 1973 não é específica em relação a isto.

Por isso é de grande relevância que o Projeto de Lei nº 4899/2020 que está tramitando na Câmara seja promulgada se tornando uma lei federal para dar amparo para as milhares de famílias que perdem seus bebês diariamente.

Destarte que as construções doutrinárias apresentadas juntamente com jurisprudências e legislações estaduais, é notável que o direito ao nome do natimorto exija que uma lei federal entre em vigência em virtude de ser um direito da personalidade garantido, mas infelizmente ainda sem concretização.

REFERÊNCIAS:

AMARAL, Eduardo Tadeu Roque; SEIDE, Marcia Sipavicius. Nomes próprios de pessoas: introdução à antroponímia brasileira. São Paulo: Blucher, 2020.

AMORIM, José Roberto Martins; AMORIM, Vanda Lucia Cintra. Direito ao nome da pessoa física. 2ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BAHIA, Reedita, com alterações, o Provimento n.º CGJ/CCI - 009/2013, que dispõe sobre o Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registro do Estado da Bahia, atualizando-o, introduzindo novos dispositivos e, finalmente, adequando suas disposições à Lei 13.105/2015, visando sua aplicação no âmbito dos cartórios de serviços notariais e registrais das comarcas da capital e do interior do Estado da Bahia. Provimento nº 01/2018. Bahia, p.100. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/extrajudicial/wp-content/uploads/2018/09/codigo-de-normas.pdf>. Acesso em 30 de ago. 2022

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da Personalidade. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDELLI, Leonardo. Nome Civil da pessoa natural. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece sobre as normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em 26 de ago. 2022.

BRASIL, Projeto de lei nº 4899/2020. Altera dispositivo da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que "Dispõe sobre os registros públicos" e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1936011. Acesso em 29 de ago. 2022

BRASIL, Provimento nº 73 de 28 de julho de 2018. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>. Acesso em: 27 de ago. 2022

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de set de 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 14 de ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 25 de ago.2022.

CABRAL, Rafael Lamera Giesta; MELO, Wiclifi Bruno de Freitas. Direito ao registro de nome do natimorto no Brasil. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v.38, n.2, jul./dez., 2018, p. 69-91.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 16 de ago de 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELIPE, Nicolas Elias. As teorias da concepção e o nascituro no Direito Brasileiro. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://nicolasfelipe.jusbrasil.com.br/artigos/475128655/as-teorias-da-concepcao-e-o-nascituro-no-direito-brasileiro>. Acesso em 24 de set de 2022.

GOIÁS, Regulamenta o assento do óbito fetal, facultando aos pais a identificação do filho natimorto; orienta Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais, e dá outras providências. Provimento nº 30, 14 de outubro de 2019. Goiás, p. 280. Disponível em: <https://www.rotajuridica.com.br/wp-content/uploads/2021/01/aqui-3.pdf>. Acesso em: 22 de ago. 2022.

JORDÃO, Angela. Pessoas trans podem fazer troca de nome diretamente nos cartórios. Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, 2021. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/66506#.YwrJFnbMLIU>. Acesso em: 27 de ago.2022

JUNIOR, José Geraldo bertini. A tutela dos direitos humanos no registro civil das pessoas naturais. XXV Congresso do Conpedi. Curitiba, Paraná, 2016.

MARÇAL, Vitor de Medeiros; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. A (in) existência de vida e a situação jurídica do natimorto sob as perspectivas díspares das normas de Corregedorias de justiça. Revista Brasileira de Direito civil. 15º volume. P. 17-32, jan./mar. 2018

MATTIA, Fabio Maria. Direitos da Personalidade Aspectos Gerais. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/>. Acesso em 14 de ago.2022.

MINAS GERAIS, Codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro. Provimento nº 260/2013. Minas Gerais, p.185. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpr02602013.PDF>. Acesso em: 29 de ago.2022

MIRANDA, Évelly Salvador. O direito ao nome do natimorto e o direito da personalidade. Maringá, Paraná: UNICESUMAR, 2020.

MIRANDA, Évelly Salvador; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito ao nome do natimorto como direito da personalidade por analogia ao nascituro, e pela dignidade dos genitores. XXXVIII Encontro nacional Conpedi Goiânia, Goiás, p.1-21, 2019.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias; NETO, João Costa. Direito Civil Volume Único.1ª edição. Rio de Janeiro: Método, 25 mar. 2022.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIRETOS CIVIS E POLITICOS. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo Comissão de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9211/9211_8.PDF.

PATRÓN, Rubén Jesús Lara. Algunas resoluciones Relevantes del Poder Judicial en materia de derechos humanos. Corte IDH protegendo derechos. México, 2015. Disponível em: <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/1159#page=0>. Acesso em: 25 de set de 2022.

PAULINO, Lincoln. Direito Civil: Teorias do início da personalidade civil. JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://lincolnpaulino99.jusbrasil.com.br/artigos/868578411/direito-civil-teorias-do-inicio-da-personalidade-civil>. Acesso em 24 de set de 2022.

PERNAMBUCO, Dispõe sobre o Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registros do Estado de Pernambuco. Provimento nº20, 20 de novembro de 2009. Pernambuco, p.312. Disponível em:

<https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/145643/Codigo+de+Normas+atual.+at%C3%A9+Prov+01.2018+DJE+09fev2018.pdf>. Acesso em: 29 de ago. 2022

PERVIN, Lawrence A.; JOHN, Oliver P. personalidade teoria e pesquisa. 8ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2008.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 3ª edição. São Paulo: Atlas S.A; 2014.

SOUZA, Daniel Adensohn de. Proteção de nome de empresa no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, 399.028 São Paulo. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 26 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18388&nreg=200101473190&dt=20020415&formato=PDF%3E>. Acesso em: 24 de set de 2022.

Suprema Corte de Justiça de la Nación. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857. Reformado, D.O.F. 10 de junio de 2011. México. Disponível em: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2017-03/CPEUM-029.pdf>. Acesso em: 25 de set de 2022.

TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil: volume único. 11ª edição. Rio de Janeiro: Florence; Método, 2021.

UNICEF.O que são direitos humanos? Os direitos humanos pertencem a todos e todas e a cada um de nós igualmente. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos>. Acesso em: 25 de set de 2022.

VIAPIANA, Tabata. TS-SP autoriza nomes de pais biológico e socioafetivo em certidão de menor. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-16/tj-sp-autoriza-nomes-pais-biologico-socioafetivo-certidao>. Acesso em: 26 de ago.2022.

XIMENES, Rachel Letícia Curcio; KAGUE, Patrícia Emi Taquicawa. O direito do natimorto em ter registrado o nome. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/335813/o-direito-do-natimorto-em-ter-registrado-o-nome>. Acesso em 29 de ago. 2022

45 ERRO MÉDICO X IATROGENIA: RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Luis Gustavo Liberato Tizzo
Roberta Simões dos Santos

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar, o conceito de iatrogenia e erro médico, baseado na relação médico-paciente no ordenamento jurídico brasileiro, observando toda a repercussão direta que estes provocam na vida do paciente, enquadrado na responsabilidade civil do médico, desde um exame de rotina, um simples procedimento até a mais complexa cirurgia. Através de estudos, busca-se analisar o referencial de responsabilização ou não médica advindas de danos iatrogênicos e de erro médico. Verifica-se ainda, quanto a iatrogenia estar relacionada a um atuar médico necessário visando o restabelecimento da saúde do paciente possibilitando assim ser livre de responsabilização civil. Podendo ser equiparada a um caso adventício a iatrogenia vem como uma causa externa de rompimento da relação de causalidade haja vista, que está relacionada a um fato imprevisível e inevitável. Finalmente possibilitar uma discussão acerca do erro médico e da iatrogenia, conceituando estes com suas semelhanças e diferenças, visando esclarecer as dúvidas sobre referido tema. Empregou-se o método teórico bibliográfico, consistente na análise de obras e artigos científicos que versam sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Iatrogenia. Erro Médico.

ABSTRACT OU RESUMEN: The present work aims to analyze the concept of iatrogenics and medical error, based on the doctor-patient relationship in the Brazilian legal system, observing all the direct repercussion they cause in the patient's life, framed in the doctor's civil liability, from an from routine, a simple procedure to the most complex surgery. Through studies, we seek to analyze the reference of liability or non-medical arising from iatrogenic damage and medical error. It is also verified that iatrogenics is related to a necessary medical action aimed at restoring the patient's health, thus enabling them to be free from civil liability. Can be equated with an adventitious case, iatrogenics comes as an external cause of disruption of the causal relationship, given that it is related to an unpredictable and inevitable fact. Finally, to enable a discussion about medical error and iatrogenics, conceptualizing them with their similarities and differences, aiming to clarify doubts about this topic. The theoretical bibliographic method was used, consisting in the analysis of works and scientific articles that deal with the theme.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Civil responsibility. Iatrogenic. Medical error.

INTRODUÇÃO

A Sociedade a cada momento mais desenvolvida vem buscando cada vez mais a manutenção de seus direitos, objetivando a reparação de todo e qualquer dano no campo da responsabilidade civil, tendo como base a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990. Fundamentada nesta realidade, um aumento considerável de demandas judiciais que visam a reparação dos tendo como foco os profissionais da área da saúde. Um tema que gera constantes discussões no campo do direito brasileiro nos remete a responsabilização civil dos profissionais da medicina, que por dolo, negligência, imprudência, imperícia ou até mesmo por uma conduta necessária e correta, podem provocar algum tipo de lesão em seus pacientes, sendo esta, moral, material estética e em casos mais extremos até a morte.

A relação médico-paciente é norteadada por pilares fundamentados em direitos e deveres, de ambos os lados. Cada vez mais os profissionais médicos vem justificando suas condutas a ocorrência da pouco conhecida

iatrogenia, visando se livrarem da responsabilização civil. Vale salientar que realmente em alguns casos temos realmente casos de iatrogenia, contudo nem sempre se enquadram em tal fato.

Um judiciário não engajado no tema proposto, que não tem o conhecimento necessário para analisar situações relativas a tal fenômeno, com

uma certa frequência vem proferindo decisões cada vez mais equivocadas, deixando muitas vezes a sociedade insatisfeita com a jurisdição prestada as partes. Toda esta situação gera um impasse quando falamos em responsabilidade civil dos profissionais médicos, uma vez que pautados na tese de defesa acabam não arcando com suas responsabilidades, ou seja, o ônus da culpa médica e suas responsabilidades.

Destaca-se desta forma com o artigo proposto a necessidade de analisar a responsabilidade civil médica e os danos que podem ser ocasionados por estes profissionais. Diante de uma análise detalhada a cerca de erro médico confrontando-o com a iatrogenia, respaldado na linha tênue que separa os dois conceitos. A diferença entre aplicação e interpretação dos dois conceitos, gerando grandes contradições, tornando cada vez mais necessária uma desmistificação dos dois temas, fato que propiciará uma visão geral, possibilitando a busca por uma indenização por responsabilidade civil médica e onde se aplica tal responsabilidade.

Vale salientar aqui que a medicina é uma ciência inexata, que visa o trabalho com o corpo humano e sua imprevisibilidade, tornando-se cada vez mais necessário um conhecimento mais rigoroso em relação a situações onde o dano é causado por reações inesperadas do corpo e quando estas reações são resultados de falhas no exercício da profissão médica. Assim sendo o instituto da responsabilidade civil médica deve ser visto com cautela, considerando que se trata diretamente da vida e da saúde humana, direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Os médicos têm o dever e a obrigação de empregar com cuidado, diligência e zelo a as melhores técnicas e conhecimentos disponíveis objetivando oferecer o restabelecimento da saúde do paciente. É de conhecimento geral que nem sempre o agir médico basta, haja vista que inúmeros fatores devem ser considerados, inclusive no que tange à reação de cada paciente as condutas adotadas. Dessa forma a possibilidade do erro humano, e do comportamento, reação corporal do paciente, podem ocasionar determinados danos, ao passo que outros advém da falha no exercício da profissão, da inobservância de condutas omissivas ou comissivas do profissional, fatos que somente uma análise criteriosa possibilitar o enquadramento ou não no instituto da responsabilidade civil.

No decorrer deste artigo, análises acerca da responsabilidade moral e legal do médico por erro médico e iatrogenia, os excludentes de responsabilização médica, e a importância da relação médico paciente uma vez que a informação para a solidificação desta, os direitos e deveres de ambos, possibilitando um maior conhecimento sobre a atividade médica.

Empregou-se o método teórico bibliográfico consistente na análise de obras e artigos científicos que versam sobre o tema.

A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A NECESSIDADE DA INFORMAÇÃO

A consulta médica é marco inicial da relação médico-paciente, devendo esta ser permeada pela confiança mútua e respeito, fatores que tornam esta eficaz. Uma consulta ineficaz, onde qualquer uma das partes não se sente segura, já ocasiona uma desconfiança no desenvolver da relação. Para Balint (2005) a busca de objetividade em seu trabalho leva o médico a apresentar seus pareceres apenas em termos de condutas adotadas e a anotar nos prontuários apenas aquilo que é considerado "sintoma" sob o ponto de vista da fisiopatologia, ignorando as informações fornecidas pelo paciente e consideradas subjetivas.

A impessoalidade no atendimento e o descaso durante a consulta médica podem ocasionar um descuido durante a anamnese e captação de dados. A falha médico pode ir desde o superestimar ou subestimar a queixa do paciente, devendo este ser o mais cauteloso possível, os detalhes fazem a diferença. Cada indivíduo é norteado por um determinado grupo social, sendo que cada um destes tem um sistema de tipificações e relevâncias, como por exemplo:

O sistema de tipificações e relevância compartilhado com outros membros do grupo define os papéis sociais, as posições e o 'status' de cada um. Essa aceitação de um sistema comum de relevâncias leva os membros do grupo a uma auto-tipificação homogênea. (SCHUTZ, 1979, p. 82-84).

A relação médico-paciente deve ser norteada por direito deve ser norteada por uma série de direitos e deveres para ambas as partes, sendo estes fundamentais a sua existência, derivados de vários princípios, dentre eles, a boa-fé contratual, transparência, autonomia privada, entre outros previstos no nosso ordenamento jurídico. Segundo Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira:

A relação médico-paciente é uma relação obrigacional complexa, que cria vários poderes e deveres para ambas as partes que, sob o influxo do princípio da boa-fé, da confiança, da equidade, vão-se constituindo ao longo da relação, de modo a assegurar por meio da cooperação o regular cumprimento da prestação principal. Dessa forma, assim como existem direitos, há deveres correlatos que constituem uma via de mão dupla; são interesses protegidos e que se substanciam no adimplemento da obrigação.

Ainda de acordo com Tiago Vieira Bomtempo, "O profissional médico, via de regra, utilizará de todos os recursos e meios necessários para restabelecer a saúde do paciente que requer os seus cuidados" (2012, p.183).

Sendo consideração como uma relação de consumo, esta se torna regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Segundo Gustavo Tepedino, os deveres do profissional médico baseiam-se:

Dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; Emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; A tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.

Na relação existente, o profissional médico deve assumir a responsabilidade por seus atos, devendo este presar pelo sigilo profissional. De acordo com o Código de Ética Médico anexo a Resolução CFM nº 1931/2009, tem por finalidade dar suporte aos profissionais e aos pacientes, garantindo uma maior liberdade diante de suas vontades e sujeitando às normas éticas, conforme destaca o "Artigo 31 - Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte" (CFM, 2020, online).

Ao analisarmos a prática da realidade médica, a ética contempla três aspectos: a relação médico-paciente, as relações dos médicos entre si, e a relação com a sociedade.

Todas as relações jurídicas devem ser norteadas pelos deveres de lealdade e cooperação, traduzidos pelo princípio da boa-fé objetiva. Apesar de a relação médico-paciente não ser uma relação comercial, não deixa está de ter aspectos de relações jurídicas civis com implicações penais, inclusive. O médico tem por obrigação transmitir ao paciente as informações sobre o seu real estado de saúde, tratamentos possíveis, cabendo ao paciente tomar a decisão final sobre suas próprias convicções, porém auxiliado pelo médico (BERGSTEIN, 2012).

Vale salientar que o médico, dentro das normas, aceite o desejo do paciente, valorizando assim sua dignidade, sua história e vontades. De modo que o médico respeite integralmente o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, na relação médico-paciente, respeitando sempre a autonomia e autodeterminação do paciente. (D'URSO, 2018).

Resta evidente que o vínculo estabelecido entre o médico e o paciente, está permeado por uma linha muito delicada sendo necessária uma análise com muitos detalhes, buscando sempre a clareza para o paciente quanto aos procedimentos que serão realizados, bem como a importância do consentimento para tal ato. Isto, pois os procedimentos realizados pelos profissionais na saúde devem ser realizados sem equívocos, já que podem ser punidos judicialmente. (FRANÇA, 2000).

Vale destacar que o Código de Defesa do Consumidor, normatiza parâmetros para cumprir o que está previsto no art. 5º da Constituição Federal, e o CDC trata o profissional/médico como um prestador de serviços e o paciente como consumidores. Está previsto no art. 6º, inciso II, que as informações devem ser esclarecidas pelo prestador de serviço ao seu consumidor, sendo que:

Art. 6. São direitos básicos do consumidor:

[...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem [...] (BRASIL, 1990, online).

Em suma faz se necessário ponderar que todo profissional é detentor de deveres que devem ser cumpridos, principalmente na área da medicina, sendo estes definidos como: uma forma de prestação de serviços com o maior cuidado, evitando que aconteça erros médicos, atuação com uma determinada liberdade, conforme ditames da terapêutica a ser utilizada; e ainda a obrigação de eficácia e resultados positivos. (LAMAS, 2020).

ERRO MÉDICO E IATROGENIA: DISTINÇÕES

Todo e qualquer profissional pode cometer erros, quando pensamos no profissional médico, por ser um expert que trabalha diretamente com a vida humana, as exigências sobre este se multiplicam, nesta vertente, Alércio Cardoso refere que:

É frequente o paciente, que se encontra carregado de emoções, acusar o médico de ter cometido erro, quando constata a frustração do tratamento recomendado, e a subsistência da doença, esquecendo-se do fato de que muitas doenças não respondem da forma que se espera ao tratamento indicado pela ciência médica para aquele caso.

Assim sendo, deve-se sempre realizar uma análise criteriosa quanto a origem do dano causado ao paciente, observando se esta é resultado de uma conduta do médico, da evolução natural da doença, ou de particularidades do corpo humano – tornando-se essencial definir o erro médico e suas espécies, para depois, compará-lo à iatrogenia.

Para Irany Novah Moraes, para que seja caracterizado como erro médico se faz necessário à presença de:

[...] 1. o dano ao doente; 2. a ação do médico; 3. o nexa efetivo de causa e efeito entre o procedimento médico e o dano causado; 4. uma das três citadas falhas – imperícia, imprudência e negligência. A falta de qualquer desse itens discriminados descaracteriza o erro médico. Quanto a ação ou omissão do médico, no exercício profissional, causando dano à saúde do paciente, somente se lhe imputará o erro se for comprovado o nexa causal entre sua ou suas falhas e o mau resultado para o doente [...].

O erro médico caracteriza-se quando o profissional, por ação ou omissão, causar um dano a seu paciente através de uma conduta imperita, negligente ou imprudente. Fato este que pode acontecer em todas as etapas da relação médico-paciente, desde o diagnóstico até o prognóstico. Demonstra-se, portanto, “[...] a importância de uma consulta bem realizada, pois uma falha em qualquer de suas fases poderá comprometer o diagnóstico, o prognóstico e, por consequência, o tratamento”. (DROPA, 2004). Do médico espera-se uma prudência e uma diligência ao interpretar as informações fornecidas pelo paciente e os exames preliminares, devendo, ainda, pedir exames complementares se considerar necessário. (CARVALHO, 2013).

Erros na maioria das vezes são resultados de uma investigação insatisfatória por culpa médica, ficando este profissional como responsável por cometer um ato injustificável para os padrões esperados de um bom profissional. No entanto, vale salientar que tão somente um diagnóstico equivocado é suficiente para haver responsabilidade médica, pois “o erro de diagnóstico, como preliminar tratamento, suscita responsabilização se considerado grosseiro ou repercutir em exames posteriores, e conflitar com princípios básicos da patologia”. (FARAH, 2010).

Ademais, o erro médico pode acontecer em vários momentos, dentre eles, na fase terapêutica quando o profissional indica um tratamento inadequado, gerando danos ao paciente. Ainda será considerado erro quando uma conduta ocasionar dano psíquico ou físico no paciente, por má execução ou por falta de informação prévia. No

entanto, se o erro for resultado natural da terapêutica, este não se enquadra como responsabilidade civil profissional.

Em algumas hipóteses, os erros médicos serão considerados inescusáveis, tendo em vista a culpa ou dolo existente. (FORSTER, 2002). Todavia, existem erros médicos considerados escusáveis por serem derivados de um ato falho não imputável ao facultativo. (CARVALHO, 2013). Considerando o exposto acima uma análise quanto às diferenças entre os erros escusáveis e inescusáveis, se dará através da comparação entre o que a ciência médica orienta e a conduta adotada pelo médico, com base no caso concreto.

Neste contexto, Sérgio Cavalieri Filho destaca que:

A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto.

Resta evidente então que quando o médico exercer sua função em conformidade com as regras técnicas modernas adotadas pela medicina, realizando um diagnóstico de maneira cautelosa e adotando um procedimento seguro para com seu paciente estamos diante de um erro escusável. Nesta circunstância o profissional médico afasta a culpa de qualquer eventual erro que venha ocorrer, livrando-se do caráter punitivo indenizatório.

No campo da culpa, vale destacar que a imprudência é a falta de cautela, descuido, é ato omissivo surgindo sempre que a assunção de riscos pelo médico ao paciente não está pautada na base científica para o seu procedimento. Já a negligência, caracteriza-se por um ato omissivo, é a falta de cuidado, diligência, desídia capaz de caracterizar responsabilidade por culpa. Já a imperícia é a incompetência, inexperiência, desconhecimento, ignorância, falta de habilidade na profissão.

Segundo Genival Veloso França, imprudente é o médico cujos atos “são caracterizados pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração”; negligente é aquele que “pela inação, indolência, inércia, passividade falta aos deveres que as circunstâncias exigem”; imperito é o médico que “por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos” deixa de observar as normas técnicas fundamentais para o exercício da profissão.

Para Aguiar Dias, consideram-se fatos reveladores de erro ou culpa:

[...] a) o de expor o doente a riscos que podiam ser evitados como inúteis ou dispensáveis para o restabelecimento; b) o de proceder a operação não urgente, sem o instrumental necessário; c) o de continuar o tratamento ou manter aparelho que provoque perturbações anormais ao doente; (...); e) a modificação, sem razão plausível, de tratamento rigorosamente definido; (...) h) o de ministrar remédio tóxico sem cuidar de investigar as incompatibilidades e intolerâncias, salvo se o doente é de uma excessiva suscetibilidade e o médico tenha recomendado a suspensão do tratamento, caso se manifestassem sintomas alarmantes; i) a aplicação demasiadamente prolongada de tratamento radiológico, quando o estado da ciência não mais permita ignorar as emissões parasitárias decorrentes dele; j) o esquecimento do corpo estranho no organismo do paciente, salvo, quando preexistente, lhe possa legitimamente escapar a percepção, ou quando se deva à rapidez requerida pela intervenção [...].

Torna-se necessário a consciência que o erro médico nem sempre está relacionado à culpa do profissional, pois a medicina como já mencionado anteriormente é uma ciência inexata. Neste sentido, segundo Carlos Gonçalves, a iatrogenia, por ser “[...] uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica [...]”, será considerada uma lesão escusável e justificada, diferenciando-se, assim, do erro médico, no qual o facultativo age de maneira imperita, sem a diligência e a prudência esperada da profissão. (GONÇALVES, 2015).

A iatrogenia é um instituto um tanto quanto desconhecido ainda, que provoca diversas discussões, controvérsias e dificuldades de aplicação na área jurídica. Trata-se de uma expressão utilizada para caracterizar os males provocados aos pacientes doentes ou sadios decorrentes de ação ou omissão do médico no exercício da sua profissão.

Kátia Conceição Guimarães Veiga nos ensina que na medicina a iatrogenia é considerada como “as manifestações inerentes aos vários procedimentos diagnóstico-terapêuticos adotados na área médica e de enfermagem, principalmente aqueles de caráter invasivo, cujos efeitos danosos podem ser presumíveis, inesperados, controláveis ou não”.

Para o desembargador Ênio Zuliani, a iatrogenia “caracteriza o estado de prejuízo causado por médico em pessoas sadias ou doentes; é definido como patologia terapêutica e, tal como muito bem observado pelo ilustre juiz Rui Stoco (RT 784/110), quando decorrente de comportamento doloso ou culposo do médico, conduz à responsabilização pelos danos”.

O desembargador Sylvio Capanema de Souza, por sua vez, leciona que:

[...] agindo o profissional com perícia e prudência, utilizando-se das técnicas indicadas pela literatura médica para evitar danos ao paciente, e efetuando o procedimento mais indicado para o objetivo pretendido, não lhe deve ser atribuída qualquer responsabilidade pelas sequelas que decorrem do procedimento utilizado, que se caracterizam como lesões iatrogênicas, que são lesões previsíveis, porém inevitáveis, provocadas por um ato médico [...]

Segundo Irany Novah Moraes, existem três tipos de iatrogenia, sendo estas: a que engloba as lesões previsíveis e esperadas, como exemplo as cirurgias mutiladoras, como no caso de câncer de mama (mastectomia), amputações de membros, como no caso de diabetes, quando é necessário amputar uma perna, para que se preserve a vida do paciente; a que enquadra as lesões previsíveis, porém, inesperadas, podendo acarretar lesões decorrentes do perigo existente a todo e qualquer procedimento médico, como exemplo temos as reações alérgicas aos medicamentos prescritos, em virtude do próprio organismo do paciente, bem como reações alérgicas no uso de contrastes radiológicos; e a que agrupa as lesões decorrentes da falha do comportamento humano no exercício da sua profissão, sendo essas falhas sujeitas a responsabilização legal do médico, podendo ser exemplificada como a confusão entre veias no caso de cirurgia de varizes, levando a gangrena.

Vale destacar que a iatrogenia e responsabilidade civil são institutos inconciliáveis e excludentes, uma vez que esta não gera responsabilidade em qualquer de suas esferas civil, penal ou administrativa. Para o desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho, a iatrogenia “aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica”. Iatrogenia e responsabilidade civil são excludentes, porque, se restar caracterizado na seara jurídica ou profissional qualquer um desses resultados, um exclui o outro, ou seja, caracterizada a iatrogenia, não há como se falar em responsabilidade civil, não havendo violação de qualquer dever por parte do médico.

Segundo José Carlos Maldonado de Carvalho:

[...] a medicina moderna, ao conceituar iatrogenia como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou males provocados pelo tratamento prescrito, estaca de forma direta o ingresso no campo da responsabilidade civil, já que os profissionais médicos, que cuidam da saúde alheia, assumem uma obrigação de meios com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detêm e que seus pacientes presumem estejam no domínio do escúlapio, cujo eventual desvio não vai além da relação terapêutica [...].

Diante de várias definições, o melhor entendimento vem no sentido de que são lesões iatrogênicas apenas aquelas que são previsíveis, esperadas ou inesperadas, resultantes de procedimento médico adotado, incapazes de gerar responsabilidade, ao passo que lesões decorrentes de falha no atuar médico, tais como negligência

imprudência ou imperícia, não se caracterizam iatrogênicas, partindo estas para o campo do ato ilícito, podendo gerar responsabilidade civil.

Uma particularidade interessante a iatrogenia legitimada como exercício regular do direito é apresentada por Rui Stoco, “o exercício normal da atividade médica ou cirúrgica justifica-se formalmente porque consiste no exercício regular de uma faculdade legítima e materialmente porque constitui meio justo para um justo fim ou meio adequado para um fim reconhecido pela ordem estatal”.

É de conhecimento geral que algumas intervenções e procedimentos ocasionam lesões previstas, esperadas e até planejadas, haja vista que estão fundamentadas no único médio para realizar o tratamento adequado, visando atingir a cura, um resultado favorável ao paciente. A iatrogenia também pode ser resultado de particularidades de cada paciente, uma vez que cada organismo reage de uma forma, a certos procedimentos e medicamentos utilizados, nesses casos no entendimento de Rui Stoco “embora previsíveis não tem nenhuma relação de causa e efeito com a atuação do médico, da técnica empregada ou do atual estado da ciência”, neste caso a atitude do médico é lícita, no entanto o paciente deve ser informado das possíveis consequências, não sendo caso de responsabilidade civil. Há situações também que a iatrogenia é decorrente da omissão de informações por parte do paciente de condições orgânicas fundamentais e desfavoráveis ao procedimento ou intervenção médica, como por exemplo, omissão de alguma doença. Neste caso, eventuais intercorrências ou complicações das quais se originam resultados danosos não são atribuídas ao médico por lhe faltar culpa.

Para Couto Filho Souza, intercorrência médica ou complicações se “consustancia, como o próprio nome diz, num evento danoso, ruim para o paciente, mas que decorre não de um ato médico específico, mas de uma série de fatos, tais como reação adversa do organismo da pessoa, pouca resistência imunológica, etc”. Segundo este doutrinador, não se pode considerar lesão iatrogênica, mas se assim o fizer não há que se falar em erro médico, e conseqüentemente, em dever de indenizar, exceto se esses resultados advirem de um ato negligente por parte do médico.

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A relação médico-paciente antigamente era permeada pela confiança do paciente em relação ao médico e a consciência do mesmo quanto a realização de um trabalho bem-feito. O médico era da família, amigo e conselheiro – características que não admitia nenhuma dúvida quanto a qualidade da sua conduta profissional.

O desenvolvimento da ciência, possibilitou um aumento de recursos disponibilizados aos profissionais médicos, trazendo consigo uma gama de oportunidades, conseqüentemente, também os riscos inerentes. Quando falamos em medicina moderna, resta evidente que a mesma está baseada na eficácia, de modo que os médicos não buscam somente prevenir ou tratar doenças, mas também em vencer deficiências, modificar características naturais dos pacientes. Todo avanço trouxe consigo uma elevada expectativa de cura nos pacientes, e quando esta não ocorre, a dúvida quanto ao erro médico logo surge.

Já nos dias atuais esta relação foi se distanciando, as relações sociais se expandiram, criando uma lacuna entre médico e paciente. Hoje o médico é considerado prestador de serviços e o paciente usuário.

No Brasil, para caracterizarmos a responsabilidade médica, é necessário a presença de pressupostos como conduta voluntária, o dano injusto sofrido pela vítima, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial, e o nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente.

A natureza jurídica a cerca da responsabilidade médica é um fator de muita discussão, considerando se esta se enquadra como contratual ou extracontratual. Será contratual quando formalizada através de um contrato normalmente tácito, livremente formado entre paciente e profissional médico privado, onde este tem o direito de escolher o profissional; já a extracontratual se enquadra quando as circunstâncias da vida e peculiaridades do caso, modificarem a natureza da responsabilidade médica, sem a existência de um contrato. Nos dois casos é dever do médico prestar assistência, mesmo de forma facultativa e espontânea sem a vontade do paciente, na emergência, em casos de intervenção em favor de incapaz sem a autorização de representantes legais, e também nos casos que a atividade é exercida contra a vontade do paciente, no caso de suicídio.

A diferença básica reside no ponto em que na responsabilidade contratual, basta a vítima provar a existência do contrato, o inadimplemento e o dano com o respectivo nexo de causalidade, restando ao médico a necessidade de provar que o dano não ocorreu por sua culpa, mas por fator estranho a ele. Já quando falamos em responsabilidade extracontratual, a vítima deve provar o dano, o fato imputado e ainda a culpa, baseada na negligência, imprudência ou imperícia do médico, caso contrário não cabe responsabilização.

Vale salientar um fator de grande importância nesta discussão, que gera repercussão no âmbito da responsabilidade civil. Diz respeito aos direitos e deveres dos médicos e pacientes.

Quando falamos nos deveres dos pacientes, estes devem remunerar o médico, seguir todas as prescrições estabelecidas, e fornecer informações que possam influenciar diretamente em seu tratamento. Estas informações contemplam um histórico detalhado da saúde do paciente, sua sanidade física, ocorrências de uso de drogas, cigarro, bebidas, doenças preexistentes e alergias. É direito do paciente pedir reparação de danos causados por falta de diligências médica, tendo o direito de solicitar todas as informações sobre o seu problema, bem como cópia das documentações, prontuários, exames e laudos.

Já no que tange aos deveres do médico, estes já são mais específicos e necessitam de esclarecimentos pontuais. Todo médico tem o dever de agir com cuidado e diligência no exercício da profissão. O dever médico se fundamenta em três momentos: antes, durante e depois do tratamento ou intervenção. No primeiro contato com o paciente deve prestar bom atendimento, ouvir e questionar o paciente para então diagnosticar o problema. Logo em seguida cabe ao profissional informar o diagnóstico, prognóstico, sempre atento às condições psicológicas do paciente, riscos e objetivos. Durante o tratamento, este deve proceder em conformidade com as técnicas vigentes, regras e técnicas da medicina, com o objetivo de propiciar o melhor resultado possível ou até mesmo a cura. E após o tratamento permanecer a disposição do paciente, prestando as informações necessárias.

Segundo Gustavo Tepedino:

A investigação da culpa do médico, portanto, imprescindível à configuração da responsabilidade, requer uma definição dos inúmeros deveres de que é cometido, os quais podem ser enquadrados em três categorias centrais: a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; b) emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica [...].

Para Aguiar Dias, o médico tem cinco deveres: conselho, cuidado, obtenção do consentimento, abstenção de abuso ou desvio de poder e dever de sigilo. O dever de conselho caracteriza-se pelo dever de informação pelo qual o médico deve esclarecer ao paciente qual a sua doença, os possíveis riscos de tratamento terapêutico ou cirúrgico, cuidados que devem ser tomados, mantendo sempre que possível, o paciente informado sobre seu real estado de saúde. No que se refere ao cuidado, é dever do médico atender sempre o chamado de seu paciente, observada necessidade deste. O consentimento sempre deve ser individualizado, voluntário, por escrito e realizado perante testemunhas. O consentimento é um dever, a inobservância na sua realização se enquadra num agir culposo por parte do médico, sendo cabível indenização pelos possíveis danos que poderão resultar. A abstenção de abuso de poder significa que o médico não tem o direito de realizar experimentos em seus pacientes, devendo este sempre cumprir o previsto no contrato, e no consentimento obtido. Por fim vale destacar que a violação dos deveres impostos aos médicos também resultam no dever de indenizar, sendo independentes do erro médico que é, sem a menor dúvida, a maior causa de responsabilização civil.

Rui Stoco diz que é possível:

[...] apontar, algumas causas, diversas do erro médico, que poderão conduzir a obrigação de indenizar:

- I - a violação da lei ou do regulamento e o abuso de poder;
- II - a prática de experiências médicas com técnicas não aceitas;
- III - deixar de informar a aconselhar adequadamente o paciente;

- IV – o erro grosseiro no diagnóstico, como causa de insucesso no procedimento médico;
- V – a quebra do sigilo médico;
- VI – a violação do consentimento do paciente;
- VII – omitir ou negar socorro em caso de iminente perigo de vida ou de urgência.

Torna-se necessário sempre enfatizar que os profissionais da saúde devem nortear suas atitudes sempre com diligência e cuidado ao exercer sua profissão, devendo todo ato ser realizado de acordo com o estado da ciência e as regras adotadas regularmente pela prática médica, pois quando estes pontos deixam de serem cumpridos o médico pode ser responsabilizado por qualquer erro que possa vir a ocorrer.

A matéria de responsabilidade civil abrange um campo cada vez mais vasto, principalmente quando adentramos na seara da responsabilidade civil do médico.

Como destaca Diniz (2013, p.263):

Comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

O profissional médico deve nortear seu comportamento com base no Código de Ética Médico, agindo sempre com diligência e cautela evitando assim possíveis punições no exercício de sua função. Vale salientar que em qualquer estrutura que o médico esteja desempenhando sua função, seja como contratado ou voluntariamente, o mesmo detêm as mesmas responsabilidades agindo sempre de acordo com o Código de Ética Profissional, tendo sempre consciência de seu juramento, qual seja:

[...] Aplicarei os regimes, para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que induza à destruição. Também não darei a uma mulher um pessário abortivo. Conservarei puras a minha vida e a minha arte... Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens e para sempre: se dele ou infringir, suceda-me o contrário.

No Código de Ética Médico, encontramos uma série de normas e condutas. No art. 6º, dispõe que: “O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar a tentativa contra a sua dignidade e integridade”.

E, ainda, no seu art. 29, o seguinte: “é vedado ao médico praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

Resta evidente de acordo com os artigos acima citados que o médico que errar de forma negligente, imprudente ou por imperícia, provocando dano ao paciente, será responsabilizado.

O art. 951 do Código Civil determina que será responsabilizado o médico que, no exercício de sua atividade profissional, seja por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte ao paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho. Assim sendo o médico que por erro em relação ao atendimento do paciente, acarretando-lhe dano leve ou grave, será responsabilizado por seus atos.

A responsabilidade civil detêm extrema importância, haja vista ser através dela que se proporciona a conscientização das pessoas quanto aos seus direitos e deveres, por ser um instituto civil que obteve um grande avanço nos últimos anos. O conceito de responsabilidade, em reparar o dano indevidamente causado, por ser próprio da natureza humana, sempre existiu (SANTOS, 2012).

Para Carlos Roberto Gonçalves, a responsabilidade traz consigo a ideia de restauração de equilíbrio, contraprestação e reparação de dano. Assim sendo o responsável por ter infringido uma determinada norma, está sujeito as consequências não desejadas, como resultante de sua conduta. Nesta linha, o autor discorre sobre o assunto:

Responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social (2014, p. 15).

A responsabilidade civil refere-se a uma forma obrigatória da natureza contratual, estando presente em toda forma de relação contratual. Baseia-se no assumir responsabilidades pelas ações previamente estabelecidas no contrato. De forma geral a responsabilidade civil é consolidada no estado de Direito, ou seja, toda pessoa tem o dever de responder por seus atos. O principal objetivo da responsabilidade é restaurar o equilíbrio da moralidade ou do sistema hereditário. Portanto podemos entender que danos causados serão reparados nos campos jurídico, social e ético, mas o princípio da obrigatoriedade deve ser observado (STOCO, 2007).

Quando consideramos a responsabilidade civil, paralelamente a iatrogenia, surgem as contradições doutrinárias, suscitando discussões quanto a possibilidade ou não de imputar culpa ao médico quando este causar uma lesão iatrogênica ao seu paciente. Esta discussão gera duas vertentes, ora considerando o ato iatrogênico como lícito ora ilícito, bem como se este pode gerar responsabilidade civil ao médico.

José Maldonado, defensor da primeira vertente, entende que só há iatrogenia quando o médico, através de uma ação consciente e deliberada, causa um dano ao paciente objetivando um resultado previsível e necessário, ou seja, se o dano é necessário, o comportamento é considerado lícito, pois este age conforme a doutrina e a prática médica recomendam para atingir o resultado pretendido. Nesta mesma linha de raciocínio, Elias Farah entende que as “[...] lesões iatrogênicas são apenas as previsíveis, ou inesperadas, decorrentes do perigo inerente ao tratamento, embora executado de modo tecnicamente correto”. Considera-se ainda a iatrogenia como um erro desculpável, amparado pela falibilidade do médico, ocasionada por uma imperfeição de conhecimentos científicos, logo não haverá responsabilidade civil do facultativo por iatrogenia.

Corroborando este entendimento, Carlos Gonçalves afirma que:

Também não acarreta a responsabilidade civil do médico a “iatrogenia”, expressão usada para indicar o dano que é causado pelo médico, ou seja, o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados.

Com base no explanado acima se pode definir que quando se tratar de uma lesão iatrogênica previsível e esperada, bem como quando se tratar de uma lesão iatrogênica previsível, mas inesperada, não haverá responsabilidade civil médica. Cabe ao profissional da medicina informar ao seu paciente informar e esclarecer sobre os riscos inerentes do procedimento, bem como das possíveis iatrogenias decorrentes do tratamento, obtendo assim o consentimento informado antes do tratamento clínico ou cirúrgico.

Alguns doutrinadores ainda assemelham a iatrogenia a uma excludente da responsabilidade civil do médico, mesmo esta não se encaixando perfeitamente ao campo das excludentes de ilicitude. Neste sentido, Jerônimo Romanello Neto, relata que;

A iatrogenia há tempos foi confundida com um tipo de enfermidade, pelo que alguns autores qualificaram-na de enfermidade iatrogênica, razão pela qual uma definição mais exemplificativa torna-se necessária, na medida em que ela é utilizada para servir como causa excludente da responsabilidade do médico.

Paralelo a este entendimento, temos uma segunda vertente que entende ser possível a responsabilidade civil do médico, quando a lesão iatrogênica for derivada de uma “falha de comportamento humano”. Para isso é necessário ficar evidenciada a relação de causalidade entre a conduta médico culposa e o resultado danoso, tornando assim o ato ilícito e passível de responsabilização do facultativo, sendo necessário uma análise do ato médico se este foi espontâneo e livre de coação.

Rui Stoco ao se referir a iatrogenia entende que esta pode tanto representar um dano causado por uma ação ou omissão do médico no exercício de sua profissão, caracterizando um ato jurídico e, conseqüentemente, lícito, bem como pode representar um ato sem respaldo na lei, portanto, ilícito. Neste mesmo sentido Adriana Maluf menciona que as iatrogenias não decorrem apenas de erros médicos, haja vista que, na literatura médica, há muitas fontes de iatrogenia. Alguns exemplos citados pela autora são o erro médico, a negligência, os erros de diagnósticos, os efeitos adversos dos remédios, bem como os efeitos colaterais de tratamentos como a radioterapia e a quimioterapia.

Resta evidente que não há um consenso na doutrina quanto a responsabilidade civil médica nos casos decorrentes de iatrogenia, haja vista que dispomos de poucas referências sobre o assunto em questão.

A responsabilidade dos profissionais médicos no cumprimento de suas atribuições é de extrema importância, considerando que se algum dano for causado aos pacientes nos termos da legislação vigente, uma punição severa será aplicada.

CONCLUSÃO

O presente trabalho apresenta a relação médico-paciente, destacando a relevância do dever de informação, onde este garante que todas as informações necessárias ao estado de saúde, bem como tratamentos e medicamentos disponíveis devem ser informados ao paciente para que este possa exercer seu consentimento livre e esclarecido.

Trazendo uma análise a partir da natureza da responsabilidade civil médica, dos direitos e deveres quando consideramos médico e paciente, sendo que estes têm influência direta no atuar médico e no campo da responsabilidade civil, ora configurando erro médico ora iatrogenia, resta evidente que erro médico e iatrogenia são excludentes e inconciliáveis.

O erro médico em qualquer circunstância, desde que evidente e provada a culpa, gera o dever de reparar o dano, a julgar por uma ação que não contempla técnicas, cuidados e faltando com seus deveres elencados no ordenamento jurídico vigente no seu órgão de classe, ao passo que a iatrogenia nos seus mais variados exemplos, caracteriza-se por uma lesão resultante de uma ação médica correta e necessária, logo afasta a reparação de eventual dano causado em virtude de intervenção médica cirúrgica e procedimental ou tratamento realizado por meio de remédios.

Quando falamos em medicina, devemos considerar estarmos diante de uma ciência não exata, onde os profissionais buscam constantemente novas técnicas e métodos com o intuito de proporcionar ao paciente o tratamento mais eficaz e menos danoso e invasivo possível. Mas justamente por se tratar de uma ciência inexata, detentora de todos os avanços e descobertas, existem danos que são impossíveis de evitar no atual estágio da ciência, isentando, nesses casos, os médicos de qualquer responsabilidade se agirem dentro dos preceitos da lei e da ética.

Diante de todo o exposto no decorrer do artigo, se faz necessário uma análise criteriosa dos casos que chegam nos tribunais, fato que vem acontecendo, pois a iatrogenia não pode ser usada como escudo protetor aos médicos, profissionais que manipulam constantemente o bem mais valioso que se pode ter, a vida, no entanto estes profissionais também não podem carregar uma culpa que não lhes pertence, quando praticam a medicina como instrumento para salvar vidas.

REFERÊNCIAS:

- BALINT, M. O médico, o paciente e a doença. 5 ed. São Paulo: Atheneu, 2005.
- BERGSTEIN, G. Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-144339/publico/OS-LIMITES-DO-DEVER-DE--NA-RELACAO-MEDICO-PACIENTE-Bergstein.pdf>. Acesso em; 09 de agosto de 2022.

BOMTEMPO. T.V. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-98/diretivas-antecipadas-instrumento-que-assegura-a-vontade-de-morrer-dignamente/>. Acesso em; 09 de agosto de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 8 de agosto de 2022.

BRASIL. Código de Ética Médica. Resolução nº 1.931 de 2009. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br>. Acesso em 20 de agosto de 2022.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Quarta Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 992050605657(992375900). Rel. Des. Enio Zuliani, j. 29/04/2010. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

CARDOSO, A. Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 289.

CARVALHO, J. C. M. Iatrogenia e Erro Médico sob o enfoque da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COUTO FILHO, A. SOUZA, A. Responsabilidade civil médica e hospitalar. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, J.A. Da responsabilidade civil. 11. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, M.H. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

DROPA, R. Erro Médico. Ambito Juridico, Rio Grande, v.7, n.17, maio de 2004. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3876. Acesso em 10 de agosto de 2021.

D'URSO, A. F. A responsabilidade criminal dos médicos e de falsos médicos. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/285006/a-responsabilidade-criminal-dos-medicos-e-de-falsos-medicos>. Acesso em: 15 de agosto de 2022.

FARAH, E. Infecção hospitalar em face do interesse público, da lei e da justiça. Revista do instituto dos advogados do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 31, p. 143-185, jan./jun. 2013.

FORSTER, N. Erro Médico. São Leopoldo: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2002.

FRANÇA apud CARVALHO, J. C. M. Iatrogenia e Erro Médico sob o enfoque da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, C.R. Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. V. 4.

LAMAS, L.P.A. A responsabilidade civil por erro médico a luz da legislação brasileira. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61288/a-responsabilidade-civil-por-erro-medico-a-luz-da-legislacao-brasileira>. Acesso em: 25 de agosto de 2022.

MORAES, I.N. Erro Médico e a justiça. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 426.

PEREIRA, P.M.F.L. Relação Médico paciente: o registro à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROMANELLO NETO, J. Responsabilidade civil dos médicos. 2. Ed. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2009.

SANTOS, P.P.S. Responsabilidade Civil: origem e pressupostos gerais. In. Ambito Juridico, Rio Grande, XV, nº 101, jun 2012. Disponível em: https://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leituras&artigo_id=11875. Acesso em: 18 de agosto de 2022.

SCHUTZ, A. Fenomenologia e relações sociais. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1979.

SOUZA, apud DIAS, J.A. Da responsabilidade civil. 11. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STOCO, R. Tratado de Responsabilidade Civil. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

46 GUARDA COMPARTILHADA: EM FAVOR DOS DIREITOS E INTERESSES DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

LUIS GUSTAVO LIBERATO TIZZO
RAFAEL WILLIAN STUCHI DE LAYA

RESUMO: O presente trabalho trata sobre a guarda compartilhada em favor dos direitos e interesses das crianças e dos adolescentes. Sabe-se que quando o casal se separa e tem filhos uma das preocupações é em relação à guarda, visto que muitas vezes essa guarda fica sob a responsabilidade de apenas um genitor. No entanto com a instituição da Lei 13.058/2104 que coloca a guarda compartilhada como regra essa situação começou a mudar. O estudo tem como objetivo geral estudar sobre a guarda compartilhada: em favor dos direitos e interesses da criança e do adolescente, e como objetivos específicos: (a) explicitar historicamente sobre o pátrio poder e poder familiar, apresentando seu surgimento, as primeiras leis e a evolução do direito de família na legislação; (b) expor o conceito da guarda e suas modalidades de forma breve; (c) explicitar sobre a alienação parental e o princípio do melhor interesse da criança (d) abordar sobre a fixação da guarda compartilhada ao menor e adolescente. Como metodologia optou-se pela pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva. Com esta pesquisa pretende-se contribuir para que aja uma atenção maior na questão da definição da guarda.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda. Guarda compartilhada. Princípio do melhor interesse da criança.

ABSTRACT OU RESUMEN: This paper deals with shared custody in favor of the rights and interests of child and adolescent. It is known that when the couple is part of it and has children one of the concerns is in relation to custody, since often this guard is under the responsibility of only one genitor. However with the institution of Law 13.058/2104 that places shared custody as a rule this situation began to change. The study has as general objective to study about shared custody: in favor of the rights and interests of child and adolescent, and as specific objectives: (a) to explicit historically about the patriotic power and family power, presenting its emergence, the first laws and the evolution of family law in legislation; (b) expose the concept of the custody and its modalities; (c) explain the parental alienation and the principle of the best interests of the child; (d) to address the fixation of shared custody to the minor and adolescent. The methodology was chosen by bibliographic, qualitative and descriptive research. With this research it is intended to contribute to pay greater attention to the issue of the definition of custody.

KEYWORDS OU PALABRAS-CHAVE: Custody. Shared custody. Principle of the best interest of the child.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema a guarda compartilhada: em favor dos direitos e interesses da criança e do adolescente. Sabe-se que ao término de uma relação conjugal, muitas vezes surgem dúvidas em relação à guarda do filho, isso porque quase sempre há uma ruptura dos laços afetivos, o que acaba gerando uma alienação parental, onde sempre a mais prejudicada é a criança, que nessa fase da vida ainda se encontra em desenvolvimento e não tem condições de intervir nessa situação.

Porém, com sanção da Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010 que trata sobre a alienação parental e suas consequências jurídicas buscou-se inibir a alienação parental e defender o interesse da criança e do adolescente.

O novo contexto social trouxe a consolidação da igualdade parental entre os genitores com a efetiva corresponsabilização dos pais, como também o tempo igualitário de convivência com os filhos e, ainda, a utilização desse modelo de guarda legal mesmo nas hipóteses de divergências e litígio entre as partes (COLTRO, 2017, p.41).

A guarda compartilhada vigente na lei coloca que as questões referentes aos filhos devem ser resolvidas por ambos os pais, e que não há exercício de “posse” sobre a criança e nem existe a possibilidade de limitação no exercício do poder familiar, sendo este inerente tanto ao pai quanto a mãe.

Com isso excluiu-se, definitivamente, o modelo antigo de guarda em que a guarda era atribuída para apenas um dos genitores, o que propiciava muitas vezes o abuso ao exercer a parentalidade, onde o detentor da guarda muitas vezes utilizava a criança para atingir o ex-companheiro em diversas situações.

No entanto, junto da nova lei da guarda compartilhada vieram mudanças importantes para o Direito de Família brasileiro, uma vez que o legislador afirma que ambos os pais devem ser comprometidos e engajados com a criação dos filhos e devem atender aos deveres próprios do poder familiar.

Com isso, no modelo atual de guarda há a tentativa de manter quase que inalterável a relação paterno e materno filial, o que propicia melhor desenvolvimento psicológico e uma estabilidade emocional maior para a criança, haja vista que no antigo modelo de guarda compartilhada a criança perdia a referência do pai ou da mãe e da própria estrutura familiar. E no novo modelo não, mesmo que seja por imposição, a criança terá contato com ambos os genitores e os mesmos deverão dividir igualmente o tempo e as responsabilidades em relação ao menor.

O que justifica essa pesquisa é o fato de que a família é à base de tudo, uma célula importante na sociedade, mas em muitos casos, há situações que promovem certo desequilíbrio entre os cônjuges e filhos, sendo que os mais prejudicados na separação dos cônjuges e na decisão da guarda são os próprios filhos, sendo eles; crianças ou adolescentes afetando-os seu psicológico e desenvolvimento pessoal.

A pesquisa teve como objetivo geral estudar sobre a guarda compartilhada: em favor dos direitos e interesses da criança e do adolescente, e os objetivos específicos são: (a) explicitar historicamente sobre o pátrio poder e poder familiar, apresentando seu surgimento, as primeiras leis e a evolução do direito de família na legislação; (b) expor o conceito da guarda e suas modalidades de forma breve; (c) explicitar sobre a alienação parental e o princípio do melhor interesse da criança (d) abordar sobre a fixação da guarda compartilhada ao menor e adolescente.

Como metodologia optou-se pela pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva. Para a coleta de dados foi utilizado o sistema eletrônico (base de dados SCIELO, CAPES, LILACS, GOOGLE ACADÊMICO), ainda, ampliou-se a pesquisa em outras fontes, tais como, documentos governamentais, por meio de materiais impressos como livros, monografias e on-line publicados, essa busca foi executada para artigos científicos no período de 2000 a 2021, que apresentaram como palavras-chaves: guarda compartilhada, poder pátrio, poder familiar, direito de família.

2 BREVE HISTÓRICO DO PODER PÁTRIO E DO PODER FAMILIAR

A princípio o conceito de poder pátrio era o conjunto de direitos que a lei concedia ao pai sobre a pessoa e os bens do filho. Esse primeiro conceito vinha da cultura romana, e o conceito de pater não estava relacionado ao conceito de pai, mas estava relacionado à figura soberana e de poder incontestável sobre a família (MURICY, 2005).

Tanto que pater não estava ligado à figura do pai, que até quem não tinha filhos ou não tinha idade para se casar poderia ser pater, durante esse período histórico, era considerado pater aquele que tinha autoridade sobre uma família (MURICY, 2005).

A origem do poder pátrio se deu na Roma Antiga, e a maior parte de sua essência tinha como base a estrutura familiar romana, cujas relações familiares eram baseadas na relação de poder.

No poder familiar do direito romano, o chefe familiar podia transacionar os filhos, entregando-os para pagamento de dívida, a fim de mitigar danos decorrentes de responsabilidade civil e até mesmo abandoná-los, nos casos de eugenia (TARTUCE, 2021).

Segundo Venosa (2012), o pai tinha direito absoluto sobre o patrimônio do filho, era o poder/dever que o pai tinha sobre a pessoa dos filhos, no qual ele detinha o posto de chefe da família, logo, senhor das decisões, sendo que não se falava no poder do pai e da mãe, mas somente no poder do homem.

Essa questão só começou mudar a partir do decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, quando passou a conceder à viúva o poder pátrio sobre os filhos do casal extinto, com isso, esse poder deixou de ser uma prerrogativa essencialmente masculina.

No entanto, segundo Dias (2006), a mulher só teria o pátrio poder em relação aos filhos, na falta ou no impedimento do marido. Caso a mulher viesse a ficar viúva e casasse novamente, perdia o pátrio poder em relação à sua prole, não importando a idade dos filhos.

Com o Código Civil de Beviláquia, em 1916 houve uma mudança no conceito de poder pátrio, que passou a chamar-se poder dos pais sobre a pessoa dos filhos, porém sendo exercido no interesse destes (MURICY, 2005).

Somente com a Carta de 1988 foi que houve uma mudança na nomenclatura e o até então chamado poder pátrio passou a chamar-se poder familiar, por meio dos Princípios do Melhor Interesse da Criança e da Proteção Absoluta.

Em continuidade, apesar de ter sido alterada a nomenclatura do poder pátrio, o conteúdo dos dispositivos manteve-se o mesmo, ou seja, é o poder exercido pelos pais em relação aos filhos dentro da ideia democrática de colaboração, baseada, sobretudo, no afeto (TARTUCE, 2021).

Com o Código de 2002, aperfeiçoou-se a matéria, rompeu-se com a tradição machista arraigada na dicção anterior, para consagrar a expressão “poder familiar” (GAGLIANO; FILHO, 2021, p.223).

A expressão poder familiar é conceituada por Gagliano e Filho (2021, p. 223) “como o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”.

Para Araújo (2014, p.10), “o poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e deveres pessoais e patrimoniais em relação ao filho menor. É o dever moral, obrigação jurídica de sustentar, educar e ter o filho em sua companhia”.

De acordo com Coelho:

O poder familiar é titulado pelo pai e pela mãe, em conjunto, e a ele se submete o filho, enquanto for menor. Trata-se de poder indelegável – exceto parcialmente entre os que titulam – que a lei concede aos pais para que possam dispor de instrumentos para adequado cumprimento de sua importância tarefa de preparar o filho para a vida (COELHO, 2011, p.203).

Em todos os conceitos apresentados fica claro que o poder familiar segue o princípio de isonomia, por isso não prevalece mais a superioridade masculina que havia no poder pátrio, ambos têm os mesmos direitos e deveres.

Conforme o previsto no art. 5º, inciso I, e art.226,§ 5º que dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...], nos termos seguintes: I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição, [...]

Art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

Ainda de acordo com a Constituição o art. 1.511 do Código Civil dispõe que o casamento estabelece comunhão plena de vida, baseado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, sendo essa igualdade também estendida na relação com os filhos.

No entanto, se por acaso esse casamento um dia vier acabar, a relação entre pais e filhos jamais acabará, pois pode existir ex-marido ou ex-mulher, porém jamais existirá ex-filho. Conforme o artigo 1634 do Código Civil “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quantos aos filhos” (WALDYR FILHO, 2010).

Os poderes conferidos aos pais, de acordo com o art. 1.634 do CC/2002, e alterado pela Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014 são:

- I – dirigir-lhes a criação e a educação;
- II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Os poderes são conferidos aos pais, porém quando há separação, divórcio ou fim de união estável, a aplicação e exercício do poder familiar vão depender do tipo de guarda, pois dependendo da guarda escolhida poderá acabar prejudicando o cumprimento dos deveres do poder familiar. Por isso, para uma melhor compreensão de qual delas atende o melhor interesse da criança/ou adolescente será exposto os tipos de guarda.

3 CONCEITO DE GUARDA E SUAS MODALIDADES

No Direito Civil e Comercial, guarda significa a obrigação imposta a alguém de ter vigilância e zelo pela conservação do bem de coisa ou pessoas que estão sob sua responsabilidade. No Direito de Família, a guarda refere-se aos filhos menores de 18 anos e significa o poder dever dos pais de ter seus filhos em sua companhia para educá-los e criá-los (PEREIRA; FACHIN, 2021, p.417).

O termo guarda pode ser conceituado de diversas formas, Strenger (1991, p.22) conceitua guarda como o “poder-dever, submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”.

Nessa mesma linha, Carbonera (2000, p.47) define guarda como o meio jurídico mediante o qual se atribui a uma pessoa “um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”.

E Milano coloca que:

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representa-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes (MILANO, 2008, p.39).

Atualmente a guarda é regulamentada pelo Código Civil de 2002, nos artigos 1.583 a 1.590 e 1.643, e nos artigos 33 a 35 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que abordam a guarda propriamente dita, com base nos princípios constitucionais dispostos nos artigos 227 e 229 da Constituição Federal de 1988.

O art. 33 do ECA coloca que: “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos

pais". Ao analisar-se o texto do ECA e os demais conceitos de guarda percebe-se que é de responsabilidade do detentor da guarda: guardar, proteger, educar e prover tudo o que o menor necessitar para o seu desenvolvimento. Para isso a justiça determina algumas modalidades de guarda.

3.1 GUARDA ORIGINÁRIA E DERIVADA

A guarda originária origina-se naturalmente da própria maternidade ou paternidade. Esta integrada no poder familiar como um direito-dever que os pais tem de conviver com o menor, possibilitando a estes exercer todas as funções parentais como educação, a assistência, a vigilância (ARAÚJO, 2011).

A guarda derivada tem sua origem na lei e quem possui esse tipo de guarda é aquele que a justiça determina para exercer a tutela do menor, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, abrangendo as formas de guarda que não se enquadram nos modelos tradicionais (ARAÚJO, 2011).

3.2 GUARDA UNILATERAL OU EXCLUSIVA

Até pouco tempo atrás, a guarda unilateral era regra no judiciário, porém essa regra passou a ser alterada a partir da lei 11.698/2008, em que esse tipo de guarda passou a ser aplicada somente quando não for possível aplicar a guarda compartilhada.

É uma modalidade de guarda em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, com isso, o filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião, cabendo ao outro genitor apenas o direito de visitas, regulamentado pelo juiz. Ou seja, há a figura do guardião e do mero visitante.

A decorrência deste tipo de guarda vem a partir de uma separação fática, judicial ou do divórcio dos pais; como pode advir de um ou de ambos os genitores, do óbito de um genitor, e também por consequência da paternidade não revelada (ARAÚJO, 2011).

Lobo (2009) ressalta que alguns fatores são observados antes de atribuir a guarda a um dos genitores como: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; educação. Ainda de acordo com o mesmo:

Para a realização desses fatores também é importante o grupo familiar a que pertence o genitor que pretende ter a guarda do filho. Saúde não é apenas a curativa, mas, principalmente, a preventiva, com atenção a higiene e a hábitos saudáveis de alimentação e desenvolvimento físico. A segurança diz respeito à integridade física, à liberdade de ir e vir, ao acompanhamento das relações sociais do filho de modo a evitar os riscos com más companhias, ao acompanhamento do desenvolvimento moral. Por fim, a educação inclui a formação escolar e a formação moral, espiritual, artística e esportiva. Evidentemente, que tudo há de ser dosado de acordo com os rendimentos dos genitores, pois o ponto ótimo nem sempre é possível de ser atingido (LOBO, 2009, p. 173).

Cada caso é único, o juiz sempre vai ponderar os fatores descritos acima juntamente com o que é melhor para o menor. No entanto, a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia, isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras (DIAS, 2006, p.361).

De acordo com Rosa (2015), a prole acaba perdendo o vínculo familiar com o pai não guardião, pois o protetor acredita que somente ele tem o poder familiar, assim dificultando a convivência com o outro genitor.

Em razão disso, a guarda unilateral só deve ser aplicada quando um dos genitores demonstrar desinteresse em compartilhar a guarda, sendo assim necessário que o magistrado investigue o motivo do mesmo não querer exercer a guarda.

3.3 GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada é uma modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas (GAGLIANO, 2021).

Nessa modalidade de guarda, os pais revezam a guarda, ou seja, o menor fica um período extenso com um dos genitores e o mesmo período com o outro genitor. Na visão de Filho,

refere-se esse modelo a uma caricata divisão pela metade, em que os ex cônjuges são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Ela é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e ideias na mente do menor e à formação de sua personalidade. Por isso a jurisprudência a desabona, quando a criança passa de mão em mão (FILHO, 2010, p.124).

Esse tipo de guarda não é considerado como ideal, pois traz muitos malefícios para o menor, uma vez que a criança precisa ficar muito tempo longe de um dos genitores, o que não atende ao melhor interesse da criança e vem encontrando resistências em nossos tribunais.

Filho (2021) ressalta que neste tipo de guarda a criança não tem definido um lar, horários e rotinas adequadas, além disso, é grande número de mudanças e isto pode gerar alguma instabilidade emocional.

E conforme Rizzardo (2004) todo cidadão tem como necessidade básica um lar ou moradia fixa, sob pena de terem aumentadas a insegurança e a instabilidade.

Para Rosa (2015), a guarda alternada é um egoísmo dos pais, pois ambos só pensam no seu próprio bem-estar, deixando de lado o interesse dos filhos e tratando-os como se fossem objetos.

Em razão disso, partindo da atual perspectiva fática e jurídica compreende-se que a guarda compartilhada é a modalidade que melhor atende ao interesse do menor, considerando que este tem o direito de conviver sadiamente com ambos os genitores.

4 GUARDA COMPARTILHADA

Um dos direitos que os filhos têm é o direito de conviver com os pais. Independente da situação conjugal do casal, o menor deve ter esse direito assegurado. No entanto, na maioria das vezes quando se termina um relacionamento, começa um distanciamento do menor em relação a uma das partes.

Porém, nosso sistema jurídico determina que a ruptura da conjugalidade não pode significar também ruptura dos vínculos entre a criança ou o adolescente e seus pais. O menor deve ser tratado como pessoa em formação, sujeito de direito e não um objeto de negociação (PEREIRA; FACHIN, 2021, P. 421).

Por isso, foi que surgiu a lei 13.058/2014 que instituiu a guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de dissenso entre os genitores. A exceção é quando há declaração de um dos genitores ao magistrado que não deseja a guarda do menor, ou inaptidão para exercer a autoridade parental.

De acordo com o § 1º, art. 1.583, do Código Civil de 2002, alterado pela Lei 11.698/2008, a Guarda compartilhada é segundo definição legal, a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (PEREIRA; FACHIN, 2021, P. 421).

Segundo Filho a guarda compartilhada é

um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, da forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criar e cuidar dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos (FILHO, 2010, p. 78).

Para Gagliano,

a guarda compartilhada ou conjunta – modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica- na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detém-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos (GAGLIANO, 2021, p.218).

Nota-se que a guarda compartilhada passou a ser regra imposta pelo nosso ordenamento jurídico em nome do princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Esse “modelo” de guarda nada mais é do que a aplicação da regra prevista no artigo 1.632 do Código Civil, que se encaixa perfeitamente aos princípios esculpidos pela nova ordem constitucional.

Na prática, a guarda compartilhada quebra uma estrutura de poder contida na guarda unilateral. Além disto, promove a igualdade entre os genitores, não fazendo nenhum tipo de distinção, menos ainda sobre quem teria melhores condições para o exercício da guarda, pois, presumidamente, ambos os pais as têm.

No entanto, haverá necessidade de se fixar a residência -base de moradia- do filho, que de acordo com o art. 1.583, § 3º, do Código Civil, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Na guarda compartilhada os dois genitores exercem igualmente os direitos e deveres, pois mesmo separados ambos são iguais no que diz respeito às responsabilidades de educação e formação dos filhos.

E ainda, de acordo com Dias (2006), é um privilégio para os genitores, pois definindo a guarda compartilhada, poderão estar presentes mais intensamente na vida de seus filhos, não precisando ser impostas regras entre os genitores, pois ambos têm os mesmos direitos e deveres.

A guarda compartilhada visa garantir a igualdade entre os genitores, conforme Neiva,

[...] a guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha (NEIVA, 2002, p.2).

Percebe-se que o intuito da guarda compartilhada é fazer com que se torne possível aos pais que não detém a guarda manter o vínculo afetivo com os filhos, e principalmente para que os filhos tenham o direito de conviver com os pais, independente de qualquer coisa.

Segundo Dias (2006, p.401), a intenção da guarda compartilhada é manter os laços de afetividade, buscando diminuir os efeitos que a separação pode trazer aos filhos, e ao mesmo tempo tenta manter de forma igualitária a função parental, mantendo assim os direitos dos filhos e dos pais.

Por isso, que atualmente a melhor modalidade de guarda para os pais é a concessão da guarda compartilhada, pois os filhos ficam sob a guarda dos dois genitores, mostrando que eles continuam com a responsabilidade pela educação de sua prole.

5 ALIENAÇÃO PARENTAL

A expressão alienação parental foi cunhada pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, em meados da década de 1980, como Síndrome da Alienação Parental – SAP (PEREIRA e FACHIN 2021).

Segundo Souza (2014, p.104), Gardner, considerado um dos maiores especialistas do mundo no assunto separação e divórcio, observou que, na disputa judicial, os genitores procuravam, de forma incessante, afastar os filhos do ex- cônjuge, fazendo uma verdadeira lavagem cerebral na mente das crianças.

Para Pereira e Fachin (2021), trata-se de implantar na psiquê e memória do filho uma imagem negativa do outro genitor, de forma tal que ele seja alijado e alienado da vida daquele pai ou mãe. Alienação Parental é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e psíquica de uma criança/adolescente.

A alienação parental é uma maneira de destruir o outro cônjuge, e distanciar a prole do genitor alienado, sem que existam considerações significativas para afastar a criança do convívio com o outro genitor. Aos poucos, a criança começa a desprezar o alienado, ficando, assim, caracterizada a alienação parental, quando um dos genitores ou seus parentes, prejudicar o desenvolvimento do menor.

Em razão disso a lei 12.318, de 26/08/2010 trata especificamente sobre a alienação Parental dispõe que,

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 (Art. 2º). E o parágrafo único deste mesmo artigo exemplifica atos de alienação parental, além de outros que podem ser declarados pelo juiz, se constatados por perícia ou por outros meios de prova: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (PEREIRA e FACHIN, 2021, p.439).

O artigo apresenta algumas formas de alienação parental, porém existem muitas outras, a questão da alienação parental sempre existiu, desde as primeiras civilizações, isto pode ser constatado no mito da Medéia, que mata seus próprios filhos para se vingar do marido, Jasão, que havia se apaixonado pela princesa Corinto (EURÍPEDES, 1980).

O problema é que nessa “guerra” entre alienador e alienado, o prejudicado é sempre o infante que tem seu direito à convivência com o outro genitor negado, por isso o exercício da guarda compartilhada é a melhor solução, pois os filhos terão sempre a sensação de dupla parentalidade.

6 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Uma convivência familiar saudável é um direito que a criança tem, e esse direito pode ser garantido por meio do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Aplicar esse direito é fundamental, principalmente nos casos em que a criança se encontra em situação de vulnerabilidade, pois assim é garantida a devida proteção, o desenvolvimento e a formação da personalidade de forma sadia.

O princípio do melhor interesse teve suas raízes na mudança da estrutura familiar que se deu ao longo do século XX, quando a família passou a ser compreendida como um fato da cultura, e não da natureza, e com declínio do patriarcalismo, a família perdeu sua rígida hierarquia, sua preponderância patrimonialista e passou a ser o locus do amor, do companheirismo e da afetividade (PEREIRA e FACHIN, 2021).

De acordo com Paladino (2016), a origem histórica do princípio do melhor interesse da criança está no instituto protetivo do *parens patrie* do direito anglo-saxônico, pelo qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados – menores e loucos.

No século XVIII o instituto foi cindido separando-se a proteção infantil da do louco e, em 1836, o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês (PEREIRA, 2000).

Na Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, no princípio 2º declarava que “a criança gozará de proteção especial (...) ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que atenderá será o interesse superior da criança”.

Com isso, as crianças e adolescentes começaram a ser percebidos como sujeitos, pessoas em desenvolvimento passaram a ocupar lugar especial na ordem jurídica. Por estarem em desenvolvimento, merecem proteção integral especial e tem absoluta prioridade sobre os outros sujeitos de direitos (PEREIRA e FACHIN, 2021).

Explicando os motivos da proteção estatal à criança, Pereira afirma que:

Em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, o objetivo era promover sua realização enquanto tal. Por isso, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, têm posição privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compendo a criar formas viabilizadoras deste intento. (PEREIRA, 2006, p. 127).

No ambiente familiar, os filhos menores por não terem a capacidade de gerir suas vidas por conta própria, acabam ganhando destaque, necessitando assim de alguém, de preferência os pais, para gerir suas vidas de maneira sadia, a fim de trilhar os caminhos para que eles exerçam sua autonomia.

No ordenamento jurídico pátrio, o art. 227 e o art. 4º colocam que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1988).

Nessa mesma linha está o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que também busca a proteção do infante. Em relação a este princípio Lobo ressalta que:

O princípio do melhor interesse significa que a criança - incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança - deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade, ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse (LOBO, 2009, p.182).

Compreende-se que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente prima de maneira absoluta para que seja assegurado aos infantes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Por isso, este se tornou um norte para as questões relacionadas à infância e juventude, visto que este se desdobra e reforça no Princípio da Proteção Integral e da Absoluta Prioridade, de acordo com Pereira e Fachin (2021) o princípio do melhor interesse da criança deve ser compatibilizado com outros princípios como o da

afetividade, da responsabilidade e dignidade humana, e que este é um critério significativo na decisão e na aplicação da lei.

Ao aplicar este princípio é fundamental que os interesses e os direitos das crianças e dos adolescentes devem se sobrepor aos dos adultos, e que os mesmos sejam tratados como sujeito de direitos e titulares de uma identidade própria e também de uma identidade social (PEREIRA e FACHIN 2021).

7 FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA AO MENOR E ADOLESCENTE

Quando um casal se separa muitas mudanças acontecem em suas vidas e também nas dos filhos. Porém, apesar das mudanças o que não muda é a responsabilidade em relação aos filhos, esta permanece inalterada, por isso a definição da guarda é fundamental. A definição da guarda se faz necessário para que se cumpra o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto.

A definição da guarda ocorre de duas maneiras: no processo consensual quando há um acordo entre os genitores sobre a guarda, o direito de visitas e a pensão alimentícia, no entanto, quando não há um acordo entre os genitores sobre a guarda apela-se para o processo litigioso, onde a guarda será definida pelo juiz, após o pronunciamento do Ministério Público, realização de audiência e estudo social.

No § 2º do artigo 1.584 do Código Civil recomenda-se que a guarda compartilhada deve sempre considerar as condições fáticas e os interesses superiores dos filhos, pois deles são as prioridades a serem consideradas com vistas ao bem-estar, devendo a decisão judicial acerca da guarda conjunta relativa à divisão do tempo de convívio com os filhos ponderar, por exemplo, questões relacionadas à faixa etária do filho e a outros pressupostos de seu interesse, levando exatamente em conta que a guarda compartilhada tem em mira permitir a cada um dos pais o direito de poder participar das mais relevantes decisões pertinentes a seus filhos comuns, sempre na intenção de proteção da prole, durante seu estágio de crescimento, desenvolvimento e estabilidade emocional, devolvendo à vida dos filhos de pais separados a participação efetiva de ambos os genitores na sua formação social, psicológica, afetiva, espiritual e no tocante à sua educação (BAPTISTA, 2008).

Para Krause, ao se definir a guarda alguns fatores precisam ser considerados,

Há uma série de fatores a serem considerados, como a vontade do ascendente ou dos ascendentes em deterem a sua guarda; a vontade dos filhos a respeito dessa custódia; a interação e o relacionamento da criança com o seu genitor, em confronto com qualquer outra pessoa que mantenha significativa afetividade com este; a adequação da criança com a casa, a escola e a comunidade e a saúde mental e psicológica das pessoas envolvidas na custódia (KRAUSE, 1986, p.249).

Durante muito tempo esses fatores não foram muito considerados, na maioria das vezes quando os pais se separavam era atribuída a custódia individual, maciçamente outorgada à mãe, com raras exceções quando o interesse do menor era afetado.

A questão da preferência em conceder à guarda para a mãe estava relacionada ao fato de que naquele período a maioria das mulheres não trabalhava fora de casa, assim tinham mais tempo para dedicar-se aos filhos, com isso, para a figura paterna ficava apenas a tarefa de visitar os filhos. Outra questão que também se considerava na decisão era a idade dos filhos, que muitas vezes por terem pouca idade, entendia-se que dependiam mais da mãe.

Depois de algum tempo a guarda unilateral passou a ser atribuída ao genitor com melhores condições financeiras, físicas e emocionais de cuidar dos filhos, somente em 2008 foi que se instituiu a guarda compartilhada, quando foi aprovada a Lei 11698/2008 e acrescentou-se no artigo 1583, junto com o termo guarda unilateral o termo guarda compartilhada, assegurando esta, como sendo mais uma alternativa aos pais e magistrados.

No entanto, a regulamentação de fato da guarda compartilhada veio com a Lei 13.058 de 2014, onde esse tipo de guarda passou a ser uma regra de aplicação quando há uma dissolução conjugal. Com ressalva,

no caso de haver violência contra a criança. Fora isso, segue-se a base jurídica, se ambos os genitores possuírem condições e tiverem interesse em compartilhar a guarda, esta deverá ser empregada.

Em relação à guarda compartilhada, Otero coloca que,

A guarda compartilhada da Lei n. 11.698/2008 buscava resgatar esse ambiente de harmonização e de coparticipação ou cooperação dos pais na educação e formação de seus filhos comuns, no salutar propósito de não dar qualquer solução de continuidade no exercício efetivo do poder familiar, tão relevante no que respeita à educação e formação dos filhos e, desse modo, minimizar os efeitos negativos da separação dos pais (OTERO, 2012, p.109).

Para Akel,

A guarda compartilhada visa ensejar a menor alteração possível na relação paterno-filial e materno-filial, propiciando ao menor uma melhor condição de desenvolvimento psicológico, uma maior estabilidade emocional, intentando que o menor sinta e seja atingido da forma menos gravosa á ruptura conjugal ocorrida, aspirando assim que mantenha a mesma referência relativa ao seu pai e sua mãe, pois estes conviverão de forma igualitária com sua prole (AKEL, 2008, p. 41).

Ainda de acordo com a mesma autora, o maior pressuposto desse modelo de compartilhamento da guarda é o de manter os laços que uniam os pais à prole antes da ruptura da sociedade conjugal e que o desentendimento dos genitores não pode sob nenhuma forma prejudicar o seu relacionamento para com seus filhos (AKEL, 2008).

O compartilhamento de guarda é uma forma de fazer com que mesmo os genitores após a separação estarem morando em lares diferentes, ainda tenham responsabilidade pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos e continuem responsáveis pelo integral desenvolvimento da prole, mesmo estando separados de fato ou divorciados, obrigando-se a realizarem da melhor forma possível suas funções parentais.

A prática dual da custódia considera a possibilidade de os pais seguirem exercendo o poder familiar, tal como ocorria enquanto coabitavam, correpartindo a responsabilidade que têm com suas funções parentais e com as decisões relativas aos filhos menores e incapazes (MADALENO, 2022).

Para os que defendem a guarda compartilhada o principal argumento é que uma das principais virtudes é a de garantia do direito da criança em se relacionar com seus pais, reduzindo a área de conflito entre ex-consortes ou companheiros, ao eliminar uma disputa entre “ganhador e perdedor” (BANDERA, 2005).

Ademais, também é uma maneira de tirar o peso de muitas mães separadas que criam, educam e formam os filhos, sozinhas, por isso, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 25/2016, cujo artigo 1º aconselha aos juízes das Varas de Família que, “ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil” (MADALENO, 2022).

Conforme Barbosa (2021), a guarda compartilhada,

é uma das regulamentações mais importantes que foram criados de forma prática, isso por uma única e exclusiva justificativa, pois, a criança e o adolescente em evolução, já são formados por suas próprias concepções e referências, e consequentemente todos que os circundam, seus genitores, avós, e até mesmo seus próprios guardiões provisórios. Essa educação psíquica leva um imenso tempo para acontecer, sendo assim, seria muitíssimo frustrante, embora aconteça habitualmente, imaginarmos menores crescendo e se evoluindo sem a presença de um dos genitores, por motivos de desavença entre os pais que não conseguem chegar a um denominador

comum sobre a melhor forma de compartilhar a guarda de seu próprio filho (BARBOSA, 2021, p.49).

A guarda compartilhada reconhece e põe em prática os princípios da isonomia entre o homem e a mulher e os do superior interesse da criança (BAPTISTA, 2008). Ela visa atender as necessidades das crianças e dos pais, quando possibilita a estes exercerem de maneira igual os direitos e deveres relativos ao poder familiar, e àqueles quando lhes permite conviver igualmente com ambos os pais, mantendo assim as relações afetivas.

A fixação da guarda compartilhada precisa de fato ser uma regra e não uma exceção, já que ela assegura a convivência em família, a proteção integral da criança e do adolescente.

CONCLUSÃO:

O presente estudo procurou demonstrar a evolução da questão da guarda, começando desde o poder pátrio, onde apenas quem tinha o direito absoluto sobre os filhos era a figura paterna até a instituição da guarda compartilhada por meio da lei a partir da lei 11.698/2008.

Durante muito tempo o pai era quem tinha o poder de decidir tudo em relação aos filhos, à mãe cabia apenas à submissão, porém com a Carta de 1988 o poder pátrio por meio dos princípios do melhor interesse da criança e da proteção absoluta passou-se a chamar poder familiar, com isso pai e mãe passaram a ter os mesmos direitos.

A partir disso, surgiu a disputa pela guarda dos filhos quando há uma separação litigiosa, onde não há um acordo entre os pais em relação à guarda dos filhos, é necessário que a guarda seja definida por um juiz. Que poderá decidir entre uma das duas guardas do ordenamento jurídico brasileiro: a guarda unilateral ou a guarda compartilhada. Na guarda unilateral como já foi exposto, cabe apenas a um genitor decidir todas as questões referente aos filhos, e nesse tipo de guarda muitas vezes o detentor da guarda pratica a alienação parental.

Já na guarda compartilhada ambos os genitores possuem os direitos e deveres igualmente, os dois são responsáveis pela educação e formação dos filhos, o convívio com a prole continua, permitindo assim estarem presentes na vida dos filhos mesmo após a separação, o que contribui para a manutenção dos laços afetivos.

Sabe-se que a convivência familiar saudável é um direito que a criança tem garantido por meio do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, por meio da guarda compartilhada é possível aplicar esse direito, visto que ela proporciona a proteção dos filhos, dá o direito de convivência com ambos os pais e permite que a família permaneça independente da separação dos pais.

REFERÊNCIAS:

- AKEL, Ana Carolina S. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**, São Paulo: Atlas, 2008.
- ARAÚJO, Adriano G. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Guardacompartilhada.pdf> Acesso em: 12 de julho de 2022.
- BANDERA, Magda. **Custodia compartilhada**. Espanha: Arcopress, 2005.
- BAPTISTA, Silvio N. **Guarda compartilhada**. Recife: Edições Bagaço, 2008.
- BARBOSA, Eliabe. **Direito de família: história e a guarda compartilhada**. Disponível em: http://repositorio.unifesspa.edu.br/bitstream/123456789/1354/1/TCC_A%20guarda%20compartilhada....pdf Acesso em: 23 de agosto de 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 de maio de 2022.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90. São Paulo, Atlas, 1991.
- BRASIL. **Lei 10.406**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 15 de maio de 2022.

CARBONERA, Silvana M. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

COELHO, Fábio U. **Curso de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COLTRO, Antônio Carlos, M.; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada**, 3ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2017.

DIAS, Berenice M. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

EURÍPIDES. Medéia. In: **ÉSQUILO; SÓFOCLES; EURÍPIDES**. Prometeu acorrentado; Édipo Rei; Medéia. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

FILHO, Waldyr G. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FLORENZANO, Beatriz P. **Princípio do melhor interesse da criança: como definir a guarda dos filhos**. Disponível em: bdfam.org.br/artigos/1653/Princípio+do+melhor+interesse+da+criança%3A+como+definir+a+guarda+dos+filhos%3F#:~:text=A%20guarda%20dos%20filhos%20é,proteger%20e%20cuidar%20das%20crianças. Acesso em: 18 de maio de 2022.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo M. V. P. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 6 - DIREITO DE FAMÍLIA**. Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655592511/>. Acesso em: 12 jul. 2022.

KRAUSE, Harry D. **Family law**. Minnesota: West Publishing Co., 1986.

LEPORE, Paulo. **Lei 13.058 e as regras para a guarda compartilhada**. Disponível em: <https://blog.cursoenfase.com.br/lei-13058-e-as-regras-para-a-guarda-dos-filhos/> Acesso em: 20 de maio de 2022.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: família**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Disponível em: Minha Biblioteca, (12th edição). Grupo GEN, 2022.

MILANO, Ana Maria. **A lei sobre a guarda compartilhada**. São Paulo: Mizuno, 2008.

MURICY, Ananda. **Do poder pátrio ao poder familiar**. Disponível em: <https://odireito.com/2005/06/9092/do-patrio-poder-ao-poder-familiar/> > Acesso em: 12 de julho de 2022.

NEIVA, Deirdre de A. **A Guarda Compartilhada e Alternada**. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: <https://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/68-aguarda-compartilhada-e-alternada%3e>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

OTERO, Mariano C. **Tenencia y régimen de visitas**. Buenos Aires: La Ley, 2012.

PALADINO, Enzo. **Dicionário Enciclopédico dos Princípios Jurídicos**. Editora Autografia. 2016, ISBN 9788555265693. Versão Eletrônica.

PEREIRA, Tânia da S. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança - da Teoria à Prática**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 6, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da C. **Direito de Família uma abordagem psicanalítica**. Editora del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da, C.; FACHIN, Edson. **Direito das Famílias**. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Grupo GEN, 2021.

RAMOS, Patrícia P. de O. C. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Editora Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROSA, Paulino C. da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRENGER, Guilherme G. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito de Família - Vol. 5**. Disponível em: Minha Biblioteca, (16th edição). Grupo GEN, 2021.

TRUGILLO, Muriel de L.; AMARAL, Maria F. de T.; SANCHEZ, Cláudio José P. **Uma breve análise jurídica sobre o pátrio poder**. Etic – Encontro de iniciação científica, 2014.

VENOSA, Salvo de Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

47 JOGOS ELETRÔNICOS: VIOLÊNCIA E SEUS IMPACTOS NA SAUDE FÍSICA E MENTAL

Nilton Rafael Leandro de Sousa
Ricardo da Silveira e Silva

RESUMO: Este artigo intenta demonstrar se os jogos eletrônicos violentos seriam capazes de influenciar no comportamento de crianças e adolescentes, quando jogados em demasia, de modo que estimulem condutas violentas, preconceituosas e danos à saúde física e mental. Para aproximar a análise e contribuir neste sentido, será apresentado o caso da chacina de Suzano em 2019, que resultou em 10 mortes e 11 feridos onde, supostamente, um dos fatores desencadeantes da chacina seria a obsessão por jogos violentos e de extermínio, e também relatar casos reais de racismo praticados no âmbito virtual dos jogos. Destarte, a proposta pretende contribuir com as interpretações dos resultados, mesmo que parciais, revelando os principais fatores associados a dependência de games, e quando um meio de entretenimento passa de distração a doença. Como se observa na esfera do direito, tal questão é de extrema importância, pois se não forem identificados e tratados, podem abastardar o futuro das crianças, cerceando o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência.

PALAVRAS-CHAVE: Jogos eletrônicos, crianças e adolescentes, racismo, jogos violentos.

ABSTRACT OU RESUMEN: This article attempts to demonstrate whether violent electronic games would be able to influence the behavior of children and adolescents if played too much, in a way that stimulates criminal conduct and causes psychological disorders. To bring the analysis closer and contribute in this sense, the case of the Suzano massacre in 2019 will be presented, which resulted in 10 deaths and 11 injured, where one of the supposed triggers of the massacre would be the obsession with violent and exterminating games. Therefore, the proposal intends to contribute to the interpretation of the results, even if partial, revealing the main factors associated with game addiction and when an entertainment medium turns from distraction to disease. As can be seen in the sphere of law, this issue is extremely important, because if they are not identified and treated, it may jeopardize the future of children, curtailing their healthy and harmonious development in conditions worthy of existence.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Electronic games, Children and adolescents, racism, violent games.

1. INTRODUÇÃO

Conhecer como funcionam os jogos eletrônicos e videogames torna-se matéria importante, não somente por ser o maior modelo de entretenimento no mundo atual, mas também, pela sua diversidade, destaques e polêmicas que os games vem protagonizando na grande mídia brasileira e mundial, nas últimas décadas. O presente artigo pretende contribuir para o conhecimento dessa realidade, percorrendo além da contextualização histórica e adentrando em temas mais específicos na esfera do direito e do impacto dos jogos eletrônicos na saúde dos adolescentes.

Os jogos eletrônicos tomaram o papel de protagonista dominante das brincadeiras infantis, desbancando as antigas distrações como o esconde-esconde, o balança-caixão, que já não fazem mais parte do arsenal de diversões das gerações nascidas no século XXI. É quase um fenômeno nos depararmos com crianças divertindo-se sem a presença de um smartphone ou videogame.

Essa pesquisa torna-se importante na medida em que os jogos eletrônicos são apontados pela mídia, autoridades e políticos como fator criminógeno, sustentando a hipótese de causação com insistência, quando atrelados a massacres realizados em escolas, como em Suzano, no Brasil.

Este estudo científico empregou-se do método teórico bibliográfico, que consiste na pesquisa em livros, revistas, conteúdo da internet e artigos científicos que versam sobre o tema; tornando-se relevantes a este artigo as ideias defendidas por Retondar et al. (2016) pois, segundo este doutor, ao se pensar em um sujeito que dedica parte de seu dia, de sua semana e de seu mês à vivência de jogos, nos quais a violência é o enredo dominante, é impossível não pensar, num primeiro momento, que tal influência irá penetrar na subjetividade desse jogador e culminar em atitudes violentas. Uma vez que a busca por tais jogos pode remeter à ideia de que, se um sujeito já tem certa inclinação para atos violentos ou se aprendeu a cultivá-los e aderiu à violência como uma forma de linguagem, provavelmente tornar-se-á muito mais motivado e chegará, por meio dos estímulos dos jogos eletrônicos, às vias de fato.

Contudo, surge o problema que norteou esta pesquisa: se a experiência com jogos eletrônicos violentos, se jogados em excesso, gera violência, comportamentos agressivos e danos a saúde física e mental em crianças e adolescentes?

Este artigo compõe-se de cinco importantes tópicos, a fim de proporcionar uma leitura dinâmica e compreensiva ao leitor. Sendo o primeiro “O Início dos Games e sua chegada ao Brasil”, que discorre sobre como o primeiro jogo eletrônico foi criado, sua polêmica chegada ao mercado brasileiro, utilizando Chiado (2016) como referência para delinear historicamente todo este processo de transição; o segundo capítulo, “Jogos eletrônicos violentos e a influência em crianças e adolescentes”, onde será apresentada uma possível correlação entre jogos violentos e violência e sua influência no comportamento das crianças e adolescentes, utilizando-se, como referência para abordar o tema de forma clara, a psicóloga Rosely Sayão, que aponta a existência de duas visões sobre games violentos defendidas por vertentes opostas de estudiosos. Já no terceiro capítulo, com o tema “Jogos eletrônicos: entretenimento ou doença e suas consequências para a educação escolar”, onde trataremos, de forma suscita, os impactos negativos que os jogos eletrônicos violentos, se jogados em excesso, causam na saúde, educação e no desenvolvimento sadio, com apoio dos dados apresentados pela Organização Mundial de Saúde - OMS, que permite um diagnóstico preciso sobre os fatores que mais trazem consequência aos jovens na transição a idade adulta e, o quarto capítulo, “Análise sistêmica da chacina de Suzano e o impacto da PL-1577/2019 sobre jogos e jogadores”, onde tentar-se-á traçar uma relação entre os jogos violentos e o massacre de Suzano, expondo os danos que a PL-1577/2019 pode trazer à indústria dos jogos e aos jogadores se aprovada no Congresso e, por fim, o quinto capítulo, “Racismo e impunidade no ambiente online dos games”. Que traz um assunto muito sensível no direito brasileiro o racismo, que faz vítimas no ambiente dos jogos eletrônicos, e gera sensação de impunidade. A falta de delegacias e agentes especializados em crimes cibernéticos dificulta o enfrentamento a este crime.

2.0 INÍCIO DOS GAMES E SUA CHEGADA AO BRASIL

Quem nunca, quando criança, ganhou seu primeiro videogame, ou viu uma máquina de fliperama em uma lanchonete ou, ainda, divertiu-se jogando na casa de um amigo, recorda-se do momento com empolgação e alegria e, muitas vezes, em seu subconsciente, perguntava-se quem poderia ter inventado algo tão incrível, onde era possível interagir diretamente, passando por sensações únicas e inesquecíveis.

O primeiro joguinho do gênero surgiu em 1961, quando o célebre Massachusetts Institute of Technology (MIT), nos Estados Unidos, recebeu o que era então o computador mais moderno do planeta: o PDP-1 (Programmed Data Processor-1), do tamanho de uma geladeira. Para testar os limites da máquina, o estudante Steve Russel criou o jogo Spacewar, simulando uma batalha entre duas naves espaciais. Esse game pioneiro nunca foi comercializado, mas se espalhou por centenas de computadores. Entre seus fãs, estava Nolan Bushnell, estudante de engenharia de Utah, que também trabalhava em um parque de diversões.

Em 1971, Bushnell produziu um jogo parecido, batizado de Pong, em que as naves davam lugar a duas raquetes e uma bola, numa espécie de pingue-pongue virtual. Posteriormente, Bushnell fundou, então, a Atari -

empresa que dominaria o mercado de jogos eletrônicos até a primeira metade da década de 80, vendendo mais de 15 000 máquinas de Pong em menos de um ano.

A chegada do videogame no Brasil inicia-se nos anos 70, não havia internet, celulares e smartphones. A recessão e a inflação, no período do regime militar, impactaram atrasando a chegada de novas tecnologias no Brasil. O governo adotou uma política protecionista, conhecida como Reserva de Mercado, que virou Lei em 1984 (LEI FEDERAL N.7.232/84). Não era permitida a entrada de empresas estrangeiras sem que o controle acionário estivesse permanente na mão de residentes do país, de brasileiros. O governo militar também exigia que parte das fabricações dos produtos acontecesse no Brasil, a chamada “Nacionalização”. A reserva de mercado favoreceu, indiretamente, para o aparecimento dos primeiros videogames, pois fomentou a criação de uma indústria local de fornecedores, que facilitaram a produção brasileira de consoles e de cartuchos. Algumas empresas nacionais, sentindo-se protegidas, logo começariam a vender videogames americanos, que seriam desmontados, duplicados e adaptados a nossa realidade, sem que houvesse qualquer preocupação com patentes e direitos autorais (CHIADO, 2016).

2.1 JOGOS ELETRÔNICOS VIOLENTOS E A INFLUÊNCIA EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Brasil abriga o maior mercado de games da América Latina e o 3º lugar no mundo sem a necessidade de incentivos, com aproximadamente 95 milhões de gamers perdemos apenas para países como China e Estados Unidos, notícia que aquece a economia, mas que assusta quando pesquisas mostram que o gênero favorito entre os jogadores são os jogos de ação. Dos 16 títulos mais jogados no mundo, em 2020, todos possuem algum conteúdo violento, sejam eles de agressão física, violência letal, porte de armas de fogo, roubos e furtos. (BERBERT, 2020).

De acordo com o Atlas da violência de 2019, elaborado pelos IPEA e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, mostra que a morte prematura de jovens entre 15 a 19 anos, em 2017, bateram recorde, onde 35.783 jovens foram assassinados no Brasil, sendo que o homicídio desponta como causa principal, com 51, % dos óbitos (BRASIL, 2019).

Em sua edição em 2020, a PGB – Pesquisa Game Brasil - destaca que nunca se jogou tanto game no Brasil, sendo que 73,4% dos brasileiros afirmam jogar jogos eletrônicos. No âmbito familiar, 78,7% dos pais afirmam que seus filhos jogam jogos eletrônicos. Outro ponto discutido, foi sobre a violência nos jogos como influência negativa para as crianças e adolescentes, onde a opinião dos pais divide-se em relação ao tema. Uma parte significativa dos que não jogam concordam que os games podem levar ao comportamento agressivo e à delinquência (33,4%), enquanto os pais gamers, em maioria, discordam dessa afirmação (56,6%). Já com relação a influência dos jogos no aprendizado de seus filhos, mesmo entre os pais gamers, a opinião é dicotômica: 47,4% discordam (parcialmente ou totalmente) que os jogos possam atrapalhar, enquanto 35,9 concordam total ou parcialmente (PESQUISA GAME BRASIL, 2020).

Em 2007, um jovem de 17 anos matou a mãe e atirou no pai, ambos com disparos na cabeça, por proibi-lo de jogar Halo 3 - jogo de tiro em primeira pessoa, onde o jogador assume o papel de um soldado de elite da UNSC (Comando Espacial das Nações Unidas). O advogado de defesa disse que a obsessão do garoto por jogos era tão grande que qualquer um, que estivesse em seu caminho, corria risco. Ao proferir a sentença de 23 anos ao garoto, o juiz disse que o jovem estava tão obcecado pelo jogo, que não teria acreditado que a morte de sua mãe foi real (FOLHA ONLINE, 2009).

Neste contexto,

[...] Os jogos trazem riscos à saúde, (LER, problemas de coluna e visuais, falta de apetite). Ou, ainda, que desenvolvem um tipo de atenção para aprendizagem que atrapalha o desempenho escolar. Ou mesmo que não favorecem as relações familiares, que inculcam valores voltados a competição extremada e a papéis sexuais preconceituosos, que ajudam a promover a violência na juventude. (MENDES apud SQUIRE, 2016, p. 156)

Em 2019, após o ataque a tiros, que deixou 9 mortos e 27 feridos, em Dayton, nos EUA, o presidente Donald Trump discursou, pedindo o fim da glorificação da violência na cultura horrível e terrível dos videogames. O atirador, minutos antes da chacina, realizou um manifesto anti-imigrantes. O tenente-governador Patrick disse que este manifesto pode estar ligado a referências existentes no jogo Call of Duty, onde o objetivo principal do jogo é defender seu país da substituição cultural e étnica provocada por uma invasão de imigrantes (COASTON, 2019).

Segundo a psicóloga Rosely Sayão: deixar crianças jogarem jogos violentos com personagens que praticam violência em perspectivas humanas quase reais, confundem a cabeça da criança que ainda não sabe diferenciar realidade da fantasia, Rosely também aponta a existência de duas visões sobre os games violentos, defendidas por vertentes opostas de estudiosos, uma linha que quaisquer conteúdos violentos trazem malefícios aos pequenos. A outra que violência virtual dos jogos, satisfaz a agressividade natural dentro de qualquer ser humano, inclusive em crianças (REVISTA VEJA, 2018).

Corroborando com o pensamento de Setzer (2001), sobre a ênfase no livro Megatrends de Naisbitt, que conscientiza sobre o horror que os jogos eletrônicos podem causar sem que as pessoas percebam, o autor cita ainda o massacre escolar em Columbine, onde dois garotos invadiram a escola com bombas e armas, matando colegas de classe e professores. Um dos jovens assassino escreveu, antes de cometer o massacre: “DOOM” VAI SE TORNAR REALIDADE”, eles jogavam este jogo de tiro em primeira pessoa, diariamente, por horas, incluindo uma versão personalizada em que um dos garotos havia modificado para simular os corredores da escola onde ocorreu o massacre.

2.2. JOGOS ELETRÔNICOS: ENTRETENIMENTO OU DOENÇA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A EDUCAÇÃO ESCOLAR

A infância é a etapa da vida em que se vive a fantasia se desenvolver a imaginação e a criatividade. Este processo pode ser afetado pela exposição frequente e não controlada aos aparelhos eletrônicos. Os jogos eletrônicos podem afetar os pequenos quando eles não possuem uma formação de base em casa ou vivem em um contexto agressivo (VANESSA DE SÁ, 2016).

Na décima primeira revisão da Classificação Internacional de Doenças, a OMS incluiu o “transtorno do jogo” ou vício em videogame como um transtorno de saúde mental legítimo, estudos iniciais sugerem que a dependência de games pudesse afetar aproximadamente 3% da população mundial com predominância masculina e em pessoas mais jovem do que em pessoas mais velhas, apesar de sermos o maior mercado de games da América Latina, não temos dados representativos para saber qual a porcentagem dos brasileiros que é afetada por jogar de modo problemático. Um dos fatores determinantes que envolvem a dependência nos games, está relacionada com a qualidade nas relações familiares, inúmeras pesquisas demonstram que a falta de afeto, e a pouca proximidade entre pais e filhos estão associadas com o maior risco de dependência de games, a divisão de obrigações nos lares brasileiros para conseguirem arcar com as despesas, distanciam o convívio entre pais e filhos tornando o papel de formador desafiador (FORTIM; SPRITZER; LIMA, 2019)

A China o país com o maior número de gamers no mundo, informou através da Administração Nacional de Imprensa e Publicação, órgão que regula o mercado de videogames no país que limitará o uso de jogos eletrônicos para quem tem menos de 18 anos a 3 horas por semana, como justificativa o governo chinês afirma que os jogos eletrônicos estão prejudicando a saúde de crianças e adolescentes, inclusive pela baixa performance nas escolas, o vício tem afetado os estudos, a vida normal e muitos pais se tornaram infelizes nas relações familiares. (MONTEIRO, 2021)

O aumento significativo do mercado de jogos eletrônicos no Brasil, novamente bate recorde em 2020. Os números surpreenderam com 73,4% dos brasileiros que afirmam jogar algum jogo. Nunca se jogou tanto game como agora, mas este aumento expressivo vai na contramão se comparados com a educação. Segundo o PISA – programa internacional de avaliação de alunos, dois terços dos brasileiros de 15 anos sabem menos que o básico de matemática e de leitura. Os dados apresentam estagnação nos últimos anos, resultados que colocam o Brasil na 57ª posição, num total de 77 países (MORENO; OLIVEIRA, 2019).

Os jogos eletrônicos surgiram como um meio de entretenimento e diversão para todas as idades. Porém, com o passar do tempo, estudos mostram que se jogados por longas jornadas podem causar impactos no cérebro. Um estudo conduzido pela Universidade de Dartmouth e publicado na cartilha Proceedings of the National Academy of Sciences ("Procedimentos da Academia Nacional de Ciências", "PNAS") indica que o comportamento violento de crianças pode ser derivativo da interação delas com jogos mais violentos. O texto aponta que ações infantis como flutuação repentina de humor e confrontações físicas possuem uma relação com jogos não destinados ao público infantil (ARBULU, 2018).

Um novo estudo da Universidade de Montreal, no Canadá, sugere que jogos de videogame com violência extrema estão associados a danos na região do hipocampo, principal área do cérebro responsável pela memória. O problema pode estar relacionado, por exemplo, a um maior risco de desenvolver Alzheimer e depressão (VEJA, 2017).

Quem mais depende do hipocampo são jogadores de FPS ("tiro em primeira pessoa", na sigla em inglês), e essas pessoas, com o passar do tempo, correm o risco de diminuir sua capacidade de se lembrar de espaços. Isso porque elas tentam decorar os mapas e transformar a exploração espacial em uma questão de hábito. E usar demais o núcleo caudado coloca o jogador em um ciclo de aprendizado automático. Segundo estes pesquisadores, a pessoa com matéria cinzenta reduzida no hipocampo estão com maior risco de desenvolver estresse pós-traumático e depressão quando são mais novas (PEREIRA, 2017).

Em 2011, Gentile, PhD e professor de psicologia na Iowa State University, e colegas conduziram um estudo de painel longitudinal de dois anos que acompanhou 3.034 crianças em escolas primárias e secundárias, em Cingapura, para identificar o efeito dos jogos na saúde mental. Os pesquisadores analisaram a quantidade semanal de jogos, impulsividade, competência social, depressão, fobia social, ansiedade e desempenho escolar das crianças e determinaram que o vício em videogames se apresenta de maneira semelhante a outros comportamentos de dependência. Eles também descobriram que é comórbido com outros transtornos de saúde mental, como depressão, transtorno de ansiedade, fobias sociais e TDAH (GENTILE, 2018).

A psicóloga Cybele Chiquinati destaca que crianças e adolescentes têm períodos distintos de desenvolvimento físico e cognitivo. "Crianças ainda não têm maturação cerebral para compreender um jogo mais violento. Na fase de 2 a 7 anos, ainda estão na fase do desenvolvimento simbólico, com dificuldades de compreender o outro como sujeito". "Entre 7 e 11 anos, ainda têm dificuldades com o pensamento abstrato. Por outro lado, adolescentes são capazes de lidar com questões mais lógicas e abstratas e criam situações hipotéticas." (AGÊNCIA ESTADO, 2020).

A associação Americana de Psicologia (APA, na sigla em inglês) tem acompanhado de perto a questão do uso de videogames e sua suposta relação com a violência. Em 2015, publicou um documento que indica que mais de 90% das crianças nos EUA jogam videogames e que mais de 85% dos produtos no mercado continham alguma forma de violência. A força-tarefa encontrou uma associação entre exposição a videogames violentos e algum comportamento agressivo, mas os indícios sobre a relação entre jogos e violência mortal foram insuficientes (ALVIM, 2019).

Os debates científicos sobre a temática abordada neste artigo são intensos e constantes, principalmente quando relacionado ao desenvolvimento de transtornos de saúde mental como depressão, transtorno de ansiedade, fobias sociais e TDAH. Segundo dados disponibilizados da Organização Mundial de Saúde (OMS) A depressão é a principal causa de incapacidade em todo mundo e contribui para a carga global de doenças. A depressão é um dos fatores que mais trazem consequências aos jovens quando atinge a idade adulta, o isolamento social, a dependência financeira vista a necessidade de se ausentar do trabalho, as dificuldades de concentração impactam diretamente no desenvolver sadio. Uns dos principais fatores de risco da depressão é o suicídio, sendo este a segunda principal causa de morte entre jovens com idade entre 15 e 29 anos, e a utilização de armas de fogo está entre os métodos mais comuns de suicídio. (OPAS, 2017).

Mesmo que o número de crimes cometidos por pessoas com transtornos mentais graves seja inferior a 10%, pesquisadores de Normandale, analisaram 429 casos cometidos por 143 criminosos, do tribunal de saúde

mental em Minneapolis, e concluíram que 3% dos crimes estavam diretamente relacionados a sintomas de depressão (PORTAL TERRA, 2014).

2.3 ANÁLISE SISTÊMICA DO MASSACRE DE SUZANO, E O IMPACTO DO PL-1577/2019 AOS JOGOS E JOGADORES

Um dos defensores dos direitos humanos, o Papa João Paulo II, disse: "A violência destrói o que ela pretende defender: A dignidade da vida, a liberdade do ser humano". A violência se tornou um produto, ela hoje é cultivada e aplaudida conforme abordado no artigo, a repercussão dos jogos eletrônicos com conteúdo violento e seus efeitos prejudiciais na formação dos jovens e adolescentes tomaram dimensões ainda maiores com o massacre de Suzano ocorrido no Brasil, dois ex-alunos atacaram a escola estadual Raul Brasil na cidade de Suzano com armas de fogo, bombas, coquetel Molotov, arco e flecha e machado. O ataque resultou em 10 mortes contabilizando o suicídio dos assassinos. O fato de os autores serem obcecados por jogos violentos reforçou a teoria sobre a má influência de videogames do tipo no comportamento humano. Segundo a polícia paulista, Guilherme Tauci Monteiro, 17, e Luiz Henrique de Castro, 25, varavam noites jogando "Call of Duty", um jogo de guerra, ou "Counter-Strike", em que o jogador atua como policial ou terrorista (BITENCOURT, 2019).

Segundo especialistas, o massacre em Suzano é fruto de comportamento psicótico desenvolvido na fase da adolescência, de acordo com a professora de psiquiatria da UPE, Katia Petribú, geralmente, a necropsia psicológica de jovens que cometem atos como em Suzano revela pessoas tímidas, que não se sentiam aceitas pelo meio que estão inseridas, o comportamento descrito pela professora é reflexo de um quadro psicótico sendo desenvolvido. Ela conta que os ataques a locais de ensino são como um acerto de contas, uma forma de vingar o que se sofreu, de vingar a honra. "Tudo que houve de rechaço, de não integração entra nesse planejamento. 'eu sofri isso tudo, mas eles vão morrer'". Os comportamentos são imitados. Eles repetem o visto a partir dos feitos das pessoas que admiram (PAULO TRIGUEIRO, 2019).

Horas depois ao massacre, autoridades se pronunciaram sobre o ocorrido, o vice-presidente da república do Brasil, Mourão, em rápida entrevista afirmou:

[...] É preciso "chegar à conclusão de por que essas coisas estão acontecendo". "Essas coisas não aconteciam no Brasil", "Hoje a gente vê essa garotada viciada em videogames e videogames violentos". Só isso que fazem. Quando eu era criança e adolescente, jogava bola, soltava pipa, jogava bola de gude, hoje não vemos mais essas coisas. (TRIGUEIRO, 2019)

Não é a primeira vez que um líder político relaciona games violentos a massacres ou tragédias. Ex-ministro da justiça do governo Dilma, Sr. Jose E. Cardozo, disse na sede da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Washington que "A violência é hoje cultivada e aplaudida, seja em esportes ou jogos de crianças pequenas" (FELLET, 2016).

Tramita pelo congresso nacional o mais recente PL 1577/2019, o projeto visa "criminalizar o desenvolvimento, a importação, a venda, a cessão, o empréstimo, a disponibilização ou o aluguel de aplicativos ou jogos eletrônicos com conteúdo que incite a violência e dá outras providências". Em caso de descumprimento da legislação, a proposta prevê de três a seis meses ou multa. O Deputado Federal Junior Bozella do PSL, usa como exemplo o massacre de Suzano para se apoiar em seu Projeto.

Segundo o advogado especialista em direito digital, Luiz Augusto Filizzola D'Urso, mostra que o Brasil abriga o maior mercado de games da América latina, além de estúdios nacionais de criação de jogos que cresceram 180% em quatro anos, a criminalização ou proibição dos jogos violentos seria um retrocesso, esta lei traria um prejuízo incalculável a economia brasileira. (D'URSO, 2019).

Por fim, crimes bárbaros como o retratado, choca em modo geral a sociedade, trazendo o medo e uma percepção de que os jogos eletrônicos, por si só, podem ocasionar crimes como o massacre de Suzano.

Lyne Alves, pós-doutora em jogos eletrônicos e aprendizagem, afirma que a violência presente no mundo contemporâneo vem se constituindo em uma linguagem. (ALVES, 2004).

[...] Os sujeitos que utilizam a violência enquanto linguagens podem estar sinalizando a necessidade da mediação dos adultos, já que o contato com os seus familiares está cada vez mais esparsa, devido às necessidades de ordem econômica, que tem levado os adultos (e até alguns jovens) a longas jornadas de trabalho para manter o orçamento familiar. Estes, portanto, cada vez mais vivem entregues a si próprios, perdendo a referência dos indivíduos que podem lhes possibilitar a sua estruturação como sujeito, levando-os a uma perda de identificação e de ressignificação de valores. Estes valores passam a ser reconstruídos mediante os diferentes grupos em que os jovens se inserem para ser aceito. Esse processo de aceitação pode levar a comportamentos transgressores, como a utilização de drogas, vandalismos, enfim, atos que os distanciam dos adultos e os aproximam dos seus pares). (ALVES, 2004)

2.4 RACISMO E IMPUNIDADE NO AMBIENTE ONLINE DOS GAMES

Em sua edição de 2021, a maior pesquisa do gênero, a PGB – Pesquisa Game Brasil, destacou que 72,0% dos brasileiros jogam algum jogo como forma de entretenimento, sendo as mulheres maioria entre os jogadores, com 51,5%, já com relação a etnia dos jogadores, quase metade da população se identificou como branca, totalizando 46,0%. Já os que se identificaram com a cor ou raça negra foi equivalente a somente 13,6%. (PESQUISA GAME BRASIL, 2020, p. 72).

De modo circunspecto, a relação entre jogos eletrônicos e racismo é algo quase inimaginável, qual jogador que, ao iniciar uma partida com intuito de se entreter, divertir ou competir, em questão de segundos, se vê vítima de racismo ou injúrias raciais enquanto joga seu jogo online favorito. No ambiente online, a falsa sensação de liberdade e o medo das vítimas em denunciarem, contribuem para impunidade, para Hoyt Jr. (2012, p97.), o termo racismo talvez provoque mais confusão, consternação e conflito do que termos complexo e polissêmicos como “cultura” e “etnicidade”. Talvez, porque o racismo seja tal qual um vírus mutante, que evolui em diferentes formas e contextos diversos, tornando-se mais difícil de reconhecer e combater. (LIMA, 2020).

Os jogadores negros, profissionais e amadores, relatam sofrerem injúrias raciais durante as partidas, mas que, muitas vezes, acabam não expondo ou denunciando e que veem essas injúrias potencializadas quando acabam por vencerem e se sagrarem campeões. Pedro Landim, cyber atleta, campeão da 1ª Etapa da Liga Brasileira de Free Fire (LBFF) de 2020, afirma que ele e outros cyber atletas negros sofrem insultos e tratamentos racistas, xingamentos como: “macaco”, “lixo”, “você é negro”, “você é preto”, “você é a escória”, “a sociedade não gosta de vocês” acontecem durante as partidas e passam impunes por inúmeras vezes. (OLIVEIRA, 2021).

A realidade do brasileiro distancia jogadores negros do sonho de se tornarem um gamer profissional. Segundo dados do IBGE, em 2014, três em cada quatro pessoas são negras entre os 10% mais pobres do país. Faltam pessoas negras no E-sport e isso acontece porque este é um meio privilegiado. Os equipamentos utilizados para fins competitivos são extremamente caros. Computadores, videogames e smartphones de alto desempenho podem chegar a milhares de reais, o que impossibilita determinada classe mais pobre de adquirir ou usufruir destes equipamentos (QUEIROGA, 2020).

Ainda segundo a Pesquisa Game Brasil, quase metade dos que consomem jogos 49,7%, são das classes C, D e E. Cerca de um terço dos que jogam videogame vem de famílias de renda de até R\$ 2.090. Outro terço tem renda familiar de até R\$ 4.180. O uso do celular desponta como principal plataforma para se jogar 41,6% afirmaram preferir jogar no smartphone, enquanto só 25,8% preferem consoles. Os que preferem jogar pelo celular são das classes C, D e E. Os que jogam em console são das classes A e B. Entre os que jogam no computador, 57,4% são das classes A e B, com base nos dados supracitados, faz com que a indústria dos games seja majoritariamente branca, o preço dos consoles podem chegar valores superiores a sete mil reais, os computadores dedicados ao uso dos jogos superam estes valores. No Brasil existem aproximadamente 90 milhões de gamers, 3 em cada 4 brasileiros declararam jogar algum jogo seja em qualquer plataforma, porém no cenário profissional do e-sport o número de atletas negros é pequeno em comparação aos brancos, o racismo estrutural atrelado a desigualdade social, impedem o acesso à tecnologia de ponta e impedem estes que iniciem a prática deste esporte de forma profissional. (PESQUISA GAME BRASIL, 2020).

Segundo Hoyt Jr, este tipo de racismo é uma ação cometida contra as vítimas, que pressupõe um sistema de acessos desiguais ao poder, pois permite ao perpetrador infringir prejuízo à vítima para promover e preservar status e privilégios do seu grupo (dominante) e a subordinação do grupo da vítima (dominado) (LIMA, 2020).

2.5 CONCLUSÃO:

Através de diversos estudos para a composição deste trabalho, entende-se ter atingido o objetivo proposto de uma forma não tão explícita o qual desejávamos. Foram apresentados universos distintos, e uma possível conjuntura entre jogos eletrônicos violentos e violência atrelada a doenças psíquicas em jovens e adolescentes, refletimos criticamente a respeito é sábio apontar que a pratica excessiva deste meio de entretenimento, pode ser prejudicial a saúde do jogador, e em alguns casos desencadear agressividade.

Por sua vez os temas videogames e jogos eletrônicos com conteúdo violentos e seus possíveis efeitos prejudiciais a saúde, possuem pouca literatura com rigor científico consolidado.

Estudos mostram uma inclinação de que os jogos violentos causam danos à saúde mental como depressão, fobia social, ansiedade e queda no desempenho escolar impactando na formação fundamental e também na vida adulta.

De modo circunspecto, no que concerne a relação de causa e efeito entre jogos eletrônicos e violência, um estudo realizado pela associação americana de psicologia (APA) destaca que existe uma associação entre exposição a vídeo games violentos a algum comportamento agressivo, mas os indícios para a violência mortal foram insuficientes.

A indústria dos jogos eletrônicos violentos nega qualquer efeito prejudicial que seus jogos possam causar, o mesmo aconteceu durante décadas com a indústria tabagista apresentando trabalhos pseudocientíficos ludibriando os que consumiam seus produtos. Hoje a indústria dos jogos e pesquisas científicas negam que os jogos violentos induzam seus jogadores a realizar atitudes agressivas. No caso do tabaco as evidências foram tão sólidas que proibiram propagandas de cigarro na TV, visto que estas obviamente funcionavam mostrando o poder de persuasão da mídia sobre o público, pois tudo que é transmitido é gravado em nosso subconsciente.

Depois de analisar todo o conteúdo do trabalho, é sábio apontar que pesquisas e debates são reabertos a todo o momento, mesmo sendo um tema em ascensão e atual, não é possível associar os jogos violentos a violência letal, mas é sábio dizer que seu uso em demasia pode ocasionar transtornos de saúde mental legítimo e comportamento agressivo. Sendo assim é preciso estar atento a novos estudos, coberturas como o massacre de Suzano, criam uma abordagem sensacionalista de um evento traumático, enquanto criminaliza não só uma forma de entretenimento, mas também aqueles que desfrutam dela. Deste modo é necessário que o legislativo, tomem decisões mais assertivas quanto ao tema, a criação de projetos de leis equivocados podem prejudicar a indústria dos jogos e a economia gerando perdas incomensuráveis.

Por sua vez é fundamental uma atuação mais efetiva do ministério da justiça e cidadania que atualmente faz o controle da classificação indicativa dos jogos de acordo com seu conteúdo, controle este que atualmente é realizado de forma ineficiente.

O projeto de lei vetado pelo atual presidente da república que tornava obrigatório a prestação de serviços de psicologia nas redes públicas de educação básica, geram perdas irreversíveis, pois prejudica aqueles que mais sofrem deste mal, o apoio psicológico em escolas e faculdades neste contexto tecnológico abordado se torna tão importante quanto às aulas de matemática e português, auxiliando as pessoas a compreender emoções, e estabelecer maneiras de lidar com as dificuldades no ambiente escolar.

REFERÊNCIAS:

AGÊNCIA ESTADO (Brasil). Games Violentos Deixam Crianças Mais Agressivas? Especialistas Respondem. 2020. Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/02/03/internabrazil,825305/games-violentos-deixam-criancas-mais-agressivas-especialista-responde.shtml>. Acesso em: 10 set. 2020.

ALVES, Lynn Rosalina Gama. *Game Over: Jogos Eletrônicos E Violência*. 2004. 211 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pedagogia, Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal da Bahia - Ufba, Salvador - Ba, 2004. Cap. 101. Disponível em: http://www.comunidadesvirtuais.pro.br/gamestudies/files/gs_submission/trabalho_27/trabalho_27.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

ALVIM, Mariana. *Videogames Violentos São 8 Vezes Mais Citados Nos EUA Quando Atiradores De Massacres Em Escolas São*. 2019. BBC BRASIL. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49698816>. Acesso em: 7 set. 2020.

ARBULU, Rafael. *Estudo Associa Jogos Violentos Com Aumento De Agressividade Em Crianças*. 2018. Canaltech. Disponível em: <https://canaltech.com.br/comportamento/estudoassocia-jogos-violentos-com-aumento-de-agressividade-em-criancas-123862/>. Acesso em: 13 out. 2020

BITTENCOURT, Mário. *Competição Em Games Influencia Ações Agressivas, Diz Pesquisadora*. 2019. Correio 24 horas. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/competicao-em-games-influencia-acoesagressivas-diz-pesquisadora/>. Acesso em: 8 out. 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1577/2019, de 19 de março de 2019. Criminaliza o desenvolvimento, a importação, a venda, a cessão, o empréstimo, a disponibilização ou o aluguel de aplicativos ou jogos eletrônicos com conteúdo que incite a violência e dá outras providências.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194477>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Daniel Cerqueira. Ipea - Fbsp (org.). *Atlas da Violência*. 2019. Atlas da Violência 2019 - Ipea e FBSP. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

CHIADO, Marcus Vinicius Garrett. *1983 + 1984: Quando Os Videogames Chegaram*. 2. ed. São Paulo: Camará Brasileira do Livro, 2016. 250 p.

COASTON, Jane. *O Principal Republicano Da Câmara Está Culpendo Os Videogames Pelos Tiroteios Em Massa Do Fim De Semana*: 2019. Disponível em: <https://www.vox.com/2019/8/4/20753725/el-paso-dayton-shootings-video-games-gopmccarthy>. Acesso em: 11 out. 2020.

DA REDAÇÃO (Brasil). *Revista Veja. O Grave Impacto Que O Videogame Pode Ter No Seu Cérebro*. 2017. Revista Veja. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/o-graveimpacto-que-o-videogame-pode-ter-no-seu-cerebro/>. Acesso em: 07 out. 2020.

FELLET, João. *'Violência É Aplaudida Em Esportes E Games', Diz Ministro Da Justiça*. 2016. BBC BRASIL. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160114_entrevista_cardozo_jf_cc?ocid. Acesso em: 23 ago. 2020.

FOLHA ONLINE (Brasil). *Folha de São Paulo (ed.). Americano Que Matou Mãe Por Proibição De Game É Condenado À Prisão*. 2009. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u582071.shtml#:~:text=Daniel%20Petric. Acesso em: 11 out. 2020.

GENTILE, Douglas. P&R: Vício Em Jogos, O Mais Novo Transtorno De Saúde Mental. 2018. Healio. Disponível em: https://www.healio.com/news/pediatrics/20180709/qa-gamingaddiction-the-newest-mental-healthdisorder?utm_source=TrendMD&utm_medium=cpc&utm_campaign=Healio_TrendMD_1. Acesso em: 6 set. 2020.

MENDES, Claudio Lúcio. Jogos eletrônicos: diversão, poder e subjetivação. São Paulo: Papirus Editora, 2016. 156 p.

FORTIM, Ivelise; SPRITZER, Daniel Tornaim; LIMA, Maria Thereza Alencar. Games viciam. Fato ou ficção? São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2019. 87 p.

MORENO, Ana Carolina; OLIVEIRA, Elida. Brasil Cai Em Ranking Mundial De Educação Em Matemática E Ciências; E Fica Estagnado Em Leitura. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/12/03/brasil-cai-em-ranking-mundial-deeducacao-em-matematica-e-ciencias-e-fica-estagnado-em-leitura.ghtml>. Acesso em: 13 out. 2020.

BERBERT, Lúcia. BRASIL OCUPA O 3º LUGAR NO MERCADO MUNDIAL DE GAMES, SEM NECESSIDADE DE INCENTIVOS. 2020. Disponível em: <https://www.telesintese.com.br/brasil-ocupa-o-3o-lugar-no-mercado-mundial-de-games-sem-necessidade-de-incentivos/>. Acesso em: 28 maio 2022.

OPAS (Brasil). Organização Pan-Americana de Saúde. Aumenta O Número De Pessoas Com Depressão No Mundo. 2017. OMS. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5354:aumentao-numero-de-pessoas-com-depressao-no-mundo&Itemid=839. Acesso em: 09 out. 2020.

PAULO TRIGUEIRO (Brasil). Folha de Pernambuco. Especialistas Desvendam As Máscaras Dos Assassinos De Suzano. 2019. Disponível em: <https://www.folhape.com.br/noticias/especialistas-desvendam-as-mascaras-dos-assassinos-desuzano/98797/>. Acesso em: 15 out. 2020.

PEREIRA, Leonardo. Estudo Indica Que Jogos De Tiro Causam Danos Cerebrais. 2017. Olhar Digital. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/estudo-indica-que-jogos-detiro-causam-danos-cerebrais/70404>. Acesso em: 13 out. 2020.

PESQUISA GAME BRASIL (Brasil). Pgb (org.). Pesquisa Game Brasil: comportamento, consumo e tendências do gamer na américa latina.. 7. ed. São Paulo, 2020. 53 p. Disponível em: <https://materiais.pesquisagamebrasil.com.br/painel-gratuito-2020>. Acesso em: 10 out. 2020.

PORTAL TERRA (Brasil). Doença Mental É Responsável Por 10% Dos Crimes, Diz Estudo. 2014. Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/doencas-etratamentos/doenca-mental-e-responsavel-por-10-dos-crimes-dizestudo,7b2b5f5a86e95410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>. Acesso em: 15 out. 2020.

RETONDAR, Jeferson José Moebus et al. Jogos Eletrônicos: Corporeidade, Violência E Compulsividade. Revista Brasileira de Ciências do Esporte, [S.L.], v. 38, n. 1, p. 3-10, jan. 2016. Quadrimestral. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.rbce.2015.12.006>. Acesso em: 09 out. 2020.

REVISTA VEJA (Brasil). Grupo Abril. Mourão, Sobre Massacre Em Suzano: 'Essas Coisas Não Aconteciam No Brasil'. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/mouraosobre-massacre-essas-coisas-nao-aconteciam-no-brasil/>. Acesso em: 15 out. 2020.

REVISTA VEJA (Brasil). Veja. Videogames Deixam As Crianças Mais Violentas? 2018. Grupo Abril. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/videos/familia/videogames-deixam-ascrianças-mais-violentas/>. Acesso em: 12 out. 2020.

SETZER, Valdemar W.. Os Riscos Dos Jogos Eletrônicos Na Idade Infantil E Juvenil. 2001. Depto. de Ciência da Computação, Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~vwsetzer/joguinhos.html>. Acesso em: 13 out. 2020.

VANESSA DE SÁ (Brasil). Grupo Abril. Jogos Violentos Podem Alterar O Comportamento Das Crianças?. 2016. Disponível em: <https://claudia.abril.com.br/sua-vida/jogos-violentospodem-alterar-o-comportamento-das-crianças/>. Acesso em: 12 out. 2020.

Comportamento, Consumo e Tendências do Gamer na América Latina. Revista da PESQUISA GAME BRASIL, 8. ed. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.pesquisagamebrasil.com.br/pt/ebooks/>. Acesso em: 06 mai. 2021.

LIMA, Marcus Eugênio Oliveira. Psicologia Social do Preconceito e do Racismo. São Paulo: Edgard Blücher Ltda, 2020.

OLIVEIRA, Gabriel. Racismo nos Esportes: Jogadores Brasileiros Relatam Casos de Preconceito. Disponível em: <https://www.uol.com.br/start/ultimasnoticias/2020/06/10/jogadores-de-esports-relatam-casos-de-racism..> Acesso em: 06 mai. 2021.

QUEIROGA, Luiz. Espn Esports Brasil. Rematch: A realidade do brasileiro afasta negros do cenário de esports. 2020. Disponível em: https://www.espn.com.br/esports/artigo/_/id/7030954/rematcharealidade-do-brasileiroafasta-negros-d... Acesso em: 07 jun. 2021.

48 LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM FACE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Luis Gustavo Liberato Tizzo
Felippe Falass Silveira Segura

RESUMO: Este trabalho visa apresentar a importância da correta compreensão da liberdade de expressão como direito fundamental para dignidade da pessoa humana e democracia no Estado, bem como compreender, através de uma abordagem histórica e sociológica, como os conceitos de liberdade de expressão influenciam na proteção dos direitos de personalidade. A metodologia utilizada foi a seleção de livros teóricos, doutrinas, dissertações de universidades, artigos científicos, revistas jurídicas e jurisprudência para análise do tema. Como um incentivo a mais que ratifica a relevância do projeto, salienta-se a importância da correta compreensão da liberdade de expressão como direito fundamental para dignidade da pessoa humana e democracia no Estado. O direito a liberdade de expressão apresenta-se como um elemento fundador ordem constitucional e deve ser exercido com devida observância dos demais direitos e garantias fundamentais. Diante disso, esse direito pode ser restringido em caso de colisão com norma ou princípio exposto em texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Liberdade de expressão; Direitos da personalidade

ABSTRACT OU RESUMEN: The present article aims to present the importance of the correct understanding of freedom of speech as a basic right for human dignity and democracy in the State, as well as to understand, through a historical and sociological approach, how the concepts of freedom of speech influence the protection of civil rights. The methodology used was the selection of theoretical books, doctrines, university dissertations, scientific articles, legal magazines and jurisprudence to analyze the theme. As a further incentive that ratifies the relevance of the project, the importance of the correct understanding of freedom of expression as a fundamental right for human dignity and democracy in the State is highlighted. The right to freedom of expression is a founding element of the constitutional order and should be exercised with due observance of the other fundamental rights and guarantees. Therefore, this right may be restricted in the event of a collision with a rule or principle expressed in the constitutional text.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Basic rights; Freedom of speech; Civil right

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é uma matéria de grande importância para a formação da vida democrática, sendo está diretamente ligada ao conceito de manifestação ideológica de cada sujeito, o qual, convém muito a amostra de seu individual modo de ver as coisas, podendo caber dentro deste as ideias, opiniões, sentimentos e pensamentos próprios. O direito de se expressar reúne diferentes liberdades fundamentais com o dever de assegurar a garantia da liberdade de expressão em seu total sentido.

Esta liberdade é de garantia fundamental, o qual expressa constitucionalmente, deve ser de direito a todos de se pronunciar com liberdade, sendo assim, vinculando qualquer sujeito a ideia bruta de liberdade e desvinculando-se a ideia de um sistema que lhe obriga a se silenciar e ter pensamentos direcionado a uma só direção, insurgindo todos em uma só opinião categórica.

Assim como a liberdade assegurada a todos de impor suas expressões, também é garantido a qualquer sujeito, a proteção de sua integridade, honra, privacidade, dignidade e intimidade, sendo estes ligados a imagem da própria pessoa e sua identidade pessoal e social, o qual, devem ser de forma permanente, continua e definitivamente invioláveis, por se tratarem de direitos essenciais diretamente vinculados a personalidade.

Apesar de muito relevante, deve-se definir os limites excepcionais da liberdade de expressão, pois, uma vez que sua manifestação não se isenta de responsabilidades quanto a aqueles que são atingidos diretamente sobre os direitos de personalidade, assim como a possível colisão e conflito de direitos fundamentais. Embora seja uma liberdade fundamental, a qual é garantida logo ao nascimento, tendo em vista que a mesma possa ser exercida com sua total liberdade de manifestação dos respectivos pensamentos e opiniões particulares, poderá sem sombra de dúvidas haver divergência quanto aos direitos de outrem, sendo assim, é importante visar que a partir do momento que a liberdade de respectivo indivíduo de expressar suas individuais opiniões e pensamentos, ferir outro alguém, a liberdade do mesmo deve ser limitada para a satisfação e efetivação de outros direitos e princípios constitucionais.

1. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

De início, cabe ressaltar a diferenciação entre os direitos fundamentais os direitos humanos trazida pela doutrina. Os direitos humanos são mais amplos que os direitos fundamentais, sendo válidos no plano do Direito Internacional. Os direitos fundamentais, por sua vez, são positivados pelo Estado.

Atualmente, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, a Declaração Europeia de Direitos do Homem de 1951 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e apresentam como normas de direitos humanos vigentes.

Para José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 377.) não basta a positivação dos direitos fundamentais. Para o autor:

É necessário assinalar-les a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

Os direitos fundamentais são reconhecidos como condições para o exercício dos demais direitos. Eles representam a constitucionalização dos demais direitos humanos construídos ao longo da história (GALUPPO, 2003, p. 233). Diante disso, não devem ser tomados como verdades morais, mas como elementos em constante construção (FERNANDES, 2014)

Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 54-5) conceitua os direitos fundamentais da seguinte forma:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.

DELGADO (2007, p. 12) complementa o conceito:

Desse modo, o conceito de direitos fundamentais somente adquiriu relevância e consistência – e seu prestígio cultural recente – com o advento da inovadora incorporação, em sua matriz, dos vastos seguimentos socioeconômicos destituídos de riqueza que, pela primeira vez na História, passaram a ser sujeitos de importantes prerrogativas e vantagens jurídicas no plano da vida em sociedade. Esse fato decisivo e inédito somente iria ocorrer a partir da segunda metade do século XIX, na experiência principalmente européia. Não por coincidência, ele se confunde com o advento do Direito do Trabalho.

Ainda, segundo ALEXY (2008, p.68) “Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo a forma de sua positividade”.

Acerca do surgimento desses direitos, SARLET (2009) explica que os problemas que surgiram com a industrialização resultaram em grandes movimentos de reivindicação de direitos, não mais na dimensão positiva, mas na formação do bem-estar social.

A Constituição Federal de 1988, divide os Direitos Fundamentais em direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos, conforme o Título II, que trata dos Direitos Fundamentais.

Já a doutrina, destaca a divisão em gerações desses direitos. Paulo Bonavides (2006) agrupa os direitos fundamentais em gerações ou dimensões. Segundo o autor, os direitos de primeira geração correspondem à fase inaugural do Constitucionalismo Ocidental – os direitos civis e políticos.

Os direitos de primeira geração, também chamados de direitos de liberdade, são aqueles oponíveis contra o Estado, os direitos de resistência cujo titular é o indivíduo. Valorizam primeiramente o homem e o princípio da liberdade (BONAVIDES, 2006).

Segundo Sylvio Motta (2013), os direitos de primeira geração “são os direitos individuais que consagram as liberdades individuais, impondo limitações ao poder de legislar do Estado. Necessariamente estão inseridos no texto constitucional e decorrem da evolução do direito natural, sofrendo decisiva influência dos ideais iluministas”.

Os direitos de segunda geração, por sua vez, estão intimamente ligados ao princípio da igualdade. São os direitos sociais, culturais e econômicos, coletivos ou de coletividade. Juntamente com os direitos de primeira geração passaram por especulações nas esferas filosóficas e políticas, entretanto, apresentaram eficácia duvidosa por exigirem do Estado prestações materiais nem sempre resgatáveis, devido ausência ou limitação de recursos. (BONAVIDES, 2006).

José Eliaci Nogueira (2020, p. 4) ainda explana sobre os direitos de segunda geração:

O direito de segunda geração, ao invés de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste políticas públicas, tratando-se, portanto de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondendo aos direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros

BONAVIDES aponta a que incorporação dos direitos de segunda geração no constitucionalismo somente ocorreu após estes terem sido germinados da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.

Os direitos de terceira geração, por sua vez, são dotados de humanismo e universalidade e são relacionados com o princípio da fraternidade, indica o direito ao desenvolvimento, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade e comunicação. (BONAVIDES, 2006).

Por fim, a quarta geração corresponde a fase de institucionalização do Estado social, da globalização dos direitos fundamentais. São eles o direito à democracia, informação e pluralismo. (BONAVIDES, 2006). Marcelo Novelino (2008, p. 229) complementa “Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política”.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1 CONCEITO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Liberdade de Expressão em sua essência, se trata do direito a livre manifestação de convicções, princípios, pensamentos e ideias de forma ininterrupta.

O Artigo 13 do Decreto nº678 de 6 de novembro de 1992 sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) diz:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Sendo assim, fica garantido a liberdade de se expressar por qualquer meio, sendo este artístico, de escrita ou verbalmente, podendo ser de maneira social ou culturalmente repassada.

A forma de expressão esta interligada ao progresso, onde a argumentação é se não a maior fonte de transição de conhecimentos, ligada assim também a evolução da sociedade e seus feitos, a liberdade de expressão, esta conquistada com o tempo por seus defensores, foi e ainda é de suma importância para a evolução, criação e continuidade do caminhar da sociedade humana.

O filósofo John Stuart Mill, foi um dos maiores defensores da ideologia da liberdade de expressão, o qual o mesmo defendia que a evolução depende da comunicação, a qual esta vigente na liberdade de expressão, sendo assim, havendo várias criações e que foram aperfeiçoadas e são frutos da livre expressão apontado por Vladimir Aras (2019), em sua pesquisa sobre A lição de John Stuart Mill sobre liberdade de expressão que:

O filósofo britânico John Stuart Mill (1806-1873) sustentava que, sem a plena liberdade, não pode haver progresso científico, jurídico ou político. A livre discussão das ideias concorre para a evolução das sociedades humanas.

Na sua obra “A Liberdade”, de 1859, Stuart Mill professou que a livre expressão das ideias, falsas ou verdadeiras, não deve ser temida e que o direito de opinião não pode ser suprimido nem cerceado por considerações econômicas ou morais, mas somente quando cause dano injusto.

A liberdade de expressão esta diretamente ligada a democracia, onde a tal liberdade funciona como caminho para informações e evolução das mesmas, sendo estas transmitidas como uma totalidade para quaisquer sujeitos e não apenas para um grupo seletivo, sendo assim, também vigente nesta o direito a informação, que assim como a liberdade de expressão, está declarada constitucionalmente, deixando impossibilitada a ideia da censura ou coerção.

Também apontado no Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que diz em seu conteúdo:

Todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Portanto, a Liberdade de expressão como cunho constitucional fundamental, trata-se da liberdade inerente que abrange a todos, não só aquele que a manifesta, mas também aquele que recebe a respectiva expressão, podendo os mesmos tratar com autonomia do assunto sem preocupações com restrições de outrem.

2.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Após o entendimento do que são os direitos fundamentais, passa-se à análise acerca de um dos direitos fundamentais mais relevantes: a liberdade de expressão.

O direito à liberdade de expressão é um produto do liberalismo político promovido nos séculos XVII e XVIII que surgiu como uma crítica à monarquia absolutista. No Brasil, esse direito era contemplado pelas três Constituições anteriores até o ano de 1937, quando se iniciou a censura na Era Vargas. Voltou a ser previsto na Constituição de 1946, perdendo lugar novamente no início da ditadura militar, sendo por fim reintegrado na atual Constituição de 1988, sendo inclusive banida a censura.

A liberdade de expressão pode ser compreendida como um conjunto de direitos que tutelam a liberdade de emitir e receber informações, críticas e opiniões, compreendendo a liberdade de expressão em sentido estrito, liberdade de criação e de imprensa e direito a informação. Assim, pode-se observar outros direitos estão atrelados

ao direito à liberdade de expressão como o direito de informar, ser informado e a liberdade religiosa, por exemplo (TÔRRES, 2013).

Assim, a liberdade de expressão se apresenta como uma base de onde surgem outros direitos. É a partir dessa liberdade que homem consegue externalizar e manifestar seus ideais e opiniões a respeito de qualquer tema, assim como receber essas informações, garantindo voz aos indivíduos.

Nas palavras de Jose Afonso da Silva (2000, p. 247):

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial.

Não se trata de direito absoluto de dizer e fazer tudo o que quiser, mas de uma manifestação limitada por outros direitos e garantias igualmente fundamentais. Dessa forma, mesmo diante da liberdade da manifestação, a mesma não pode ser usada para o desenvolvimento de práticas ilícitas. (FERNANDES, 2011)

A liberdade de expressão é uma condição essencial para a garantia da estabilidade governamental, sendo um meio para a democracia uma vez que incentiva a formação da opinião pública. Assim o governo tem menores chances de convulsões sociais (CHEQUER, 2011).

Por ser tão importante, a liberdade de expressão está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu artigo 19, in verbis:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Dessa forma, o direito à liberdade de expressão apresenta-se como um instrumento para o funcionamento do estado democrático, como ainda a forma de comunicação de um indivíduo aos demais, pois se conecta com a sociabilidade, relevante para o desenvolvimento da pessoa. O Estado deve, portanto, garantir o exercício desse direito. Por conseguinte, a restrição à liberdade de expressão é constitui um exercício de violência Estatal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008)

A liberdade de expressão possui espaço na dimensão positiva e negativa dos direitos fundamentais. Nas palavras de Janete Ricken Lopes de Barrosi e Olavo Irineu de Araújo Neto (2012, p. 2):

Na dimensão negativa encontra amparo na necessidade de salvaguarda da autonomia individual livre de interferência estatal, enquanto na positiva se apresenta como elemento de manutenção do regime democrático. Dessa forma, a liberdade de expressão é aclamada como um dos direitos mais relevantes da modernidade

Em se tratando de direito fundamental e de grande importância, em caso de colisão com outros direitos fundamentais, é necessário ponderar os princípios para que a liberdade de expressão não invada os limites de outros direitos, como os direitos de personalidade.

2.3. A RESPONSABILIDADE CONSTANTE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Após a visar a conceitualização da liberdade de expressão, não resta dúvidas que a livre expressão é de extrema importância, restando apenas apontar a responsabilidade que cada qual que exerce a mesma carrega, pois, deve se respeitar alguns limites que não possam ser apontados, para que o sujeito possa ter sua efetividade dentro de uma sociedade, alguns tópicos devem ser tratados com um respeito maior.

Como é apontado na matéria sobre o exercício da liberdade de expressão como manifestação democrática, que diz:

O direito de manifestar livremente opiniões, ideias, e pensamentos faz parte do tratado de uma sociedade democrática e simboliza a liberdade de expressão. Exercê-la requer responsabilidade, consciência e informação para que seu exercício seja legítimo. Vale lembrar que a liberdade de expressão esbarra no respeito à opinião do outro e respeito à sua integridade moral. Esses também são princípios democráticos de uma sociedade que contempla o bem-estar e integridade de todos.

Deve se caracterizar a dificuldade em insurgir a liberdade de expressão aos costumes dentro da sociedade, dentre os costumes e também a cultura, quando há algo divergente, o mesmo há de se tratar com respeito, pois, e expressão do manifestante não deve lesionar a quem é direcionado, não sendo de cunho julgador, tratando a respeito também tendo em vista o direito dos demais. Fernanda Carolina Tôrres (2013, p 64), aponta que:

Sendo a liberdade de expressão um princípio, apesar de sua proteção ser imprescindível para a emancipação individual e social, sua garantia não se sobrepõe de forma absoluta aos demais direitos, que são também essenciais.

A falta de responsabilidade pode causar uma sanção, o qual, de certo modo possa ser mal visto pelos olhos daquele que manifestou seu pensamento, pois, o conceito de liberdade, em seu entendimento bruto, tende a ser reconhecido como uma liberdade total de exercer ou expressar qualquer ação ou pensamento.

É apontado por Evandro Barbosa (2010) em seu texto que:

Libertar a expressão é uma vontade constante de muitas pessoas. Quando se estabelecem parâmetros de arbitrariedade e de opressão, pedem-se justiça e liberdade, porque o ser humano quer e precisa ser livre para expressar-se nos seus mais variados aspectos. Daí, a liberdade de expressão ter sido claramente citada nos artigos 5º e 220 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para que não houvesse dúvida sobre esse direito. No entanto, se o bom senso, como pensava Descartes, é algo que todo mundo acha que tem o suficiente e não precisa de mais um pouco, a liberdade de expressão grita dentro de cada um como algo sempre insuficiente; todos querem falar o que pensam, externar os seus inconformismos, declarar o que faz bem, mostrar arte falada, escrita, gestual, musicada etc. Atualmente, expressar-se é algo cada vez mais visceral, mais veloz, mais vital.

Sendo assim, a responsabilidade no exercício da liberdade de expressão deve ser caracterizada como base importante para a mesma, pois, onde o bom senso é indiscutível, para se ter efetividade nas obrigações com relação a outrem, onde a responsabilidade não fica em si só, mas também se transmite a aqueles que abrangem seu pensamento.

3. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

No tocante aos direitos de personalidade, insta, primeiramente, entender o conceito de personalidade. A psicologia conceitua a personalidade como a possibilidade de diferenciação de um indivíduo, podendo ser original e possuir suas particularidades. As diferenças condutas, hábitos e regras de cada indivíduo estruturam a sua personalidade, que se relaciona com suas experiências e vivências do meio em que vivem (REIS, 2009).

Assim, pode-se concluir que a personalidade é uma construção dos hábitos culturais e do meio em que o indivíduo se desenvolve, sendo moldada ao longo de sua vida.

Como base se tem a dignidade da pessoa humana, que serve como bússola do sistema jurídico, e dele derivam os demais temas que visam garantir os atributos do indivíduo. Acerca desses temas, elucida Schreiber (2013, p. 13):

A expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.

Os direitos da personalidade têm previsão em capítulo próprio no Código Civil. Trata-se dos direitos relacionados ao indivíduo, incluindo seu corpo, sua imagem, seu nome e demais aspectos que caracterizam sua identidade.

No Brasil, os direitos da personalidade estão previstos em capítulo próprio do Código Civil, do artigo 11 ao 21, mas vale destacar que tais disposições não são taxativas, também havendo proteção legal a esses direitos no texto constitucional.

Maria Helena Diniz (2005, p. 143) conceitua os direitos de personalidade da seguinte forma:

subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)

Os direitos da personalidade têm por objeto proteger os atributos específicos da personalidade. Busca proteger os atributos específicos da pessoa, sendo que essa proteção envolve aspectos psíquicos, integridade física, moral e intelectual durante toda sua vida (TARTUCE, 2012)

A maior parte da doutrina defende que tais direitos são de fonte jusnaturalista, que os entende como inatos ao homem. Entretanto, a parte minoritária atribui razão aos positivistas, entendendo que os direitos de personalidade derivam do próprio ordenamento jurídico. Embora minoritária, é necessário ponderar que a corrente positivista considera a evolução histórica desses direitos. CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD FARIAS; ROSENVALD (2017, p. 172) entende que “Não é demais alertar que a dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida apenas a um valor inato à natureza humana (algo inerente à sua própria natureza), sendo indubitoso um sentido cultural na acepção da expressão, sendo fruto do aperfeiçoamento da espécie humana”.

Entre as características dos direitos da personalidade, pode-se destacar que os mesmos são considerados pelo Código Civil como imprescritíveis, vitalícios, absolutos, irrenunciáveis e intransmissíveis.

Considerando a relevância desses direitos, o próprio Código Civil, no Art. 12 prevê a esses direitos a tutela inibitória e reparatória. A tutela inibitória, ou preventiva, objetiva a prevenção do ilícito. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni “uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano.”

A tutela reparatória, por sua vez, objetiva descobrir a quem cabe a reparação do dano, independentemente de culpa. Conforme também explicado por Marinoni “Se não é possível confundir tutela inibitória com tutela ressarcitória é porque a tutela não é uma tutela contra o dano, não exigindo, portanto, os mesmos pressupostos da tutela ressarcitória.”

A doutrina ainda defende uma terceira tutela a esses direitos: a tutela reintegratória. Assim pontua CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD (2017, p. 212-214)

“Vale dizer, além da tutela preventiva e da tutela reparatória dos direitos da personalidade, sobreleva pontuar a possibilidade de tutela reintegratória, na forma específica, cujo objeto é reconstituir naturalmente a situação anterior ao ilícito já consumado, sem que o ofendido necessite se utilizar do mecanismo da reparação. A despecuniarização ou desmonetarização da reparação podem ser exemplificativamente apreciados no direito de resposta, quando o dano foi causado por algum veículo de comunicação, ou a retratação pública, ou mesmo a

divulgação na imprensa da sentença condenatória. É de se registrar, de qualquer maneira, que a solução in natura, por si só, é insuficiente para a ampla e irrestrita proteção dos direitos da personalidade, não afastando os mecanismos preventivo e reparatório. Na verdade, apresenta-se o mecanismo de tutela específica como um plus na proteção da personalidade, que possui a interessante potencialidade de desestimular a conduta do ofensor (teoria do valor do desestímulo), sem a necessidade de se atribuir à vítima uma determinada quantia de natureza jurídica e estimativa duvidosas.

De fato, os provimentos reparatórios devem ser encarados como formas secundárias de tutelas, apenas manejáveis quando não se possa proteger o direito de maneira preventiva.”

Dessa forma, pode-se concluir que a tutela reintegratória visa a remoção do ilícito e a sua reparação, retornando ao status quo.

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO X DIREITOS DA PERSONALIDADE

Entretanto, se de um lado, o ordenamento jurídico prevê a liberdade de expressão como um direito essencial e de outro também protege os direitos da personalidade, deve-se considerar a possível colisão entre os direitos fundamentais e a eventual limitação desse direito para a efetivação de outros direitos igualmente constitucionais.

Apesar de um direito fundamental, a liberdade de expressão não é uma garantia Constitucional absoluta, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

E ainda, deve levar em consideração as demais garantias constitucionais, conforme também entendido pelo STF (2017):

A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação

A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação.

Isto posto, a liberdade de expressão pode ser limitada em caso de norma expressa em texto constitucional. É o que acontece em caso de colisão com o direito a honra, por exemplo, também tutelado pela Constituição Federal.

Acerca dessa limitação, Fernanda Carolina Tôres (2013) expõe:

Se, por um lado, é importante superar o equívoco da interpretação da liberdade de imprensa e de expressão como espécies de “sobredireitos”, por outro, é imprescindível que o legislador e o magistrado acatem a premissa de que toda limitação de direito fundamental apresenta caráter excepcional. A plenitude da efetivação é a regra, a limitação é sempre excepcional. Uma liberdade fundamental só pode ser limitada na medida em que sua restrição signifique a efetivação de outros direitos ou princípios constitucionais. Assim, a justificativa para o reconhecimento de limites ao direito de liberdade de expressão deve basear-se, primeiramente, na coesão do sistema jurídico, no propósito de viabilizar a coexistência de direitos

aparentemente incompatíveis. Em decorrência, presume-se, que a proteção constitucional de um direito não pode estabelecer a impossibilidade de sua restrição quando o abuso em seu exercício implicar a violação de outros direitos fundamentais.

Ainda, há que se falar em limitação da liberdade de expressão no tocante ao direito a honra. A honra se apresenta como um atributo essencial da personalidade, indicando a própria dignidade de uma pessoa. Por essa razão, o direito à honra goza de proteção constitucional, conforme verifica no art. 5º, inciso X da Constituição Federal.

O direito à honra visa tutelar o respeito, a consideração, a boa fama e a estima desfrutadas nas relações sociais, mesmo que a pessoa não se conduza de moto ético ainda pode desfrutar do seu direito.

Como bem exposto por Pierpaolo Cruz Bottini “Por mais paradoxal que seja, para preservar a tolerância é preciso ser intolerante com aqueles que propalam o fim das liberdades públicas pela violência. O Estado de Direito não pode admitir a manifestação violenta pelo fim do próprio Estado de Direito.”

Além da honra, a liberdade de expressão é limitada quando se trata de discursos de ódio. As ideias podem ser expressas, ainda que absurdas, desde que não ameace o direito de outrem (BOTTINI, Acessado em 30 de outubro de 2022).

Extraí-se do conceito de discurso do ódio, três modalidades. A primeira é a ofensa à honra dos indivíduos através do insulto intencional. A segunda modalidade é o insulto coletivo, sendo que é caracterizando quando a difamação é fundada em critérios inalteráveis e ataca a membros de um grupo pequeno com características que inferem dos demais (KERSTING e GITIRANA, 2020).

O ordenamento jurídico não isenta de responsabilidade aqueles que atingem diretamente os direitos de personalidade de outrem, fixando limites para a liberdade de expressão. A vedação à incitação ao crime e a discriminação são exemplos de limites impostos a esse direito. A exemplo: “o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal” (STF, HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Redator p. Acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 17/09/2003).

Nesta senda, A Convenção Americana dos Direitos Humanos, em seu art. 13.2 apresenta a possibilidade de responsabilização por eventual abuso no exercício do direito.

À vista disso, existe ainda, em capítulo exclusivo para crimes contra a honra, a tipificação dos delitos de calúnia, difamação e injúria. A calúnia, tipificada no art. 138 do Código Penal, constitui em caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime. O delito de difamação, disposto no art. 139 do mesmo código por sua vez, consiste em difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação. Por fim, o crime de injúria está previsto no art. 140, também do Código Penal e consiste em injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Conforme já exposto em tópicos anteriores, tanto o direito à liberdade de expressão quanto os direitos de personalidade, são considerados como fundamentais. É necessário ponderar os princípios e a limitação da liberdade, visto que em diversas situações a liberdade de expressão pode invadir ou colidir com os direitos de personalidade.

A doutrina e a jurisprudência aplicam o instituto da ponderação para a resolução de possíveis colisões entre os direitos fundamentais. Trata-se da técnica da ponderação de princípios, por meio da qual se analisam os pesos dos bens jurídicos fundamentais tutelados, como se estivessem em uma balança.

Assim, em alguns casos pesará o direito à liberdade de expressão e em outros, a proteção aos direitos de personalidade. Conforme elucida Cleber Sanfelici Otero e Tamara Simão Arduini (2016):

O que norteia a aplicação da ponderação e a escolha de um ou outro direito é o interesse público da informação e os princípios constitucionais. Se uma notícia ou reportagem sobre determinada pessoa veicula um dado que, de fato, interessa à coletividade, a balança tende a pender para a liberdade de imprensa, entretanto, vale mencionar, mais uma vez, que não existe uma fórmula a ser aplicada a todos os casos, mas cada conflito será analisado individualmente, em conformidade com a técnica da ponderação.

Destarte, a solução adequada para a colisão entre esses direitos é imprescindível a análise de cada caso concreto, visto que inexistente hierarquia para entre os direitos fundamentais.

CONCLUSÃO:

Após a análise dos direitos fundamentais em sua totalidade, é indubitável que o direito a liberdade de expressão é extremamente relevante, porém também a mesma liberdade se insurge em muitos dos pontos principais das garantias fundamentais, por outro lado também existe sua divergência, o qual quando tratada a liberdade em sua totalidade sem proibições, quando executada pode ferir outros direitos fundamentais se tanger a meios que possam infringir a dignidade de outrem.

A liberdade de expressão é um do direito fundamental de extrema relevância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, onde se pode visar a independência de uma ideologia concreta e certa, onde dentro desta, com sua manifestação novos pensamentos são criados, apontados e repassados, podendo ser considerada como o piso que sustenta a oportunidade de onde surgem outros direitos e idéias.

Entretanto, apesar de ser um direito fundamental, a liberdade de expressão não é uma garantia Constitucional absoluta, sendo passível de restrição e limitação em caso de colisão com outros direitos, como os de personalidade, pois, a partir da livre e espontânea expressão onde não há um pensamento o qual possa limitar um conflito, a dada liberdade pode lesionar a dada dignidade esta englobada dentro do direito da personalidade de cada sujeito.

Sendo assim, é correto afirmar que com a falta de garantia absoluta na abrangência em sua totalidade da liberdade de expressão, a mesma deve ser discutida, para que o seu exercício em respectivo ato, não contradiga a qualquer outro direito fundamental, que viole direta ou indiretamente o direito de outrem

Destarte, a devida solução por ora vista como adequada entre esses direitos é imprescindível a análise de cada caso em concreto individualmente, independentemente da situação, assim ponderando os princípios e bens jurídicos tutelados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/215347209/artigo-13-do-decreto-n-678-de-06-de-novembro-de-1992>

Acessado em 26 de agosto de 2022

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Artigo 19, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/course/lesson/articles-19-25/read-article-19.html> Acessado em 26 de agosto de 2022

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69-76.

BARROS, Janete Ricken Lopes de; ARAÚJO NETO, Olavo Irineu de. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE REUNIÃO E A POSIÇÃO DE PRECEDÊNCIA. In: Paulo Gustavo Gonet Branco. (Org.). A liberdade de expressão na jurisprudência do STF. 1ed. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público IDP, 2012, v. 1, p. 69-92.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 562.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Os limites à liberdade de expressão. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/4bdc11296800-os-limites-a-liberdade-de-expressao> Acessado em 20 de agosto de 2022

ARAS. Vladimir Aras. A lição de John Stuart Mill sobre liberdade de expressão. 2019. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2019/12/12/a-licao-de-john-stuart-mill-sobre-liberdade-de-expressao/> Acessado em 26 de agosto de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Almedina.

CHEQUER, Cláudio. A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 2, 2007, p. 12

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 15ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. Salvador, JusPODIVM, 2014.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KERSTING, M., & GITIRANA, J. (2020). LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CARACTERIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO. Revista De Direito Da FAE, 2(1), 233 - 260.

MOTTA, Sylvio. Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões. Editora Campus Concursos, 2013.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

OTERO, Cleber Sanfelici. ARDUINI, Tamara Simão. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA: O COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO. In: XXV Congresso do Conpedi, 2016, Curitiba. Conpedi, 2016.

O exercício da liberdade de expressão como manifestação democrática. SaferNet Brasil, Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/liberdade-de-express%C3%A3o#:~:text=0%20direito%20de%20manifestar%20livremente,que%20seu%20exerc%C3%ADcio%20eja%20leg%C3%ADtimo.>>. Acessado em 26 de agosto de 2022

REIS, Simone Pinto. Psicologia da personalidade. SUESC - Sociedade Unificada de Ensino Superior e Cultura, Rio de Janeiro, artigo publicado 2009.

SARLET, Ingo W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

BARBOSA, Evandro Barbosa. Liberdade de Expressão com responsabilidade, 2010. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/liberdade-de-expressao-com-responsabilidade>. Acessado em 26 de agosto de 2022

SCHREIBER, A. Direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade da norma constitucional. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, DJ de 19-3-04. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452> Acessado em 22 de agosto de 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RHC 134.682, Rel. min. Edson Fachin, 1ª T, j. 29-11-2016, DJE de 29-8-2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4988091>> Acessado em 22 de agosto de 2022

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 2e. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 200, p. 61-80, out./dez. 2013. Disponível em < https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/50/200/ri/v50_n200_p61.pdf >. Acesso em 19 ago. 2022.

490 ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Aline de Menezes Gonçalves
Richard Nascimento Ferreira

RESUMO: O objetivo deste trabalho é avançar tanto na forma de orientar quanto na forma de fiscalizar, pois existem muitas pessoas com medo de falar deste assunto, e por fim estão traumatizadas, e por vezes permanecem nestes ambientes por falta de opções de trabalho, ou por outros fatores. O objetivo não é só conscientizar, mas também prevenir estes tipos de comportamentos, e remediar estes tipos de situações, sendo alvo de atenção de todas as pessoas, pois da mesma forma que acontece com um colega de trabalho, também poderá acontecer comigo. Existem muitos colaboradores que não trabalham satisfeitos devido a esta péssima esfera no ambiente profissional, onde deveria ser um lugar prazeroso por passarem e dedicarem horas de suas vidas, porém acaba se tornando um lugar terrivelmente hostil e perturbador. Entretanto, o Assédio Moral precisa ser debatido dentro das empresas, e esses terríveis praticantes assíduos devem ser punidos em virtude de lei, trazendo à tona os danos, as consequências e os prejuízos causados pelo problema organizacional destacados neste trabalho como Assédio Moral nas relações de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Orientar. Fiscalizar. Conscientizar.

ABSTRACT OU RESUMEN: The objective of this work is to advance both in the way of guiding and in the way of monitoring, as there are many people afraid to talk about this subject, and finally they are traumatized, and sometimes they remain in these environments due to lack of work options, or for other reasons. factors. The objective is not only to raise awareness, but also to prevent these types of behaviors, and to remedy these types of situations, being the target of everyone's attention, because in the same way that it happens with a co-worker, it can also happen with me. There are many employees who do not work satisfied due to this terrible sphere in the professional environment, where it should be a pleasant place to spend and dedicate hours of their lives, but it ends up becoming a terribly hostile and disturbing place. However, Moral Harassment needs to be debated within companies, and these terrible assiduous practitioners must be punished by law, bringing to light the damage, consequences and losses caused by the organizational problem highlighted in this work as Moral Harassment in labor relations.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Guide. inspect. Aware.

INTRODUÇÃO:

O tema central desta pesquisa é o Assédio Moral no ambiente de trabalho, onde existem nestes ambientes laborais, constrangimentos, humilhações, rejeições e situação de vulnerabilidade, que desrespeita o colaborador/servidor, o ser humano em si, e coloca em risco a saúde das pessoas, traduz-se o Assédio Moral como um risco iminente a vida dos trabalhadores, e das pessoas com quem é praticado.

Muitas vezes o Assédio Moral ocorre sem que o agressor o perceba, devido a frequência e repetição dos fatos ocorridos, o que não retira dele tais penalidades previstas em Lei, e a gravidade da situação, pois colocou em risco a saúde e a integridade física e psicológica destas pessoas.

Serão abordados quatro tipos de Assédio Moral, dentre os quais estão o Assédio Moral Vertical Descendente, Assédio Moral Organizacional, Assédio Moral Horizontal e Assédio Moral Vertical Ascendente, entre os tipos abordados, alguns tornar-se-ão em evidências, o Assédio Moral Organizacional e o Assédio Moral Vertical Descendente, por se tratar de temas frequentemente ocorridos.

Percebe-se que o Assédio Moral não é algo novo, quando na verdade as condutas violentas já estão enraizadas na sociedade desde os primórdios, antes da época da Revolução Industrial, porém a Revolução Industrial

da Inglaterra a partir da segunda metade do século XVIII, e no Brasil apenas no fim do século XIX e início do século XX, deram mais ensejos ao Assédio Moral com a chegada dos maquinários, a busca por serviços rápidos aumentou, e logo os trabalhadores passaram a produzir cada vez mais, em grande quantidade, com carga horária extenuante, maus tratos, e exigências abusivas por meio da repetição e sistematização, dando início a exploração física e psicológica de suas vítimas, degradando o clima laboral e trazendo sérias consequências a saúde das pessoas, devido a tais situações de desconforto e constrangimentos se tornarem frequentes e prolongadas caracterizando com isto o Assédio Moral.

No tempo de inércia não havia hierarquia no setor da economia e na esfera laboral, passado se os anos, e o tempo de inércia ficado para trás, houve a civilização do homem, em conjunto a hierarquia nas relações de trabalho e a privatização da propriedade, na qual tornou o homem escravo de outro homem, ou seja, os seus serviços eram prestados em favor de outras pessoas sem se importarem com suas condições físicas e psíquicas, a partir do avanço da humanidade veio a globalização e o capitalismo, onde passou a ter acumulação do capital, serviços assalariados, dando enfoque aos trabalhadores, seus rendimentos e lucros.

O que se pretende com esta pesquisa científica é detectar o Assédio Moral, trazer medidas coercitivas de combate a este mal laboral, que vem assombrando desde muitos anos, e os efeitos jurídicos e administrativos para os autores destes atos, entretanto, no Brasil, os debates em torno do assunto assédio moral desenvolveram-se tarde, a partir dos anos 2000, devido as pesquisas no campo de saúde e vida do trabalhador.

E, sob o enfoque jurídico no Brasil em relação ao assunto Assédio Moral somente em 2003, de modo com que se apresentou medidas preventivas para que a imposição feita de forma grosseira e hostil, a falta de respeito e empatia para com o próximo, configurando um clima destruidor dentro das dependências laborativas, se nomeasse como Assédio Moral.

E, a eficácia para combater este mal propagado, que havia se derivado da estratégia utilizada pelo agressor, com intuito de manipular as emoções, impor a solidão mesmo em ambientes comunitários, e alimentar o silêncio coletivo, para que neste processo vivenciado, a vítima sinta solidão, medo, vergonha e não encontre a saída de todas essas emoções causadas pelo assediador, com o uso frequente de poder em forma de ameaça, a prática de relações abusivas no meio laboral, e as omissões no âmbito das relações de trabalho, trazem consigo um péssimo clima no ambiente laboral, restando ao entendimento das vítimas, a vergonha por ter “fracassado” como pessoa, como profissional.

Na maioria dos casos o objetivo do assediador é eliminar o “forte concorrente”, como ele mesmo o nomeia, afim de que não ocupe o lugar do mesmo, com isto o assediador usa táticas ofensivas e destrutivas para inibir o crescimento deste “concorrente”, e com estas “jogadas sujas” de constranger, de humilhar, de desestabilizar emocionalmente e profissionalmente, afim de sujeitar a vítima a determinadas condições de trabalho.

E, a não “submissão” da vítima a tais barbáries, faz com que se inicie o pressionamento para que a mesma peça demissão, após o pedido de demissão, o agressor acaba tendo êxito com a saída da vítima da empresa, entretanto, existem vários tipos de assediadores, práticas dirigidas por subordinado ou grupo de subordinados contra o chefe, com intuito de privilégios dentro da empresa, denominado Assédio Moral Vertical Ascendente, e entre outros que traremos a luz neste trabalho.

Como resultado prático da pesquisa, com o intuito de diferenciar os atos praticados no ambiente de trabalho, onde haja a definição de condutas para ser detectadas por todas as vítimas, e que consigam ter discernimento sobre cada situação, e saber como se portar perante tais atos, sabendo que todo ambiente laboral exige esforço e empenho, e apresenta certo grau de dificuldade, imposição e dependência, onde há atividades inerentes ao contrato de trabalho, neste caso não se caracteriza como Assédio Moral, são apenas normas da empresa que devem ser seguidas a fim de cumprir com o planejamento profissional, respeitando as limitações de cada indivíduo, onde uma equipe bem estruturada, e qualificada, e um ambiente de trabalho saudável é onde existe o respeito, e a boa educação.

2 OS QUATROS TIPOS DE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO:

O assunto Assédio Moral levanta muitas curiosidades a respeito do tema, desde o seu estudo de desenvolvimento, e até mesmo a diferenciação de cada prática, em cada etapa do assunto em si traz consigo o desejo de aprender mais a respeito.

O primeiro estudo sobre Assédio Moral foi conceituado como uma comunicação hostil, Leymann (1996) de acordo com o autor que suscitou um trabalho satisfatório sobre o tema em uma de suas pesquisas a respeito da Psicologia do Trabalho, evidenciando ao modo de coagir e desestabilizar psicologicamente. Trazendo sequelas psicológicas a vida dos trabalhadores.

De acordo com o entendimento (LIMA, 2022) existem quatro tipos de Assédio Moral, que são o Assédio Moral Vertical Descendente, Assédio Moral Organizacional, Assédio Moral Horizontal e Assédio Moral Vertical Ascendente.

O Assédio Moral Vertical Descendente: É um dos tipos de assédio moral mais comum no ambiente de trabalho, onde é exercida por aquele com função hierarquicamente superior aos demais, trata seus semelhantes (subordinados) de forma vexatória, onde pede metas impossíveis de serem realizadas, e com isso faz com que seus subordinados paguem micos na frente dos demais. Ex: Pede para fazer dancinhas caso não atinjam as metas propostas etc. E, acaba expondo-o intencionalmente a situação que atenta contra sua autoestima, destinando o abuso do poder contra seus subordinados. (LIMA, 2022)

O Assédio Moral Organizacional: É quando a empresa ou instituição com fim de bater metas e exigir tarefas de forma grosseira, tem a intenção de constranger o trabalhador a fim de melhorar a produtividade. E, com isto acabam usando a violência psicológica por meio de ameaças ainda que de menor grau, e promove disputas entre a própria equipe, causando com isto estresse, ansiedade e competições que estimulam que colaboradores briguem entre si. (LIMA, 2022)

O Assédio Moral Horizontal: É praticado por colegas de trabalho, devido as empresas cultivarem a competitividade entre seus colaboradores, muitas vezes ocorre de funcionários que exercem as mesmas funções hierárquicas, zombarem e ridicularizarem de seus colegas por não terem alcançados metas e bonificações estipuladas pela empresa. (LIMA, 2022)

O Assédio Moral Vertical Ascendente: Quando um colaborador hierarquicamente inferior assedia seu superior, sendo visível em situações onde o mesmo ameaça seu superior por saber algum segredo ou informações sigilosas da empresa, para possuir benefício próprio, pedir aumento de salário, faltar injustificadamente sem medo de ser despedido, e ter benefícios extras diferentes dos demais colaboradores da mesma função. (LIMA, 2022)

No entanto deve ser observado o modo de tratamento dentro das empresas, e lembrar que existe a Lei 12.250/06 contra o Assédio Moral, acarretando penalidades ao assediador, entre elas podem variar entre a demissão, suspensão e advertência.

A empresa poderá responder na justiça baseado no artigo 483 da CLT, como forma do colaborador prejudicado reincidir o contrato sem que o mesmo seja prejudicado.

2.1 QUANDO OS DEBATES EM TORNO DO ASSÉDIO MORAL SE DESENVOLVERAM NO BRASIL?

Devido a uma jornada de humilhações em face ao ambiente de trabalho regado de maus tratos aos trabalhadores, que sofriam um terror psicológico repetitivo, onde seus empregos eram colocados a provas diariamente, e conseqüentemente com tais condutas abusivas que atentavam a sua integridade física e psicológica, houve debates em torno do assunto.

Conforme Gunça; Veiga:

No Brasil, os debates em torno do assédio moral desenvolveram-se a partir de 2000, com a tradução do livro de Marie-France Hirigoyen, psiquiatra francesa, e com a defesa da dissertação de mestrado da médica Margarida Barreto, na área de psicologia social. Ressalte-se que, na época, o sítio eletrônico www.assediomoral.org.br, fundado em 2001, foi um importante marco no processo de divulgação e conscientização. (GUNÇA; VEIGA, 2020, p.48)

A verdade é que a violência está enraizada na sociedade desde os primórdios, e no tempo de inércia no ambiente laboral, os serviços prestados não tinham tanta significância, diferentemente dos dias atuais, onde há Lei que inibe tais práticas, e meios de comunicações disponíveis como forma de alertar a sociedade a respeito do assunto em questão, como demonstrativo de conscientização e prevenção.

Destaca-se em complemento Gunça; Veiga:

Que a primeira pesquisa sobre humilhações no trabalho foi realizada, no Brasil, por Margarida Maria Silveira Barreto, na defesa da dissertação de mestrado intitulada Uma jornada de humilhações, em 2000, que resultou na publicação do livro Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações, em 2006. (GUNÇA, VEIGA, 2020, p.48)

A intenção muitas vezes é a desconstrução do modo de pensar e agir do outro, onde a intolerância toma conta, e na maioria das vezes por culpa das empresas que estimulam as competições entre a equipe, e a individualização por premiações, por destaques entre os “melhores” da equipe, sem o respeito ao outro que não atingiu a meta, não porque não quis atingi-la, mas, pelo fato de simplesmente não ter conseguido.

2.2 SOB O ENFOQUE JURÍDICO, QUANDO O ASSÉDIO MORAL LABORAL FOI ABORDADO PELA PRIMEIRA VEZ?

A natureza jurídica do Assédio Moral devido há muitas pesquisas sobre o tema, e muitos relatos de maus tratos advindo-os de muitos trabalhadores, desde então deu-se embasamento e corpo ao assunto em questão, transformando esta péssima conduta em danos morais, ou no gênero da discriminação, no que inclui os direitos fundamentais de cada indivíduo, e a dignidade da pessoa humana.

“Sob o enfoque jurídico, o assédio moral laboral foi abordado pela primeira vez pela Juíza do Trabalho Márcia Novaes Guedes, em 2003, na obra Terror psicológico no trabalho, oriunda do trabalho monográfico Abuso moral no trabalho.” (GUNÇA; VEIGA, 2020, p.48)

Sob enfoque jurídico percebe-se que o Assédio Moral em si inviabiliza o convívio saudável ao ambiente de trabalho, acarretando um clima desfavorável entre o convívio das pessoas próximas, e o Assédio Moral em si é uma doença comportamental que também precisa ser tratada, para não gerar mais incômodos às vítimas e a sociedade. Conforme Gunça; Veiga:

Marie-France Hirigoyen conceitua o assédio moral como “qualquer conduta abusiva” (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. (GUNÇA; VEIGA, 2020, p.49)

O Assédio Moral por se tratar de uma doença comportamental acaba por desobedecer aos direitos dos outros, e com isto infringir regras e normas sociais, conseqüentemente desencadeando sérios riscos à vida das pessoas.

2.3 E O QUE SE CONFIGURA O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO?

O Assédio Moral no Ambiente de trabalho começa com imposições desrespeitosas, com situações vexatórias seguidas de chacotas, brincadeiras de mal gosto, falta de educação para com o próximo, usando palavras inadequadas¹² para lidar com o ser humano, é a outra pessoa te expor ao ridículo perto de outras pessoas, ou te colocar em situações constrangedoras, ou seja, o Assédio Moral laboral configura-se como um processo destruidor dentro de suas dependências.

De acordo com Maria Ester de Freitas, Roberto Heloani e Margarida Barreto (2012, p. 18).

Conforme Barreto, Freitas, Heloani:

Heinz Leymann é considerado o precursor dos estudos sobre o fenômeno que viria a ser conhecido entre nós como assédio moral. Nascido na Alemanha, doutor em psicologia do trabalho, Leymann mudou-se para a Suécia, onde assumiu uma cadeira na Universidade de Estocolmo, dedicando-se à pesquisa sobre ambiente de trabalho e saúde. No início dos anos 1980, ele começou a investigar o sofrimento no trabalho e chegou a resultados inéditos e preocupantes, que o estimularam a ampliar em nível nacional as suas pesquisas, sendo que estas foram depois estendidas a toda a região escandinava e aos países de língua alemã. O objetivo de seu trabalho era o de sensibilizar assalariados, sindicalistas, administradores, médicos do trabalho e juristas para a gravidade da situação, incitando-os a combater e a prevenir esses processos destruidores. (BARRETO; FREITAS; HELOANI; 2012, p. 18).

O tempo da humilhação no local de trabalho, exercida por uma ou mais pessoas, com a intenção de maltratar as vítimas, expô-las ao ridículo, perturbar o trabalho alheio a fim de conseguir com que o outro abandone o labor.

O assédio pode assumir tanto a forma de ações diretas (acusações, insultos, gritos, humilhações públicas) quanto indiretas (propagação de boatos, isolamento, recusa na comunicação, focas e exclusão social). Porém, para que sejam caracterizadas como assédio, essas ações devem ser um processo frequente e prolongado. GRUPO DE ESTUDOS DE PREVENÇÃO AO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO, 2021, Disponível em: <https://nepot.ufsc.br/?page_id=76> Acesso 14 de set de 2022.

A saúde e segurança no trabalho são indispensáveis em respeito a dignidade do trabalhador em suas atribuições.

2.4 QUAIS SÃO OS OBJETIVOS DO ASSÉDIO MORAL?

Na maioria das vezes o maior objetivo é tirar o “forte concorrente” do caminho, ou fazer com que o mesmo, peça demissão para não ter que arcar com os “altos” valores rescisórios, pressionando, desestabilizando emocionalmente para que o mesmo, se sujeite passivamente das situações incomodas de maus tratos e humilhações causadas pelo agressor.

Desestabilizar emocional e profissionalmente o indivíduo, pressioná-lo a pedir demissão, provocar sua remoção para outro local de trabalho, fazer com que se sujeite passivamente a determinadas condições de humilhação e constrangimento, as más condições de trabalho etc. (NUNES, 2022)

Conhecido mundialmente como Mobbing, Bullying, o Assédio Moral muitas vezes de forma sutil tem predominado o campo de trabalho, não só no Brasil que demorou para tratar do assunto, mas, no mundo inteiro, onde os valores estão sendo invertidos, e o medo do desemprego faz com que muitos trabalhadores permaneçam onde estão, mesmo com tamanha pressão psicológica.

Conforme Barreto, Freitas, Heloani:

Por ser um processo, a eficácia do assédio moral deriva da estratégia utilizada, da manipulação das emoções dos trabalhadores, da solidão imposta, do silêncio coletivo e da baixa apreciação de si próprio. Desse modo, há um forte núcleo afetivo que alimenta e retroalimenta o processo. Emoções como culpa, vergonha, medo, solidão, mágoas e raiva favorecem o desencadeamento de valores antagônicos, produzindo um mundo invertido, no qual amor e ódio, humilhação e vergonha, culpa e medo, solidão e intolerância sustentam as discriminações e o isolamento, mudando os sentidos e os valores da vida e de si mesmo. Separado do seu destino de trabalhador, este transforma o campo do real em imaginação, em ideias inadequadas, em pensamentos recorrentes que perpassam o sofrimento, como se nada lhe restasse, exceto a vergonha por ter fracassado. (BARRETO; FREITAS; HELOANI; 2012, p. 52).

Há muitos trabalhadores que passam por isto diariamente, e não acabam rendendo o tanto que deveriam, pelo clima laboral desfavorável e a enorme pressão laboral.

2.5 POR QUE MUITAS PESSOAS SE OMITEM SOBRE O ASSUNTO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO?

Muitos não se pronunciam sobre o assunto com medo de perderem seus empregos, ou por traumas psicológicos, se sentem incapazes de conseguir ingressar em novas empresas. De acordo com Lino, Martinez

A partir da Reforma Trabalhista de 2017, vê-se uma redução expressiva das demandas individuais que envolvem pleitos reparatórios por danos decorrentes do assédio, como a imprensa tem reiteradamente noticiado. Os riscos da sucumbência desestimulam os reclamantes a buscar reparações pecuniárias, especialmente em casos de difícil comprovação. Dessa forma, ao mesmo tempo em que aumentam as queixas acerca dos comportamentos assediosos, diminuem as demandas judiciais ressarcitórias. Esse comportamento leva os órgãos fiscalizatórios e protetivos da legislação laboral, em especial o Ministério Público do Trabalho (MPT), a prosseguir e aprofundar sua política institucional de combate a essas condutas, notadamente a partir do desenvolvimento de projetos estratégicos que operem em segmentos econômicos específicos. Tudo isso é feito para proporcionar maior efetividade à sua atuação, sob pena de deixar sem amparo um incomensurável universo de trabalhadores que, cotidianamente, se veem expostos às nefastas cenas de assédio moral. (LINO; MARTINEZ; 2022, p. 8)

As pessoas possuem medo de ingressarem ação na justiça e perderem, os riscos da sucumbência desestimulam os reclamantes, principalmente em casos de difícil comprovação.

2.6 O QUE NÃO É CONSIDERADO ASSÉDIO MORAL?

Devido ao fato de todo trabalho ter suas limitações, e muitas vezes ser exaustivo, e ter metas e exigências laborais para se alcançar, sendo respeitado as limitações dos colaboradores, neste caso, quando as metas e exigências são postas para melhorias da empresa, sem ofender e expor os seus colaboradores a constrangimentos, onde todos trabalham em prol de sucessos, neste caso não se configura o Assédio Moral no Trabalho.

A principal diferença entre assédio moral e situações eventuais de humilhação, comentário depreciativo ou constrangimento contra o trabalhador é a frequência, ou seja, para haver assédio moral é necessário que os comportamentos do assediador sejam repetitivos. Um comportamento isolado ou eventual não é assédio moral, embora possa produzir dano moral. (NUNES, 2022)

O que muitas vezes desconhecem é que mesmo que a ofensa não seja caracterizada por Assédio Moral devido a não frequência, pode produzir dano moral.

Todo trabalho apresenta certo grau de imposição e dependência. Assim, existem atividades inerentes ao contrato de trabalho que devem ser exigidas ao trabalhador. É normal haver cobranças, críticas construtivas e avaliações sobre o trabalho e/ou comportamento específico feitas de forma explícita e não vexatória. Porém, ocorre o assédio moral quando essas imposições são direcionadas para uma pessoa de modo repetitivo e utilizadas com um propósito de represália, comprometendo negativamente a integridade física, psicológica e até mesmo a identidade do indivíduo. GRUPO DE ESTUDOS DE PREVENÇÃO AO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO, 2021, Disponível em: <https://neppot.ufsc.br/?page_id=76> Acesso 14 de set de 2022.

As pessoas precisam adquirir conhecimento para debater sobre o assunto, e saber diferenciar cada caso, sabendo discernir cada situação vivenciada.

2.7 O QUE A VÍTIMA PODE FAZER?

A vítima do Assédio Moral deve evitar ao máximo conversar a sós com o agressor, procure relatar o ocorrido aos familiares para enfrentar este momento delicado, e guardar o máximo de provas possíveis! Procurar o seu sindicato, e relatar o ocorrido, o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Superintendência Regional do

Trabalho, existe também o Centro de Referências em Saúde dos Trabalhadores, que presta assistência ao agravo de trabalho relacionado a saúde dos trabalhadores. Pode também procurar um advogado (a) da área trabalhista que orientará nos próximos passos.

Resistir: anotar com detalhes toda as humilhações sofridas (dia, mês, ano, hora, local ou setor, nome do agressor, colegas que testemunharam, conteúdo da conversa e o que mais você achar necessário). (BARRETO, FREITAS, HELOANI, 2012, p. 52).

Dar visibilidade, procurando a ajuda dos colegas, principalmente daqueles que testemunharam o fato ou que já sofreram humilhações do agressor.

Organizar. O apoio é fundamental dentro e fora da empresa.

Evitar conversar com o agressor, sem testemunhas. Ir sempre com colega de trabalho ou representante sindical.

Exigir por escrito, explicações do ato agressor e permanecer com cópia da carta enviada ao D.P. ou R.H e da eventual resposta do agressor. Se possível mandar sua carta registrada, por correio, guardando o recibo.

Procurar seu sindicato e relatar o acontecido para diretores e outras instancias como: médicos ou advogados do sindicato assim como: Ministério Público, Justiça do Trabalho, Comissão de Direitos Humanos e Conselho Regional de Medicina (ver Resolução do Conselho Federal de Medicina n.1488/98 sobre saúde do trabalhador). (BARRETO, Margarida; GERVAISEAU, Maria B. Arraes. 2019)

Recorrer ao Centro de Referência em Saúde dos Trabalhadores e contar a humilhação sofrida ao médico, assistente social ou psicólogo.

Buscar apoio junto a familiares, amigos e colegas, pois o afeto e a solidariedade são fundamentais para recuperação da autoestima, dignidade, identidade e cidadania.

Neste momento a ajuda da família e dos amigos são primordiais para dar assistência, fazer com que mantenha a calma, e gravar as conversas com o agressor, afim de servir de prova em juízo, caso precise.

2.8 O ASSÉDIO MORAL TEM SUAS GRAVIDADES A SAÚDE DAS PESSOAS?

O Assédio Moral tem suas gravidades a saúde das pessoas, trazendo sérios riscos, tanto riscos físicos quanto psicológicos, mesmo que o agressor não perceba o mal cometido diariamente, o que não retira dele a gravidade praticada.

Esta pesquisa evidenciará lados desconhecidos ou omitidos do Assédio Moral Laboral.

Conforme Barreto; Freitas; Heloani:

Como elementos mais comuns da violência no local de trabalho, encontramos a relação hierarquizada e assimétrica; a habitualidade enquanto persistência de um padrão de comportamento e atitudes cotidianas e reiteradas; a intencionalidade em forçar o desaparecimento ou desligamento do outro por meio do pedido de demissão ou assujeitamento e obediência; a temporalidade do evento que dá início aos atos que se fazem constantes e repetíveis no espaço e que vão compondo a ordem dos acontecimentos. (BARRETO; FREITAS; HELOANI, 2012, págs. 49/50).

As constantes repetições e atitudes intencionais em fazer com que o outro se sinta mal, para se sentir “bem”, isto faz com que muitos trabalhadores entrem em depressão profunda, e por não enxergarem saída, muitas vezes se submetem a tais atos de humilhação.

Quantos colaboradores realmente trabalham felizes? Quantos são bem tratados em seu ambiente de trabalho? Quantos colaboradores necessitam de ajuda, de acompanhamentos médicos? E as empresas fecham os olhos para tais situações.

O que torna o ambiente de trabalho doentio e insuportável de se estar? Devido a todos estes fatos apresentados na pesquisa, de forma clara e sucinta, o que torna o ambiente de trabalho doentio e insuportável de estar é a falta de respeito e educação para com o próximo, onde o limite não existe, e a falta de educação prevalece, sem contar que a tal da empatia passa longe quando este assunto Assédio Moral é praticado.

Em todos os casos de assédio moral encontraremos histórias de sofrimento, relações hierárquicas assimétricas, falta de transparência e de diálogo, uso abusivo do poder, ameaças recorrentes e sistemáticas, discriminações e intolerância que põem em risco as condições de segurança, a saúde e o emprego (Hirigoyen, 2002; Barreto, 2000).

As consequências de tais atos existem, e são colocadas em prática pela Lei que a sociedade como um todo se submete e está sujeita.

2.8.1 Consequências do assédio moral à saúde

Entrevistas realizadas com 870 homens e mulheres vítimas de opressão no ambiente profissional revelam como cada sexo reage a essa situação (em porcentagem)

Sintomas	Mulheres	Homens
Crises de choro	100	–
Dores generalizadas	80	80
Palpitações, tremores	80	40
Sentimento de inutilidade	72	40
Insônia ou sonolência excessiva	69,6	63,6
Depressão	60	70
Diminuição da libido	60	15
Sede de vingança	50	100
Aumento da pressão arterial	40	51,6
Dor de cabeça	40	33,2
Distúrbios digestivos	40	15
Tonturas	22,3	3,2
Ideia de suicídio	16,2	100
Falta de apetite	13,6	2,1
Falta de ar	10	30
Passa a beber	5	63
Tentativa de suicídio	–	18,3

(BARRETO, Margarida; GERVAISEAU, Maria B. Arraes. 2019)

Neste gráfico vemos as tais consequências de um emprego perturbador e hostil, onde grande parte da população brasileira e do mundo fazem parte.

2.9 O QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 DIZ SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

A dignidade de cada indivíduo é muito importante para a Constituição Brasileira, pois o indivíduo faz parte do todo, e esse todo que é a fonte de todos os valores que a humanidade perpetua.

Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal: PREÂMBULO Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios

e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - A dignidade da pessoa humana; IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; BRASIL. Constituição (1988)

Ou seja, os trabalhadores têm os direitos assegurados e protegidos por lei, que devem ser respeitados e colocados em prática, o direito à vida digna de cada indivíduo.

Segundo o Calcini e Carvalho (2021)

O assédio moral sempre esteve presente nas relações de trabalho e, diante de tal realidade, é certo que a Convenção nº 155, de 1981, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Congresso Nacional em 1992 e promulgada pelo Decreto Federal nº 1.254/94, objetivou evitar que o assédio moral ocorra no espaço de trabalho, já que ele prejudica a saúde física e mental do trabalhador. Vale a ressalva de que a proteção do ambiente de trabalho encontra respaldo na tutela constitucional no rol dos direitos sociais (artigo 6º da CF/88), abrangendo também os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (incisos XXII, XXIII e XXVIII do artigo 7º da CF/88). Dessa forma, o empregador que expuser seus funcionários a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho, cometerá assédio moral. (CALCINI; CARVALHO, 2021)

O Assédio Moral sempre esteve presente nas relações de trabalho, porém foi descoberto anos depois de muitos casos evidenciados. Hoje devemos combater para que o amanhã, as futuras gerações não sofram mais com este mal.

Segundo o Calcini e Carvalho (2021)

De acordo com informações do extinto Ministério do Trabalho e Emprego e do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o assédio moral foi a denúncia mais feita no país nos últimos 10 anos, de modo que boa parte das empresas possui casos de assédio moral relatados. (CALCINI; CARVALHO; 2021)

A mídia precisa divulgar tais comportamentos ofensivos, referentes ao tema, dando luz a mente de muitos trabalhadores que sofrem calados, e não possuem tais conhecimentos sobre o assunto em questão.

3. COMO OS TRABALHADORES DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL ERAM TRATADOS?

As mulheres e as crianças trabalhavam para ajudar no sustento da família e trazer melhorias no lar, e devido à baixa remuneração e as más condições de trabalho, os operários se juntam e se organizam em benefício comum, para reivindicar melhores salários, e menores jornadas de trabalho.

O início da Revolução Industrial ocorreu pelo desenvolvimento da máquina a vapor, que aproveita o vapor da água aquecida pelo carvão para produzir energia e revertê-la em força para mover as máquinas. Na Inglaterra, ainda no final do século XVII, foi criada a primeira máquina desse tipo, por Thomas Newcomen, e, na década de 1760, esse equipamento foi aprimorado (JAMES, 1760 apud NEVES, Daniel; SOUSA, Rafaela.2014)

Sob péssimas condições de trabalho, as pessoas trabalhavam a todo o vapor com a pressão de produzirem cada vez mais.

Além do salário extremamente baixo, os trabalhadores eram obrigados a aceitar uma carga de trabalho excessivamente elevada que, em alguns casos, chegava a 16 horas diárias de trabalho, das quais o trabalhador só tinha 30 minutos para almoçar. Essa jornada era particularmente cruel porque todos aqueles que não a aguentassem eram prontamente substituídos por outros trabalhadores ((JAMES, 1760 apud NEVES, Daniel; SOUSA, Rafaela.2014)

Muitos não imaginam o que cada trabalhador passou para chegar até aqui, foram dias de lutas, mas também foram dias de glórias. No DNA de cada indivíduo existe uma luta incansável por melhorias, por reformas no governo, e por melhores condições de trabalho.

Segundo Neves, Sousa

O trabalho, além de cansativo, era perigoso, pois não havia nada que protegesse os trabalhadores, e eram comuns os acidentes que os faziam perder os dedos ou mesmo a mão em casos mais graves. Os afastados por problema de saúde não recebiam, pois o salário só era pago para aqueles que trabalhavam. Os que ficavam fisicamente incapacitados de exercer o serviço eram demitidos e outros trabalhadores contratados. Na questão salarial, mulheres e crianças também trabalhavam e seus salários eram, pelo menos, 50% menores do que os dos homens adultos. Muitos patrões preferiam contratar somente mulheres e crianças porque o salário era menor (e, por conseguinte, seu lucro maior) e essas eram mais sujeitas a obedecerem às ordens, sem se rebelarem. (NEVES; SOUSA, 2014, p. 79)

Imaginem o quanto estes trabalhadores eram terrivelmente assolados fisicamente e psicologicamente. Segundo Neves, Sousa (2014, p. 79.)

A Primeira Revolução Industrial possui como marco a substituição da manufatura pela maquinofatura, ou seja, a substituição do trabalho humano e a introdução de máquinas capazes de realizar esse trabalho com maior precisão e em menor tempo. É estranho compararmos a vida de antes com a vida de hoje, porque eram pensamentos diferentes, vivências diferentes, são culturas definidas pela força do tempo e pela vontade de melhorias. Neste trabalho apresentei o meu melhor a todos vocês, para que conheçam o outro lado obscuro da história que devemos lutar e combater, "O Assédio Moral no Ambiente de Trabalho". (NEVES, SOUSA, 2014, p. 79)

Na Revolução Industrial fizeram a substituição da manufatura pela maquinofatura, e hoje em dia é o contrário, transformam colaboradores em máquinas.

Hoje em dia através dos veículos de comunicação as informações chegam mais rápido, porém estas informações precisam estar acessíveis a todos, sem distinção de qualquer natureza, para que todos entendam como lidar com tais situações, entendam como diferenciar uma coisa da outra, e aprendam a discernir o que estão vivenciando.

No filme: O Diabo Veste Prada. Dirigido por David Frankel. O filme estreou no cinema em 2006, trazendo novidades ao entendimento do que os trabalhadores passam em seus locais de trabalho. Foi indicado ao Oscar no ano de 2007 nas categorias de melhor atriz e melhor figurino. Apesar de não ter levado a estatueta do Oscar, o filme ganhou destaque sobre como é a vida dentro de muitas empresas famosas, ou dentro do emprego dos sonhos, que muitas vezes acaba se tornando em pesadelo, caso o colaborador não tenha jogo de cintura, o filme ganhou outras premiações: Globo de ouro de melhor filme, melhor atriz (Meryl Streep no papel de Miranda) e melhor atriz coadjuvante (Emily Blunt no papel de Emily). (MACIEL, Helltonn W. Patricio; HELAL, Diogo Henrique, 2017)

Este filme retrata bem o Assédio Moral no local de trabalho, mostra uma secretária recém contratada em uma das maiores e melhores revistas internacional de moda Runway, onde passa maus bocados com sua chefe arrogante e prepotente. (MACIEL, Helltonn W. Patricio; HELAL, Diogo Henrique, 2017).

Andy com grandes sonhos e projetos a serem seguidos e conquistados se submete a ser assistente desta empregadora diabólica chamada Miranda Priestly.

O ambiente de trabalho era perturbador e estressante, todos tinham medo e pavor da poderosa chefe Miranda Priestly, Andy além de tentar equilibrar sua relação profissional com sua chefe, ainda tinha que tentar equilibrar a relação profissional com sua colega de trabalho. Neste trabalho glamoroso as pessoas não viviam, apenas sobreviviam, queriam a todo momento se destacarem, estarem a frente mesmo que pudessem ultrapassar limites e valores éticos.

Com muita sabedoria Andy conseguiu se sobressair por cima da "carne seca", mesmo sem forças e condições de permanecer naquele lugar conflituoso e conturbador, ela permaneceu e driblou as condições de

trabalho, os incômodos diários e as perseguições, ela deu a volta por cima, com muita sabedoria, inteligência e jogo de cintura.

“Nomeado” como o emprego perfeito Andy se vislumbrou com todo aquele glamour, todo aquele luxo, mas por trás dos bastidores a situação laboral era bem diferente, a correria diária, as tristezas por trás das câmeras, as lágrimas derramadas, os momentos de solidão, de competição e toda “traição” ocorrida no mundo dos negócios, toda humilhação para conseguir alcançar a tão desejada “ascensão social.”

Neste filme percebesse o quanto os valores éticos podem ser corrompidos, e o quanto o medo e a subordinação desmedida podem mudar a vida de uma pessoa, tanto no âmbito profissional, quanto no âmbito pessoal. Claro que neste filme mesmo impondo o autoritarismo por parte da chefe, percebemos e tiramos lições disto, de forma com que se entenda como funciona o trabalho em equipe, a dar mais importância para a imagem que é um dos requisitos em muitas empresas que seleciona por aparência, ou seja, investir na imagem profissional, e adquirir ótimos contatos ao longo do caminho, sem deixar os princípios e valores adquiridos ao longo da vida. (MACIEL, Helltonn W. Patricio; HELAL, Diogo Henrique, 2017).

Agora o filme Tempos Modernos, clássico do cinema mudo nos anos de 1936, idealizado por Charles Chaplin, que retrata a vida cotidiana de um trabalhador, que busca se estabelecer profissionalmente, retratado como Carlitos, um operário que tem um emprego desgastante, onde sua única e repetida função é rosquear parafusos. (CRUZ, 2022).

Sendo operário desta fábrica, ele passa maior parte do tempo seguindo as exigências do chefe, que cobra alta produtividade, sem ao menos se preocupar com a saúde dos trabalhadores de sua fábrica, cada vez os explorando mais. (CRUZ, 2022).

Carlitos após ser “engolido” por uma máquina, teve uma crise nervosa, e logo em seguida é mandado embora da fábrica, e se mistura a um protesto de rua, só que acaba preso, e neste contraste percebesse a repressão aos movimentos sociais. (CRUZ, 2022).

Carlitos após ser liberado da prisão, consegue outro emprego é despedido novamente, o retrata bem os dias atuais de cada trabalhador em busca de novas oportunidades, e nisto Carlitos conhece Ellen, uma jovem que estava em uma situação profissional parecida com a dele, e em um grau um pouquinho mais avançado, onde ela precisa roubar comidas para se alimentar, e com isto sobreviver, triste realidade dos dias atuais, retratadas em um só filme...Onde, a vida do povo trabalhador é colocada a prova incessantemente. (CRUZ, 2022).

O filme é objetivo quanto ao retrato da exploração, vivenciada pelos trabalhadores, e programadas pelos donos de produção, preocupados somente com o lucro advindo da força braçal de seus colaboradores.

Neste brilhante clássico, Carlitos representa muito bem a classe trabalhadora, onde ele precisa ter dois empregos para sobreviver, um de garçom e o outro de apresentador para seus clientes, quantos são os trabalhadores que se desdobram em mil para promover uma vida legal a si e a seus familiares, dando parte de si no ambiente de trabalho, e muitas vezes esquecem de viver! Mas, Carlitos consegue viver mesmo com tantas pressões e tarefas cotidianas, o motivo dele conseguir viver de forma prazerosa mesmo estando em ambientes perturbadores, é que ele coloca o coração em tudo o que faz. (CRUZ, 2022).

3.1 ASSÉDIO MORAL VERTICAL ASCENDENTE, O QUE FAZER? E O QUE É?

Da mesma forma que existe o Assédio Moral descendente, partindo do Superior hierárquico para seu subordinado, existe também a forma contrária, nem tão comum, partindo do colaborador para seu superior, seja chefe, gerente, empregador etc.

Muitas vezes com a intenção de obter uma promoção ou vantagens partindo do colaborador, através de chantagens, ou com o intuito de sabotar a gerência de uma determinada pessoa, pode ser guiada por uma ou mais pessoas da equipe com a intenção de prejudicar a liderança.

O Assédio Moral Laboral, independente da forma como é praticada, é horrível! É uma forma violenta de demonstrar a insatisfação profissional, descontentadas em pessoas, seja em funcionário, superior, colegas etc. É uma forma de adoecer as pessoas, e trazer sérios riscos para a empresa e a vida pessoal.

Perceber que o assédio moral não é benéfico, independente da direção em que esteja sendo praticado, é um ponto determinante para combater esse tipo de comportamento no ambiente de trabalho. Violências são violências em quaisquer situações. E o assédio é uma forma violenta de constranger, intimidar e adoecer trabalhadores e trabalhadoras, superiores hierárquicos e empregadores. (DESCUBRA..., 2022)

Deve ser combatido, assim como todos os outros tipos de Assédio Moral.

Deve ser denunciado ao sindicato, se você foi ou está sendo vítima deste mal, denominado Assédio Moral no ambiente de trabalho.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho é avançar tanto na forma de orientar quanto na forma de fiscalizar, pois existem muitas pessoas com medo de falar deste assunto, e por fim estão traumatizadas, e por vezes permanecem nestes ambientes por falta de opções de trabalho, ou por outros fatores.

O objetivo não é só conscientizar, mas também prevenir estes tipos de comportamentos, e remediar estes tipos de situações, sendo alvo de atenção de todas as pessoas, pois da mesma forma que acontece com um colega de trabalho, também poderá acontecer com qualquer outra pessoa próxima.

Os trabalhadores passam horas de suas vidas dedicadas ao trabalho, dão o seu melhor, procuram atender todos bem, porque entendem a luta de cada indivíduo, só querem o respeito, a educação e um ambiente de trabalho harmonioso.

Por favor enxerguem esses colaboradores como parte de um todo, porque são! São o futuro melhor, não só para o Brasil, mas para o mundo! São as forças desta Nação, podem ser a base, mas a estrutura por maior que seja o edifício não fica em pé se não existisse a base.

O que falta muitas vezes é a tal da empatia de ambas as partes, empregador e colaborador, procurar entender o ponto de vista de cada um, respeitando os espaços e as diferenças, procurar solucionar os problemas e dificuldades como se fossem de cada um individualmente, e procurar ajudar em momentos repentinos, como ex: "o falecimento de um parente", seguindo as normas, liberando o colaborador sem prejuízo do salário, sendo compreensível nestes momentos delicados, tendo respeitoso de fato.

Inovando sempre com ótimos cursos, para se inteirarem melhor a respeito do tema "Assédio Moral", inovando o conhecimento da empresa sobre os quatro tipos de Assédio Moral que existem, aprender como e onde surgiu, o que a lei diz a respeito? Aprender como se configura o Assédio Moral Laboral, saber que muitas piadinhas e chacotas de mal gosto podem estar colaborando para render o assunto e ofender a vítima. E, entender que cargos se conquistam honestamente sem precisar desestabilizar, pressionar, provocar, constranger, e humilhar os semelhantes.

Ao invés da pressão por metas batidas, se atentar ao local de trabalho e aos trabalhadores, para notar se ambos estão bem cuidados para darem prosseguimentos, e logo em seguida com colaboradores satisfeitos e felizes as metas serão batidas gradativamente, e o ambiente estará sujeito a sucessos.

Sem ameaças, sem imposições, sem uso de poder de forma com que agrida psicologicamente e fisicamente o outro, somente seguindo bons princípios que certamente terão ótimos resultados.

Existem tarefas que são importantes para serem seguidas, e exigidas por empregadores, e que não são classificadas como Assédio Moral, é normal haver cobranças, conversas etc. Basta se colocarem no lugar uns dos outros para entenderem as dificuldades de cada um.

Caso estejam passando por isto, procurem ajuda! Juntem o máximo de provas que puderem para combater esta péssima prática abusiva, procurem colegas de trabalho que presenciaram, contem com o apoio da família, procurem o R.H da empresa, procure seu sindicato, informe o ocorrido de forma clara e objetiva, trazendo minuciosamente os detalhes. Procure o Centro de Referências em Saúde dos Trabalhadores, e dissertar sobre o ocorrido. Caso necessitem de mais ajuda procurem um advogado (a) trabalhista para orientarem melhor.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Margarida; GERVAISEAU, Maria B. Arraes. Assédio moral no trabalho. Assediomoral, 2001-2019. Disponível em: <http://assediomoral.org.br/> Acesso em 21 de setembro de 2022

CALCINI, Ricardo; CARVALHO, Aurea. O assédio moral laboral e o compliance trabalhista. Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-13/pratica-trabalhista-assedio-moral-laboral-compliance-trabalhista/> Acesso em 21 de setembro de 2022.

CRUZ, Carlos Henrique. O que caracteriza assédio moral no trabalho? Chcadvocacia, 2022. Disponível em: <https://chcadvocacia.adv.br/blog/assedio-moral-no-trabalho/> Acesso em 26 de setembro de 2022

DESCUBRA O QUE É ASSÉDIO MORAL VERTICAL ASCENDENTE, Sindjudpe, 2022. Disponível em: [https://sindjudpe.org.br/descubra-o-que-e-assedio-moral-vertical-ascendente/#:~:text=Quando%20um\(a\)%20funcion%C3%A1rio,\(de%20ass%C3%A9dio%20moral%20vertical%20ascendente./](https://sindjudpe.org.br/descubra-o-que-e-assedio-moral-vertical-ascendente/#:~:text=Quando%20um(a)%20funcion%C3%A1rio,(de%20ass%C3%A9dio%20moral%20vertical%20ascendente./) Acesso em 25 de setembro de 2022

DOS FILHO, Rodolfo Mário Veiga P.; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça. Assedio moral organizacional. Editora Saraiva, 2020, E-book. ISBN 9786555590913. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590913/>. Acesso em: 21 set. 2022.

FREITAS, Maria Ester D.; HELOAN, Roberto; BARRETO, Margarida. Assédio Moral no Trabalho - Coleção Debates em Administração. Cengage Learning Brasil, 2012. E-book. ISBN 9788522108640. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522108640/>. Acesso em: 21 set. 2022.

LIMA, Analú. Tipos de assédio moral no trabalho. YouTube, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0JfTtL8Q3Gk/> Acesso em 17 de setembro de 2022.

MACIEL, Helltonn W. Patricio; HELAL, Diogo Henrique. O assédio moral no filme o diabo veste prada. Scielo Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/read/a/4NtrTkwwxcVs3NXxkSHS9RB/?lang=pt#/> Acesso em 21 de setembro de 2022

MARTINEZ, Luciano; JÚNIOR, Pedro Lino de C. Assédio moral trabalhista: ações coletivas e processo estrutural. Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620018/>. Acesso em: 25 ago. 2022.

NEVES, Daniel; SOUSA, Rafaela. Revolução Industrial. Uol, 2014. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/revolucao-industrial-2.htm/> Acesso em 21 de setembro de 2022.

NUNES, Thiago Soares; FANTIN Jamile. Grupo de Estudos e Ações de Prevenção ao Assédio Moral no Trabalho. Neppot, 2021. Disponível em: https://neppot.ufsc.br/?page_id=76/ Acesso em 21 de setembro de 2022

500 HOME OFFICE NOS TEMPOS MODERNOS E O CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO

Fabiola Cristina Carrero
Luiz Guilherme Trivelloni Dal Ponte

RESUMO: O presente estudo trata acerca do home office, também chamado como trabalho remoto ou teletrabalho, que possui grande relevância e com um grande crescimento dentro do ordenamento jurídico em decorrência da atual pandemia de COVID. A metodologia adotada é de revisão de literatura e com o objetivo de demonstrar, na ótica do direito trabalhista, as características da jornada de trabalho dessa modalidade de trabalho. Assim, a escolha do tema surgiu a partir dos desafios que foram apresentados no momento da pandemia relacionada ao Covid-19, o qual aumentou significativamente os trabalhos remotos, causando grande problemas nas empresas acerca da jornada de trabalho de seus funcionários. Em que pese os benefícios trazidos pela modalidade do home office, tais quais como a melhor qualidade de vida dos colaboradores em decorrência da flexibilidade de horários ou aumento de lazer, denota-se uma necessidade de compreender e estudar mais a fundo sobre o controle da jornada de trabalho do home office, sob a ótica do direito do trabalho em decorrência das alterações que ocorreram na legislação. Como objetivos específicos busca-se compreender acerca do direito do trabalho e a reforma trabalhista, conceituando jornada de trabalho, avaliar sobre o home office e sua natureza jurídica, bem como sobre o controle de sua jornada de trabalho e, por fim, analisar o que nossa jurisprudência compreende sobre esse assunto.

Palavras-chave: Home. Office. Controle. Jornada. Trabalho.

ABSTRACT: The present study deals with the home office, also called remote work or telework, which has great relevance and with a great growth within the legal system due to the current COVID pandemic. The methodology adopted is a literature review and with the objective of demonstrating, from the perspective of labor law, the characteristics of the working day of this type of work. Thus, the choice of theme arose from the challenges that were presented at the time of the pandemic related to Covid-19, which significantly increased remote work, causing major problems in companies regarding the workday of their employees. In spite of the benefits brought by the home office modality, such as the better quality of life for employees as a result of flexible working hours or increased leisure time, there is a need to understand and study more in depth about the control of working hours. home office work, from the point of view of labor law as a result of the changes that have taken place in the legislation. As specific objectives, we seek to understand about labor law and labor reform, conceptualizing working hours, evaluating the home office and its legal nature, as well as controlling its working hours and, finally, analyzing what our jurisprudence understands on this matter.

Keywords: Home. Office. Control. Journey. Job.

1 INTRODUÇÃO

O paradigma do teletrabalho do século XXI, caracteriza-se através da relevância e utilidade, especialmente pelo interesse econômico das organizações. Isso em virtude de que os empresários começaram a entender a economia do conhecimento como sendo uma relevante fonte de produtividade e, em decorrência disso, as organizações começaram a colocar em prática mais frequentemente o trabalho à distância, tendo ele maior flexibilidade e proporcionando uma elevada produção intelectual, assim como maior competitividade e inovação.

No atual cenário imposto em escala mundial devido à pandemia do Coronavírus, empresas precisaram se adaptar da noite para o dia ao sistema de home office de seus colaboradores, o que afetou diretamente na gestão

de seus profissionais e, conseqüentemente, no controle de jornada de trabalho. Desta forma, a sociedade teve que se adaptar a um novo sistema de trabalho que não era tão utilizado, o home office.

Mesmo que a argumentação apresentada de que o home office se vislumbra como um mero novo nome dado para o antigo trabalho à domicílio, o nome do referido instituto unicamente foi apresentado pelo advento da Lei nº 12.551/2011, alterando esse o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Levando em consideração ainda o artigo mencionado, compreende-se que a alteração na redação do artigo 6º da CLT é entendida como um relevante avanço para a relação trabalhista na realidade brasileira. Denota-se que tal alteração tratou ainda de disciplinar o que já estava sendo praticado em inúmeras organizações, o trabalho à distância.

Dessa maneira, com o intuito de reduzir a ocorrência de problemas, tais como a locomoção e ainda o estresse consequente do trânsito que as grandes cidades possuem, inúmeras empresas passaram a utilizar essa espécie de trabalho e a Legislação trabalhista tratou de acompanhar esse aperfeiçoamento, realidade que a jurisprudência já estava observando e tratando de reconhecer o vínculo empregatício dos trabalhadores que estavam de sobreaviso ou ainda realizavam suas atividades laborais fora das dependências da empresa.

Entretanto, é de suma importância apontar que a Lei nº 12.551/2011 não proporcionou maiores direitos para esses trabalhadores e também para a relação de emprego, permanecendo caracterizada por meio da incidência de quatro diferentes elementos, que são: a subordinação, onerosidade, continuidade e pessoalidade.

Sobre os referidos quatro elementos, ressalta-se ainda que a subordinação é o que mais é capaz de caracterizar a existência de um vínculo empregatício na referida espécie de trabalho, isso porque é o empregado que determina o que precisa ou não ser realizado, mesmo estando ele distante fisicamente.

Sendo assim, o home office pode ser abalizado como uma modalidade de trabalho que já está sendo aplicada em diversos países, há muitos anos, especialmente nos da Europa e da América do Norte. No caso brasileiro, levando em consideração a condição de ser um país em desenvolvimento, a referida espécie de trabalho cresceu de maneira lenta, ocasião em que existe ainda uma concretização somente em determinados segmentos econômicos e profissões, entretanto, no decorrer das últimas décadas, está se ampliando de maneira muito veloz, passando a contar até mesmo com uma legislação específica através da Reforma Trabalhista do ano de 2017.

Assim, o presente estudo trata do home office na ótica do direito do trabalho, na atual pandemia de COVID, com o objetivo de demonstrar sobre sua jornada de trabalho a partir dos desafios que foram apresentados no momento da pandemia relacionada à Covid-19, o qual aumentou significativamente os trabalhos remotos devido ao momento vivido em todo o mundo.

Diante do exposto, nota-se um grande problema enfrentado referente a jornada de trabalho do home office em decorrência da grande mudança no tocante a controle de horário, análise de produtividade e resultados.

2 DIREITO DO TRABALHO E PODER DISCIPLINAR

O empregador possui o direito, garantido por lei, de ordenar, agir e mandar no empregado, desde que seja conforme os limites aceitáveis determinados no Direito do Trabalho. Assim, tal direito dispensado ao empregador é conhecido como poder disciplinar, o qual é uma faculdade que o empregador possui de exercê-lo no instante em que necessário e que também é capaz de ser delegado a um determinado indivíduo que realiza eventual cargo de confiança, tal como um diretor. (DELGADO, 2020).

Este poder disciplinar do empregador possui como mais relevantes características: o de organizar a empresa, conforme seu desejo e, o de aplicar punições aos que forem contrárias as suas ordens. (DELGADO, 2020).

Nesse sentido, nas lições de Martins:

O poder de aplicar penalidades ao empregado é decorrente do poder de direção ou mais especificamente do poder disciplinar do empregador. Esse poder admite que o empregado seja advertido verbalmente, por escrito, suspenso e dispensado. Os atletas profissionais de futebol são também passíveis de multa. O empregador, porém, não poderá usar arbitrariamente ou abusivamente o poder que lhe é conferido. Deve, assim, o empregador punir as faltas mais leves

com penas mais brandas, e as faltas mais graves com penas mais severas. O despedimento deve ficar reservado para a última falta ou para a mais grave. (MARTINS, 2022, p.130)

Pode-se compreender que o poder disciplinar fica caracterizado através das sanções que não transgridam o contrato de trabalho, mas admite a rescisão do contrato por justa causa, sendo esta compreendida como uma pena máxima, o maior castigo possível ao trabalhador. (CASSAR, Vólia Bomfim, 2018, pag. 50)

Quando não por via de justa causa, há, no direito do trabalho, regras que permeiam a rescisão do contrato de trabalho e que geram custos no passivo das empresas. Também vemos custos devido as reclamações trabalhistas cada vez mais recorrentes e que também causam custos pesados no passivo das empresas. (CASSAR, Vólia Bomfim, 2018, pag. 216)

Assim, com todo o contexto do surgimento do direito do trabalho, se faz necessário à execução trabalhista, a qual é o principal meio de punir as empresas que não cumprem as normas, leis e as regras asseguradas pela CLT. (CASSAR, Vólia Bomfim, 2018, pag. 143)

2.1 FLEXIBILIZAÇÃO NO BRASIL À LUZ DA GLOBALIZAÇÃO

Após a globalização da economia, começaram a vigorar algumas normas ou novas leis que trataram de diminuir ou tornar mais flexíveis os direitos dos trabalhadores, levando em consideração que o Direito do Trabalho no Brasil se apresenta como um dos mais flexibilizados do mundo, sendo o suficiente dar como exemplo a total liberdade que o empregador possui para demitir no momento em que desejar, não precisando possuir qualquer justificativa. (MARTINS, Filho, 2017, p. 7).

Desta maneira, a flexibilidade se caracteriza como um recurso para estas incessantes alterações na nova linha produtiva, levando em consideração que a globalização da economia se encontra diretamente relacionada à expansão dos mercados, isso em decorrência da elevação de produtividade, do consumo e do lucro. (ROMAR, Carla Teresa Martins, 2018, pag. 44)

Assim, segundo a concepção de Martins, todos os aspectos sociais evidenciam que a estrutura da legislação trabalhista acabou sendo estipulada em razão do trabalho na indústria, através da alteração do trabalho para os serviços ou para o setor terciário. Conforme explica Martins: “A necessidade de criação de novas situações e nova legislação para adaptação do contrato clássico de trabalho que era feito na indústria”.

Ainda neste sentido, a legislação trabalhista apresenta muitos detalhes ao interferir relevantemente nas relações de trabalho, pois, no instante em que foi criada predominava a economia agrícola, não sendo propiciava a concentração operária da qual emerge o espírito sindical. Assim, observa-se que o êxodo rural ficou mais acentuado por conta da precariedade de serviços e da inexistência de adequados incentivos por parte do governo federal para o pequeno e médio trabalhador rural e, no decorrer dos últimos tempos, este setor de serviços passou a se desenvolver relevantemente, assim como deixa bem claro Martins:

[...] houve uma migração das pessoas da área rural para o âmbito urbano que passaram a prestar serviços no setor industrial. Posteriormente, há a transferência do setor industrial para o setor de serviços. Neste, começa a surgir um campo muito grande na área de informática. O aumento do desemprego também é causado entre outras hipóteses, pela rigidez da legislação trabalhista, assim como o aumento da economia informal. [...]. Os trabalhadores do mercado informal, também, não podem ficar desprotegidos mais do que já o são. Por esta razão, torna-se necessário elaborar um sistema de forma a inseri-los e não a excluí-los, como também proteger as empresas de um modo geral, seja ela, pequena, média ou grande (MARTINS, 2022, p. 44).

Desta maneira, a legislação brasileira precisa passar por uma relevante reformulação geral, não com o intuito de suprimir direitos, mas sim com a intenção de fazer com que esta seja melhor, sendo então possível

acompanhar uma nova realidade social, que deve englobar a globalização, automação, crises econômicas, desemprego.

Portanto, pode-se observar que a necessidade de flexibilização das normas trabalhistas fica evidente tanto nos períodos de crise na economia como em por consequência do progresso tecnológico, que faz ser supérflua a parte da mão-de-obra empregada, que se movimenta especialmente através do fenômeno da globalização da economia. (ROMAR, Carla Teresa Martins, 2018, pag. 118)

2.2 A REFORMA TRABALHISTA E SEU CARÁTER FLEXÍVEL

Com essa nova realidade de globalizado a CLT, a qual foi colocada em prática no ano de 1943, conta com um conteúdo desatualizado, sendo necessário fazer a sua reformulação em decorrência do direito ser algo que sofre mudanças com o tempo juntamente com os costumes, os quais são fontes do direito trabalho, sendo elementos que também sofrem alterações no decorrer do tempo. (ROMAR, Carla Teresa Martins, 2018, pag. 42)

A realidade vivida em 1943 era extremamente diferente do que se vive hoje, existindo uma veloz globalização, resultando na existência de situações de competitividade diferenciadas, nos deparando com condições de grande acirramento. Assim, atualmente a vida do trabalhador não é mais a mesma, consequência da nova realidade atual, existindo um grande problema na atualidade, o estresse laboral. (ROMAR, Carla Teresa Martins, 2018, pag. 48)

Como uma consequência direta da elevada mudança das relações sociais e trabalhistas, é preciso ainda que as relações laborais evidenciam uma elevada taxa de dinamismo, isso porque os elementos que a fundamenta se encontram em evolução constante. Além de se adequar ao desenvolvimento social, é preciso ainda levar em consideração a sua grande complexidade e respeitar os seus desejos (SILVA e BERNARDINELI, 2016).

Segundo a concepção de Martins, essa nova realidade necessita de maior Flexibilização, que segundo o autor, pode ser caracterizada como a “capacidade de renúncia a determinados costumes e de adaptação a novas situações”. As palavras do referido autor contribuem dizendo ainda que:

Prefiro dizer que a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho. Conjunto porque forma um todo organizado, um sistema para o fim de estabelecer mecanismos para compatibilizar as regras de Direito do Trabalho com as mudanças, isto é, uma reunião de medidas visando flexibilizar as relações trabalhistas (MARTINS, 2020, p. 13).

Salientando então que o ato de flexibilizar pode ser entendido como uma oportunidade de manter-se aberto às chances de realizar negociações com os trabalhadores, podendo assim modificar as condições de trabalho, visando adequar os contratos de trabalho à realidade econômica atual do país (MARTINS, 2020).

Sendo assim, observa-se que a flexibilização do Direito do Trabalho não visou transformar totalmente a forma de negociação coletiva, fazendo com que seja uma ferramenta meramente usada visando prejudicar os direitos trabalhistas, isso porque todas as negociações precisam respeitar os Limites Constitucionais da dignidade da pessoa humana e também da proteção à saúde e segurança do trabalhador, limitando assim o exercício da autonomia privada. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2022, pag. 681)

Dessa forma, a automação e a quantidade maior de informações fazem com que exista uma maior produtividade e uma diminuição dos postos de trabalho, diminuindo assim a demanda por trabalhadores para os processos produtivos. Significativa parcela dos países desenvolvidos, é possível notar que as jornadas de trabalho possuem maior liberdade, assim como são comuns a subcontratação e a terceirização, ocorrendo uma diminuição da legislação e ampliação da negociação coletiva, situação em que os encargos sociais são reduzidos, aumento do treinamento visando melhorar a qualidade dos serviços, como também do empregado (MARTINS, 2020).

Neste sentido, em novembro de 2017, colocou-se em prática no Brasil a Lei nº 13.467, recebendo o nome de Reforma Trabalhista. Assim, foram modificados cerca de 100 dispositivos da CLT anterior. Diversas dessas

alterações corroboram com os entendimentos dos tribunais, modificando ou os atualizando. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2022, pag. 684)

2.3 CONCEITO DE JORNADA DE TRABALHO

Normalmente ocorre o uso equivocado do conceito de jornada de trabalho, sendo confundido com a duração da jornada de trabalho e também com o horário de trabalho. Entretanto, cabe ressaltar que os três são institutos diferentes, podendo ser associados em um mesmo contexto, porém jamais devem ser confundidos. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2022, pag. 1024)

Segundo as palavras de Martinez, a duração do trabalho pode ser caracterizada como “o tempo de labor legalmente outorgado ou contratualmente oferecido a um empregado. Exemplo: a duração legal do trabalho dos bancários é de seis horas diárias e trinta horas semanais”. (MARTINEZ, 2019, p. 290)

Já segundo a concepção de Barros (2017), observa-se que a jornada de trabalho pode ser caracterizada como o período, no decorrer de um dia, onde o trabalhador fica à disposição de seu empregador, podendo ele estar trabalhando ou somente esperando pelas ordens de trabalho.

Vemos que a jornada de trabalho é regulamentada pelo art. 7º, XIII da atual Constituição Federal, juntamente com o art. 58 da CLT, o qual dispõe que a jornada não poderá ultrapassar 8 horas diárias, salvo exceção do art. 4º da CLT.

Assim, sobre a jornada de trabalho, explica Martins:

Quanto a duração, a jornada de trabalho pode ser normal, que é a comum, a ordinária, de oito horas. Presume-se no contrato de trabalho que o trabalhador se obriga a prestar oito horas diárias de trabalho e 44 semanais (art. 7º, XIII, da Constituição), salvo disposição em sentido contrário; (MARTINS, 2022, p.509).

De acordo com o art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho, há a possibilidade de que a jornada normal de trabalho poderá ser acrescidas de horas suplementares, desde que não seja ultrapassado o máximo de dez horas diárias. Já o art. 61 da CLT, estabelece que, em se tratando de serviços inadiáveis, a jornada diária poderá ser acrescida de até quatro horas diárias, exclusivamente para empregados maiores, e mediante comunicação ao órgão local do Ministério do Trabalho, no prazo de dez dias a contar do encerramento dos trabalhos. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2022, pag. 1027)

Compreendendo então o conceito de duração da jornada de trabalho, é fundamental também compreender o que é duração, jornada e horário de trabalho. Sobre o assunto, as palavras de Martinez (2019) contribuem dizendo que:

I) Duração do trabalho é o tempo de labor legalmente outorgado ou contratualmente oferecido a um empregado. Exemplo: a duração dos trabalhos dos bancários é de seis horas diárias e trinta horas semanais.

II) Jornada de trabalho é o tempo que o empregado permanece à disposição do empregador durante um dia. Por isso, é uma redundância falar em jornada diária, por que toda jornada é obviamente diária; constitui por outro lado, uma incoerência falar em jornada semanal ou mensal, porque jornada somente diz respeito ao dia, e nunca à semana ou ao mês.

III) Horário de trabalho é a duração do trabalho com seus limites bem especificados inclusive com a fixação dos intervalos. Exemplo: um específico bancário trabalha das 10h às 16h15min, com quinze minutos de intervalo, fruídos entre as 12h e as 12h15min. (MARTINEZ, 2019, p. 290).

Sendo assim, mesmo que o termo usado anteriormente visando conceituar a jornada de trabalho também era aplicado com o intuito de caracterizar a duração diária do trabalho, na atualidade esse significado se tornou mais amplo, abrangendo a duração do trabalho, levando em consideração que é possível que ele também

represente a duração, tanto a diária, como também a semanal ou ainda anual, pelo tempo desempenhado pelo trabalhador ao realizar suas atividades laborais. (MARTINEZ, 2019)

2.3.1 Intervalo intra-jornada

É possível caracterizar os intervalos intrajornadas como curtos períodos de descanso que são feitos dentro da jornada de trabalho, tal como o caso do intervalo para refeição. Nesse sentido o art. 66 da CLT estabelece o período mínimo para descanso entre duas jornadas de trabalho, o qual serão de 11 horas consecutivas para descanso. (MARTINS, 2020)

Já o art. 71 também da CLT, dispõe que será possível que sejam concedidos intervalos entre a jornada diária de trabalho, ou seja, o profissional deve ter um período, o qual pode aumentar conforme a carga horária, de pausa para descanso, podendo haver multa por descumprimento de tal direito. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2022, pag. 413)

2.3.2 Trabalho nos dias destinados ao descanso semanal

A legislação trabalhista brasileira assegura diferentes direitos e benefícios ao trabalhador, todos com o objetivo de assegurar sua saúde física e mental, além de ampliar sua qualidade de vida, entre eles, ressalta-se o descanso Semanal Remunerado – DSR (MARTINS, 2020).

De acordo com o art. 67 da CLT, para qualquer trabalhador será assegurado um descanso semanal de 24 horas consecutivas, mais 11 horas entre uma jornada e outra, perfazendo assim 35 horas. Compreendido então como um dia específico, devendo ser caracterizado como uma folga semanal, necessitando contar com 24 horas de prazo de descanso para o trabalhador, jamais devendo ser confundido com feriados ou férias (MARTINS, 2020).

2.3.3 COMPENSAÇÃO DE ATRASOS E FALTAS COM JORNADAS EXTRAORDINÁRIAS

O registro de jornada de trabalho, em desacordo com o pré-estabelecido no sistema de ponto, deverá ser descontado, nos casos de faltas e atrasos, e pagas como horas suplementares ou creditadas no banco de horas, no caso de horas excedentes, de acordo com a análise e determinação do gerente imediato. Pois, em uma reclamatória trabalhista o colaborador poderá reivindicar as horas extras não remuneradas. (BRASIL, 1943)

Com relação às faltas e atrasos, a empresa tem direito de efetuar o desconto do funcionário sendo que as mesmas não poderão ser compensadas com trabalho extraordinário, conforme art. 61, §1º e §2º, da CLT.

Sendo assim, para que seja possível realizar uma prorrogação da jornada de trabalho, é preciso que existam elementos que embasem essa ampliação da jornada, respeitando sempre as determinações do referido artigo (MARTINS, 2020).

2.3.4 Regime de compensação de jornada

A Constituição Federal garante a possibilidade de ser feita uma compensação de horários de trabalho em seu art. 7, inciso XIII, isto é, através da referida previsão legal, é possível que as horas que foram excedidas em algum dia de trabalho sejam compensadas através de uma redução de trabalho em algum outro dia (MARTINEZ, 2019).

O referido autor contribui com o assunto, dizendo assim:

Exemplo clássico de compensação de horários de trabalho é evidenciado no caso em que os trabalhadores, para se verem dispensados das atividades no sábado, trabalham uma hora a mais nas jornadas de segunda a quinta-feira (MARTINES, 2019, p. 325).

O sistema de compensação ocorre quando o empregado trabalha mais num determinado dia para prestar serviços em um número menor de horas em outro. Assim, ele trabalhará até duas horas prorrogadas por dia, que

não serão remuneradas com o adicional de horas extras. É um mecanismo flexibilizatório importante previsto no ordenamento brasileiro, conforme disposto no art. 59, § 2, CLT.

2.3.5 Banco de horas – compensação de horas extras

O banco de horas foi instituído pela lei 9601/98, a qual dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências e que, em seu artigo 6º, modifica a redação do artigo 59 da CLT, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 59 (...)

§ 2º - Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§ 3º - Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

O Artigo 59, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a nova redação dada pela Lei nº. 9.601/98, e posteriores alterações, permite que seja dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 360 dias, a soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite de 10 horas diárias.

Acerca disso, discorre Martins (2022):

A extraordinária ou suplementar, que são as horas que excederem os limites legais, como as que suplantarem as oito horas diárias e 44 semanais; limitada, quando há um balizamento na lei, como a dos médicos, em que há um limite máximo de quatro horas diárias (art. 8º, a, da Lei nº 3.999/61); ilimitada, quando a lei não determina um limite para sua prestação. (MARTINS, 2022, p.509).

Acerca da jornada de trabalho e o regime de compensação, em seus ensinamentos, Delgado ensina que:

Como já se expôs, há interpretações substanciais insistindo que a Carta de 1988 teria autorizado apenas dois tipos de prorrogação de jornada: aquela resultante do regime de compensação (jornada meramente suplementar art. 7º, XIII, da CF/88) e aquela vinculada a fatores efetivamente excepcionais (jornada suplementar tipicamente extraordinária: art. 7º, XVI, CF/88). Teria a Constituição, portanto, rejeitado, por omissão, a possibilidade de prorrogação lícita de jornada meramente suplementar, aventada pelo texto celetista mencionado. (DELGADO, 2020, p.839).

Para Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2010, p. 640), o muito feito no âmbito trabalhista e o acordo de prorrogação de horas vai decorrer de eventual ajuste fixado entre empregado e empregador. Para isso, deverá ser fixado como enfoque principal a realização de horas além do limite normal da duração da jornada de trabalho, realizando assim devido valor das horas extras.

Então, acerca do acordo de prorrogação de jornada no trabalho há de se levar em consideração o comentário de Amauri Mascaro Nascimento:

A forma jurídica do acordo é escrita, e se individual basta um documento assinado pelo empregado expressando a sua concordância em fazer horas extras. A forma do acordo se altera, porém, em se tratando de ajustes entre o sindicato dos trabalhadores e o de empregadores, ou diretamente, uma ou mais empresas. Será, então, a convenção coletiva ou o acordo coletivo. (NASCIMENTO, 2019, p.291).

Neste viés, para Mauricio Godinho Delgado, a compensação de jornada vai decorrer do mecanismo flexibilizatório, o qual é protegido pela atual Carta Magna, tendo assim o conjunto de suas regras imperativas em relação à duração do trabalho. (DELGADO, Maurício Godinho, 2020, p. 803)

Assim, o autor Mauricio Godinho Delgado apresenta que:

Não se poderá, pelo menos, permitir que ela se implemente sem os instrumentos formais de negociação coletiva, uma vez que se sabe não ser viável à transação meramente bilateral estipular redução de direitos no ramo justralhista pátrio. (DELGADO, 2020, p.814).

Vemos então que o art. 59, § 2º da CLT permite a compensação de jornada por via do acordo ou convenção coletiva de trabalho. Assim há, portanto, uma vertente intermediária, a qual, segundo Mauricio Godinho Delgado mostra que a atual Constituição Federal teria autorizado também a pactuação por acordo bilateral tendo em vista por ser mais favorável o regime de compensação. (DELGADO, Maurício Godinho 2020, p. 805)

Ainda, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

Do ponto de vista técnico-jurídico, esta última vertente conjugava a aplicação dos métodos gramatical, lógico-sistemático e teleológico na leitura do mencionado dispositivo magno. Sustentava que o referido inciso XIII fala em “facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. Propositadamente a nova carta teria colocado o verbete acordo afastado da qualificação (e restrição) coletivo (aliás, coletiva concorda com o feminino convenção), o que permitiria induzir-se que pretendeu conferir à palavra a dubiedade de acepções que propicia (acordo bilateral ou acordo coletivo). (...) essa intenção constitucional afirmar-se-ia com palmar clareza quando se percebe o cuidado da Constituição em se reportar, expressamente, a acordo coletivo ou a negociação coletiva quando pretendeu, de fato, restringir a modificação por ela permitida ao título jurídico da negociação coletiva. (DELGADO, 2020, p. 805)

O meio mais eficaz para solução de conflitos coletivos é a negociação coletiva, onde está muito presente quando o assunto é jornada de trabalho e banco de horas. A negociação coletiva possui a intenção de solucionar conflitos antes que os mesmos cheguem ao judiciário, sendo ratificado e acolhido pela justiça do Trabalho. (DELGADO, Maurício Godinho, 2018, pag. 1642)

Os princípios que norteiam a negociação coletiva são: o princípio da lealdade e transparência nas negociações coletivas e o princípio da criatividade jurídica e para Mauricio Godinho Delgado:

A Convenção coletiva e o acordo coletivo são instrumentos formais e solenes. Necessariamente lançados por escrito, submetidos a divulgação pública e razoável, tem os próprios procedimentos para sua concepção e concretização subordinados a ritos e exigências de relativa complexidade. A solenidade é, portanto, da natureza do instituto, uma vez que se trata de mecanismo criador de importante complexo de regras jurídicas. (DELGADO, 2020, p. 161).

Assim, a CLT, trata a Convenção Coletiva como erga omnes de efeito normativo, pois acaba por obrigar o sindicato a uma participação e que após a Convenção seja colocada nos contratos individuais de trabalho daqueles que ela mais beneficiar tornando. Posto isso, denota-se que a Convenção nada mais é do que um liame com a categoria que convencionou, a não ser que a compactuem ao contrário. Pode-se dizer então que a Convenção Coletiva vai ser uma fonte do direito, pois a mesma gera direitos e obrigações, ela tem hierarquia com a norma superior que a define neste caso a Constituição Federal de 1988. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 2019)

Ademais, a natureza das Convenções Coletivas de Trabalho, são três e, em princípio, se baseando na obra de Amauri Mascaro Nascimento: “Concepção regulamentar, contratual e mista.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 2019, p.1384).

A Concepção Contratual, é a teoria que vai dar a convenção coletiva a natureza obrigacional, decorrendo da vontade das partes e obrigando apenas a aqueles que compactuaram na Convenção Coletiva, ou seja, restrito as partes apenas. Já na Concepção Mista vai ser quanto à elaboração da Convenção Coletiva, onde essa seria contratual e os efeitos gerados é concepção regulamentar, assim a Convenção coletiva fica com uma natureza dúplice quanto à concepção. (MARTINS, Sérgio Pinto, 2022)

Assim doutrinadores como Sérgio Pinto Martins é adepto que, para as Convenções Coletivas do Trabalho, o melhor caráter que as definiria seria o de Concepção mista, conforme afirma:

(...) A Convenção Coletiva seria contratual, quanto de sua elaboração, pois há um acordo de vontade entre os pactuantes decorrentes de negociação, mas também seus efeitos normativos, valendo para toda categoria tanto para os sócios como para os não sócios do sindicato. (MARTINS, Sérgio Pinto, 2022, p. 799).

Evidencia-se, por fim, o caráter da Convenção Coletiva do Trabalho é o de ser normativa, conforme art. 611 da CLT e aplica-se as duas categorias: a profissional e a econômica. Assim, é notório que também serve para os contratos individuais de trabalho, como se vê no artigo 444 da CLT, in verbis:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

É visto então que a teoria da concepção regulamentar destina-se a definir os moldes que serão utilizados para a concepção dos contratos individuais de trabalho, na convenção coletiva assim ficam estabelecidos parâmetros e regras que regularam esse contrato individual de trabalho.

3. HOME OFFICE

O home office é capaz de ser compreendido como uma maneira flexível de trabalho, possibilitando que as atividades do cotidiano sejam realizadas remotamente, não tendo a necessidade do trabalhador se locomover até o local de trabalho. Segundo as informações apresentadas pela OIT (2011), o teletrabalho pode ser caracterizado da seguinte forma: “A forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação”.

Nesse viés, Jack M. Nilles faz a seguinte definição do teletrabalho em sua obra intitulada como “Fazendo do teletrabalho uma realidade”, do ano de 1997, a qual dispõe:

Qualquer forma de substituir as viagens relacionadas com o trabalho mediante a utilização de tecnologias da informação como, telecomunicações e computadores; mover o trabalho para os trabalhadores ao invés de mover os trabalhadores para o trabalho (NILLES, 1997 p. 12).

Desta maneira, é necessário ressaltar que a casa e o trabalho são mundos culturalmente muito diferentes, onde mesmo sendo possível encontrar inúmeras definições do teletrabalho, todas apresentam em comum os seguintes elementos: o espaço físico de trabalho externo; grande uso da tecnologia da informação e comunicação; e as alterações sobre como se organiza e realiza o trabalho.

Com o crescimento do home office no mundo, há que se falar sobre os impactos desta modalidade de trabalho na vida dos empregados, sendo que ainda é um desafio para muitas pessoas. Assim, o teletrabalho trouxe uma grande melhoria na rotina e na produtividade do indivíduo, porém trouxe consigo um grande impacto negativo na vida do colaborador da empresa por causa que a maioria não estava adaptada para adquirir essa modalidade de trabalho (CAPOBICIANO, 2020)

Por se tratar de uma espécie de serviço onde o colaborador trabalha, na maioria das vezes, em sua residência, denota-se uma dificuldade muito grande em conciliar as responsabilidades do emprego juntamente com as responsabilidades domésticas, alterando toda a rotina do indivíduo. (SCARDOELLI, 2020)

Em decorrência da alteração da rotina, nota-se que ao trabalhar em home office o empregado pode apresentar alteração na sua saúde mental e principalmente física, como dores na coluna ou no pescoço, tendo em vista que a maioria não possui os equipamentos necessários para trabalhar confortavelmente, sem agredir sua saúde. (SCARDOELLI, 2020)

Nota-se que com o teletrabalho as empresas obtiveram uma grande economia em relação aos gastos, tendo em vista que os funcionários trabalham em sua própria residência, reduzindo os gastos empresariais como água e luz e aumentando os gastos do colaborador, fazendo com seja um ponto negativo do home office. (JORGE, 2020)

O home office está crescendo cada vez mais dentro da sociedade, tendo em vista que mesmo com a flexibilização da pandemia do Coronavírus, as empresas estão optando por deixar seus funcionários nessa modalidade de trabalho em decorrência das vantagens e economia. (JORGE, 2020)

3.2 TRABALHO TRADICIONAL

Os estudos feitos por Cañellas, Forcelini e Odebrecht (2010), no tocante do desenvolvimento dos postos de trabalho, o escritório tradicional se apresenta como um resultado da evolução tecnológica ocorrida após o século XVIII, com o advento da Revolução Industrial. Naquele momento, a produção em série de máquinas de escrever, telefones e a popularização da energia elétrica acabou modificando toda a organização dos espaços.

Ainda se fundamentando no estudo relatado acima, os funcionários se espalhavam em corredores muito grandes, e eram divididos por salas. Prédios de escritórios com esta tipologia acabaram sendo construídos em larga escala até a década de 1930, momento em que ocorreu a crise financeira entre guerras. Naquele período, a criação da lâmpada fluorescente, também alterou a disposição dos escritórios, praticamente eliminando a dependência da luz natural.

Desta maneira, entre os anos de 1945 a 1950, momento em que os edifícios passaram a ser construídos novamente, os arquitetos passaram também a repensar sobre as relações humanas com o ambiente de trabalho, vejamos então:

Essa mudança evoluiu para inserção de áreas de descanso, de reuniões e até bar ou cozinha no ambiente de trabalho o que contribuiu com o aumento da satisfação dos empregados. Por outro lado, trabalhadores que necessitavam de concentração para cumprir suas tarefas saíam prejudicados, uma vez que não podiam controlar a quantidade de ruídos em um ambiente onde todos falam e telefones tocam ao seu redor. Da mesma forma, a falta de privacidade se tornou um problema. Nos Estados Unidos, onde o foco ainda era a produtividade, foi criado um sistema de distribuição de postos de trabalho separados um do outro por painéis que bloqueavam o som e davam privacidade (CAÑELLAS; FORCELINI; ODEBRECHT, 2010 p. 38).

Ainda segundo a concepção dos referidos autores sobre os espaços que são descritos, estes passaram rapidamente para um elemento hierárquico, isso porque, enquanto os funcionários podiam ocupar os chamados cubículos, seus chefes contavam com escritórios individuais e espaçosos, exercendo assim o seu poder dentro da organização.

E no decorrer dos anos este modelo tradicional de trabalho apresentou grande ineficiência na maior parte das situações. Através do grande desenvolvimento da tecnologia, as ferramentas de trabalho passaram a ser menores e mais leves, causando relevante transformação no trabalho em algo leve, portátil e sem restrições físico-espaciais.

3.3 REFORMA TRABALHISTA E O TELETRABALHO

A Reforma Trabalhista passou a valer depois da elaboração do Projeto de Lei nº 6.787/2016, criado pelo Governo Federal, o qual recebeu sua aprovação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017. Sendo ainda sancionada pelo Presidente da República, a Lei nº 13.467/2017 modificando a CLT e possuindo o objetivo de fazer a adequação da legislação às mais novas relações de trabalho.

Segundo a concepção de Garcia (2022), observa-se que o teletrabalho pode ser caracterizado como:

Uma modalidade de trabalho a distância, típica dos tempos modernos, em que o avanço da tecnologia permite o labor preponderantemente fora do estabelecimento do empregador (normalmente na própria residência do empregado), embora mantendo o contato com este por meio de recursos eletrônicos e de informática, principalmente o computador e a internet (GARCIA, 2022, p. 248).

Ainda segundo o referido autor, cabe ressaltar que o ambiente onde as atividades laborais vão ser realizadas não é a empresa ou alguma propriedade diferente do empregador, entretanto, também não é necessário que seja o domicílio do trabalhador, observando então que o teletrabalho deve ser realizado fora das dependências do empregador, podendo ainda ser realizado em diferentes ambientes. (GARCIA, 2022).

Assim, a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 que passou a vigorar através da Reforma Trabalhista, modificou significativamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Sendo assim, ficou conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, fez a concretização de alterações em diversos institutos, assim como o grupo econômico, o acordo individual para banco de horas, o acordo individual para jornada de 12 (doze) por 36 (trinta e seis) horas, o trabalho intermitente, os representantes dos empregados na empresa, alterando ainda diversos outros pontos da CLT.

Dessa maneira, por meio das referidas modificações, o teletrabalho ganha maior destaque através da criação do Capítulo II-A, recebendo relevante influência do Código do Trabalho Português, onde o legislador teve a opção de omitir algumas das proteções que são praticadas em Portugal. (MELO, 2017).

A CLT, por meio do seu artigo 75-B, passou a contar com uma redação específica com o intuito de caracterizar a referida novidade, tendo assim um conceito definido e mais evidente para desassociar o teletrabalho do trabalho externo.

Sendo assim, as palavras de Correia e Miessa (2018) apontam que:

Será considerado teletrabalhador o empregado que presta a maior parte de seus serviços em sua residência ou em outro local diverso do estabelecimento de seu empregador e que possa se comunicar com seu empregador por meio de tecnologias de informação e de comunicação, como e-mails, WhatsApp, Facebook, SMS, telefone, entre outras (CORREIA e MIESSA, 2018, p. 236).

Portanto, se observa que o teletrabalho deverá ser executado especificamente fora das dependências do empregador, mesmo que o trabalhador vá até a empresa em algumas oportunidades, sendo ainda assim abalizado como teletrabalho e não como trabalho externo. (CORREIA e MIESSA, 2018).

3.4 TELETRABALHO E AS HORAS EXTRAS

Um dos direitos garantidos aos trabalhadores é o pagamento de horas trabalhadas além da jornada prefixada em contrato, nesse sentido, a CLT delimita como horas normais às 8 horas diárias ou às 44 semanais. O capítulo II da CLT define a duração do trabalho e oferece as diretrizes para o enquadramento dos trabalhadores no regime de horas trabalhadas e horas extras. (BRASIL, 1943)

A reforma trabalhista de 2017, ultrapassa o comando do art. 6º para que, de forma draconiana, incluir os empregados de Teletrabalho, conforme art. 62, inciso III, CLT.

Ora, se a CLT já definiu que não existe diferença entre trabalho no local fixo e à distância, dando a ambos os mesmos direitos, há de se indagar o motivo pelo qual o regime de Teletrabalho está sendo inserido em uma nova categoria. Sobre esse assunto, vale aqui citar o artigo de Lima:

Não importa se o teletrabalho é desenvolvido no próprio domicílio do empregado, em escritório ou peça existente em sua residência (home office), ou até mesmo em qualquer lugar onde esteja o prestador desenvolvendo o seu trabalho de forma remota (anywhere office). Se há remessa ou aproveitamento de dados ou ações concretas geradas pelo prestador de serviços à distância, conversíveis em elementos de produção de interesse patronal, mesmo que tenham origem em ordem remota emanada do tomador de serviços, a situação se equipara agora, para fins de caracterização do elemento subordinação jurídica, ínsita à relação de emprego, "aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio". (DE LIMA, ONLINE, S/P).

Acerca do disposto por Lima, é mais um ponto controverso do capítulo do Teletrabalho trazido como a novidade da Reforma Trabalhista, tendo em vista que deveria o trabalhador envolvido no Teletrabalho, especialmente não eventual, ser contemplado com as horas extraordinárias, em função de prazos e metas. Pois estes pontos revelam um grau de subordinação que não pode ser afastado da relação laboral criada, pela colocação de um novo nome no trabalho à distância, como assevera Homero Batista.

Sendo fundamental observar ainda que em uma relação de emprego onde o empregado realiza as suas atividades em home office, não existe um horário fixo de trabalho, isto é, o trabalhador realiza as suas atividades respeitando e orientado por demandas, metas ou entregas, o referido trabalhador acaba não recebendo horas extras que possivelmente venham ser laboradas (DELGADO, 2020).

Dessa maneira, por conta da não existência de um horário de trabalho que deve ser seguido, a inexistência de horas extras laboradas fica subentendida, isto é, existe a possibilidade de que o trabalhador trabalhe mais horas em um dia, ou também menos horas, levando em consideração o seu desenvolvimento profissional. Isso pode ser verificado no art. 62, III da CLT, que diz que: "Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] III - os empregados em regime de teletrabalho".

Entretanto, caso o empregador, de alguma forma, efetuar um controle de jornada de seu empregado, as possíveis horas extras que venham a serem laboradas, precisam sim serem computadas e devidamente pagas ao trabalhador (DELGADO, 2020).

Essa situação fica evidente através da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, que diz assim:

INTEIRO TEOR: com relação à jornada de trabalho fixada e a consequente condenação ao pagamento de horas extras excedentes da 8ª hora diária e/ou 44ª hora semanal ...), contém omissões e contradições com relação à jornada de trabalho fixada e a consequente condenação ao pagamento de horas extras excedentes da 8ª hora ... de trabalho fixada e da condenação da embargante ao pagamento das horas extras excedentes da 8ª hora diária e/ou 44ª hora semanal, mediante adequada ... pessoal, o autor assim se pronunciou (ID 9a6e3b0): (...) O autor confirma que trabalhava externamente e em home office, e que não comparecia ... e em casa, mas informa que fazia check in e check out no trabalho realizado em home office e depois fazia

check in e check out no cliente; que acredita. (TRT da 3.^a Região; PJe: 0010081-58.2018.5.03.0134 (RO); Disponibilização: 16/12/2020; Órgão Julgador: Primeira Turma; Redator: Adriana Goulart de Sena Orsini)” (TRT 3, 2020)

Assim cabe a empresa adquirir um sistema de controle para garantir ao colaborador o correto pagamento de sua remuneração, fazendo assim um controle formal do horário trabalhado, devendo ser pagas as horas extras devidas.

4. CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO NO TELETRABALHO

Um dos mais complexos desafios no que diz respeito ao teletrabalho é o controle de jornada, levando em consideração as possibilidades de flexibilização, situação em que os próprios trabalhadores estipulam os seus horários e também a apresentação dos resultados. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2022, pag. 429)

Anteriormente é possível notar como a jornada de trabalho é conceituada, se tratando então da quantidade de horas diárias em que o trabalho é executado pelo empregado para a empresa, já o horário de trabalho pode ser caracterizado como o espaço de tempo onde esse trabalhador presta serviços ao empregador. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2022, pag. 431)

Entretanto, o referido conceito não pode ser aplicado no caso do regime de teletrabalho, pois ocorre uma exclusão do controle de jornada, apresentada pelo art. 62, III da CLT, que surgiu através da Lei 13.467/2017 e, por conta disso, existem então horas suplementares e/ou extraordinárias, assim como intervalos trabalhistas (CLARO, 2019).

Segundo a concepção de Delgado (2020), observa-se que a CLT ainda não tratou de temas tão importantes como as limitações à uma possível exploração em excesso da disponibilidade da mão de obra às exigências de horas trabalhadas dentro do ambiente virtual, entretanto, é possível notar que o empregado conta com uma maior autonomia para a realização do seu trabalho, situação em que a mensuração da jornada de trabalho realizada se tornou uma responsabilidade do olho eletrônico de seu equipamento de trabalho, salientando ainda que os resultados alcançados passam a ser organizados em quantidade de trabalho que é executado dentro de um determinado prazo de tempo.

Os estudos de Oliveira Neto (2018) apontam ainda que se são deixadas de lado as regras da CLT ao se trata da jornada de trabalho, na realidade, não devem ser impostos limites para uma jornada diária, assim como não deve ser realizado o registro ou controle desses horários de trabalho, tornando possível uma limitação do poder patronal se tratando da proteção desse trabalho.

O referido autor ainda contribui com o assunto apontando que o teletrabalho pode ser entendido como uma modalidade de contrato de trabalho e, sendo assim, deve se sujeitar ao princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Dessa maneira, em situações onde o controle de jornada acabe sendo realizado, o art. 62, III da CLT não deve ser aplicado, levando em consideração a não existência de elementos que impeçam que o empregador realize o controle de jornada e a possibilidade de remuneração por horas extras, adicionais noturnos, entre outros (OLIVEIRA, NETO, 2018).

Já segundo a concepção de Melo (2017), observa-se que os trabalhadores que passam por qualquer tipo de controle de seus períodos de conexão, principalmente quando realizada periodicamente, devem sim contar com o direito de proteção de sua jornada de trabalho, podendo até mesmo terem que recebe as horas extras e também o adicional noturno, ressaltando que essa situação não é uma possibilidade para os profissionais que atuam em regime de teletrabalho.

Dessa maneira, os estudos de Nazário (2018) apontam que, seja qual for a espécie de ação que vise controlar a jornada de trabalho aplicada pela empresa, podendo ser de acesso ao sistema que aponte os horários em que foram feitos na modalidade login e logout ou diferente tipo de ação de controle, é possível que isso fundamente uma interpretação que leve em consideração as regras usadas do Controle de Jornada e, sendo assim, resultará na obrigação de pagamento de hora extraordinárias ou algum outro tipo de benefício para o trabalhador.

Sendo possível encontrar julgados apresentados pelos Tribunais Regionais do Trabalho e também pelo Tribunal Superior do Trabalho levando em consideração esse tipo de situação, vejamos:

HORAS EXTRAS. A alegação de diferenças de pagamento de horas extras, aqui incluído o gozo irregular do intervalo intrajornada, é fato constitutivo do direito do Autor, situação que lhe impõe o ônus processual de tal prova, conforme dicção do artigo 818 da CLT c.c artigo 373, I, do CPC/2015. Ônus do qual se desincumbiu parcialmente. Isto porque o Reclamante confessou que anotava todas as horas que trabalhava na Reclamada, seja quando havia controle manual, seja quando passou para o controle biométrico. Ademais, os controles de ponto juntados pela Reclamada, trazem horários variáveis, o que lhes confere presunção de veracidade que não foi infirmada pelas provas dos autos, à exceção do intervalo intrajornada e do trabalho em home office. Assim, mantenho a decisão que acolheu os controles de ponto. home office - A prova dos autos foi clara no sentido de que o Autor realizava teletrabalho, home office, sem o devido registro ou qualquer tipo de controle de jornada e sem a correspondente remuneração. Veja que o preposto da Reclamada confessou esse fato, o que também foi confirmado pelas testemunhas do Autor e pela segunda testemunha Reclamada. Reformo. (TRT da 23.ª Região; Processo: 1000715-15.2018.5.02.0066; Data: 11-05-2021; Órgão Julgador: 4ª Turma - Cadeira 5 - 4ª Turma; Relator(a): IVANI CONTINI BRAMANTE)

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014 1 - PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. Decidido o mérito a favor da parte a quem aproveita a declaração de nulidade, deixa-se de apreciar a alegação de negativa de prestação jurisdicional, com fundamento no art. 282, § 2.º CPC/2015 (249, § 2.º, do CPC/73). 2 - **TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. POSSIBILIDADE. HORAS EXTRAS DEVIDAS.** O mero exercício de atividade externa não induz, por si só, o enquadramento da hipótese na regra do art. 62, I, da CLT. Aliás, o entendimento uniformizado por esta Corte é de que, além de ser admissível o controle indireto da jornada de trabalho, basta a mera possibilidade de que tal controle seja exercido, para que se exclua a hipótese do dispositivo legal em questão. Logo, não é a ausência de fiscalização direta que caracteriza a exceção do art. 62, I, da CLT, e sim a impossibilidade de controle, hipótese não configurada no caso em análise, tendo em vista que a leitura do acórdão recorrido revela que a jornada de trabalho autoral era passível de fiscalização indireta, por meio dos Relatórios Semanais de Promotores de Vendas. Assim, constatada a possibilidade de controle, são devidas as horas extras pleiteadas. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-887- 21.2014.5.12.0038, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT 28/06/2019).

Analisando também a decisão apresentada pela 7ª turma, do TRT-3 no ano de 2019, onde foi negado o provimento às horas extras no regime de teletrabalho, apontando que a reclamada não contava com ferramentas efetivas para a realização do controle da jornada de trabalho do reclamante. Entretanto, observa-se que a turma recursal apontou que em situações onde é possível o controle do empregador ao empregado, não deve ser aplicado o art. 62, III. Vejamos:

As hipóteses de inaplicabilidade dos limites constitucionais de jornada de trabalho são excepcionais e restritas às situações em que o controle do horário não é possível, de modo que único o inciso III do art. 62 da CLT deve ser aplicado somente nos casos em que os empregados em regime de trabalho possuam atividade verdadeiramente incompatível com o controle de jornada. Nos demais casos em que for possível, inclusive por meios telemáticos e informatizados, como autoriza o parágrafo único do art. 6º da CLT, não incide a nova regra pelo inciso III do art. 62 da CLT.

Cabe observar ainda que o juízo, por meio da sentença da reclamatória trabalhista do caso mencionado anteriormente, acabou apresentando a seguinte redação:

Havendo meios acessíveis de controle de jornada, por unidade de produção, por fiscalização direta, por meios eletrônicos, não se deve impressionar com o fato de o trabalho ser realizado à distância, em dependências estranhas ao empregador, na residência do empregado, em cafeteria ou em espaço coletivo de trabalho. Tudo isso era e continua a ser irrelevante para o direito do trabalho, assim como o serviço externo somente se enquadra no art. 62 se for efetivamente incompatível com o controle de jornada (DA SILVA, 2017, p. 642).

Um caso diferente que pode ser analisado sobre o teletrabalho, trata-se do julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que através dos votos do relator Paulo José Ribeiro Mota, entendeu o provimento do recurso visando manter a sentença de primeiro grau, entendendo então que a atividade exercida pela reclamante pode sim ser regulamentada pelo art. 62, III, da CLT, não existindo então o direito de recebimento de horas extras, levando em consideração que somente ficar conectada ao sistema da empresa não pode ser caracterizado como atividade laboral, conforme se nota:

No presente caso é incontroverso que a autora foi contratada para laborar sob a modalidade “home office” ou “teletrabalho”, nos termos do art. 62, inciso III, da CLT, em que o empregado executa seu mister na sua própria residência. A sentença se pautou na prova testemunhal de que “não era possível trabalhar sem estar logado”, para concluir que havia possibilidade de a reclamada fazer o controle de jornada da reclamante, através do “login” e “logout”. Penso diversamente. A Lei especificamente excepcionou o teletrabalho do controle de horário pela sua impossibilidade, como regra. Contra o que é normal, compete prova contrária. Assim, competia à reclamante fazer prova da exceção e demonstrar o efetivo controle da sua jornada de trabalho. Com o devido respeito, o simples fato de a trabalhadora se encontra “logada” em um sistema não importa concluir que durante todo o período esteve prestando serviços. Sem outras provas, não há como se presumir que estando em sua residência não usufruísse de várias pausas e micro pausas, em atendimento aos seus interesses, mesmo estando com o computador “logado” no sistema da empresa. O desenvolvimento da tecnologia e velocidade das informações abriu novas modalidades de prestação de serviço e, a lei, vem se adaptando a essa nova realidade. Por isso reconheceu o trabalho “home office”, excepcionando-o da regra geral do controle de jornada. Prova contra essa exceção deve ser robusta e, a simples necessidade de se manter “logado” para a prestação de serviços mostra-se insuficiente, sem outras provas, para a conclusão de que o tempo de trabalho era possível de ser controlado. Assim, conclui-se que a reclamante mantinha atividade enquadrada no art. 62, III, da CLT, motivo pelo qual não tem direito a horas extras e reflexos.

Os estudos de Nazário (2018) ressaltam então que o empregador jamais deverá, em seja qual for o caso, realizar qualquer tipo de controle sobre a jornada exercida por um teletrabalhador, isso porque a jurisprudência compreende que unicamente é possível se adequar à essa categoria, os trabalhadores que não estão sujeitos a qualquer tipo de ferramenta ou ação que resulte no controle de seus horários se, de fato, não ficarem sujeitos a qualquer controle de jornada.

5. CONCLUSÃO

Conforme apresentado ao longo deste trabalho, pode-se perceber que o home office tem trazido inúmeros benefícios aos empresários, tendo em vista a melhoria na qualidade de vida de seus colaboradores em virtude de passarem a ter horários mais flexíveis, aumento dos momentos de lazer, convívio com a família, o que caba afetando diretamente na satisfação dos empregados com a empresa e, conseqüentemente, aumento na dedicação e empenho em suas funções.

O grande problema enfrentado com o crescimento do home office nas empresas é referente a jornada de trabalho, pois houve grande mudança no tocante a controle de horário, análise de produtividade e resultados. Mesmo que a Reforma Trabalhista tenha sido aceita objetivando solucionar inúmeras espécies de conflitos e dúvidas referentes ao tema do home office, é preciso então averiguar o que nossa jurisprudência compreende sobre esse assunto.

O hom office era uma modalidade de trabalho que até então não era devidamente regulamentada por lei, ocorrendo assim, com a Reforma Trabalhista, a sua regularização diante do ordenamento jurídico. Isto posto, tudo o que envolva o trabalhador em relação as regras do trabalho, controle de jornada e tudo o que envolva o exercício de sua função, deverá ser corretamente formalizado com o empregador.

Entretanto, é preciso apontar ainda que a Lei nº 12.551/2011 não proporcionou maiores direitos para esses trabalhadores e também para a relação de emprego, permanecendo essa sendo caracterizada por meio da incidência de quatro diferentes elementos, que são: a subordinação, onerosidade, continuidade e pessoalidade.

Assim, denota-se que o empregador possui o dever de orientar e auxiliar o empregado acerca dessa modalidade adotada, assegurando assim a segurança do colaborador. Ocorre que, por ser uma modalidade nova, há uma dificuldade de regularizar eventuais atos do funcionário, como por exemplo, fiscalizar a sua carga horária.

O controle de trabalho será feito através de atividades ou tarefas feita pelo funcionário para que assim o empregador possa ter o controle mais eficaz das horas trabalhadas, bem como assegurar ao seu colaborador o correto pagamento de seu salário.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 11º Ed., 2017.
- 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: 13 de set. 2022.
- BRASIL. Lei Nº 13.467, de 13 de Julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm . Acesso em: 20 jun. de 2022.
- BRASIL. Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12551.htm . Acesso em: 22 jun. de 2022.
- BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. O QUE É MEU É SEU: Como o consumo colaborativo vai mudar nosso mundo. São Paulo: Ed. Bookman, 2010.
- CAÑELLAS, Kátia Virgínia; FORCELINI, Francieli; ODEBRECHT, Clarisse. A evolução dos postos de trabalho: aspectos ergonômicos dos escritórios em Blumenau/SC. Diseño En Palermo: V Encuentro Latinoamericano de Diseño 2010, Bueno Aires, v. 1, n. 9, p.72-76, jul. 2010.
- CAPOBIANCO, Marcela. Cinco dicas para organizar o tempo durante o home office. 2020. Disponível em: <https://vejario.abril.com.br/coronavirus/dicas-organizacao-tempo-home-office/>. Acesso em: 03 set. 2022.
- CASSAR, Vólia Bomfim. Resumo de Direito do Trabalho. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Gen. São Paulo: Método. 2018.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira; Direito do Trabalho. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. Manual da Reforma Trabalhista: O que mudou? 1ª Ed. Salvador: JUSPODIVM, 2018.
- CLARO, Tatiana Dias. Teletrabalho e as Inovações Introduzidas Pela Lei 13.467/2017. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-dotrabalho/teletrabalho-e-as-inovacoes-introduzidas-pela-lei-13-467-2017/> . Acesso em: 12 ago. 2022
- DA SILVA, Homero Batista Mateus. Comentários à reforma trabalhista. Revista dos Tribunais, 2017.
- DE LIMA, Marco Antonio aparecido. A nova redação do artigo 6º da CLT - teletrabalho, home office ou anywhere office. Online. 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,M1148522,21048-A+nova+redacao+do+artigo+6+da+CLT+teletrabalho+home+office+ou> Acesso em: 14 ago. 2022.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 19 ed. rev., atual. São Paulo, 2020

- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18 ed. rev., atual. São Paulo: LTr, 2018
- DELGADO, Mauricio Godinho. A Reforma Trabalhista no Brasil. com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo : LTr, 2018. Disponível em: <http://www.ltr.com.br/loja/folheio/6059.pdf> acesso em: 24 jun.2022.
- FINCATO, Denise Pires; NASCIMENTO, Carlota Bertoli. Teletrabalho e direitos fundamentais sociais: entre a modernidade sólida e a pós-modernidade líquida. Direitos fundamentais e justiça, Porto Alegre, v. 7, n. 24, p. 196-215, jul./set. 2014.
- FREITAS JR., Antônio Rodrigues. Direito do trabalho na era do desemprego. São Paulo: LTr, 1999.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. Editora: Saraiva Jur; 17ª edição, 2022.
- GODOY, Dagoberto de Lima. Globalização e Trabalho. Por que e o que flexibilizar. Revista Trabalho & Doutrina, nº 21. São Paulo: 2002.
- JORGE. Natália Plascak. Trabalho home office: o que é, como funciona e tendências de mercado. 2020. Disponível em: <<http://querobolsa.com.br/revista/trabalho-home-office>>. Acesso em: 17 ago. 2022
- KUBA, Leo; CAVALCANTI, Miguel. “Fernanda Nudelman Trugilho (Pto de Contato) - Man in the Arena #016” Postado em: 23/05/2011. Canal do YouTube: Man In The Arena. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=LFn-PKAbs00> . Acesso em: 2 ago. 2022.
- LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 14 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. Editora : Fora Do Catalogo; 6ª edição, 2020.
- MARTINS, Sergio Pinto. Curso de Direito do Trabalho. 38ª ed. 2022.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual esquemático de direito e processo do trabalho. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARTINEZ, Luciano. Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MELO, Geraldo Magela. O teletrabalho na nova CLT. ANAMATRA. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt> . Acesso em: 2 ago. 2022.
- MEZZAROBBA, Orides. MONTEIRO, Claudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa No Direito. 7ª Ed. Saraiva. 2017.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 42. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- NAZARIO, César Romeu. Teletrabalho e o controle de jornada: Reforma Trabalhista. 2018. Disponível em: <http://www.acinh.com.br/noticia/teletrabalho-e-ocontrole-de-jornada-reforma-trabalhista> . Acesso em: 2 ago. 2022.
- NILLES, J. Fazendo do teletrabalho uma realidade. São Paulo: Editora Futura. 1997.
- OIT. Organização Internacional do Teletrabalho. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/> . Acesso em: 7 set. 2022.
- OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação /. São Paulo: Ltr, 2018.
- PANTALEÃO, Sergio Ferreira. Teletrabalho e a possibilidade legal de reduzir os custos e manter o emprego. Guia Trabalhista, 2017.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. Justa causa e despedida indireta. 2 ed. Curitiba, Juruá. 2001.
- ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho Esquemático. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.
- SCARDOELLI, Anderson. Pesquisa analisa os impactos do home office a saúde mental em 2020. 2020. Disponível em: <<https://portal.comunique-se.com.br/pesquisa-analisa-os-impactos-do-home-office-a-saude-mental-em-2020-245825/>>. Acesso em: 23 ago. 2022.
- SILVA, Leda Maria Messias; BERNARDINELLI. Dumping social, terceirização e os direitos de personalidade nas relações de emprego. Revista da Faculdade de Direito da UMG, Belo Horizonte, n. 69, 2016. Disponível em:

<http://www.dntemdebate.com.br/dumping-socialterceirizacao-e-os-direitos-de-personalidade-nas-relacoes-de-emprego/> . Acesso em: 15 ago. 2022.

SILVESTRE, Júlia Beatriz Léda Barros. Análise normativa do banco de horas como instrumento flexibilizador nas relações empregatícias. In: *Conteúdo Jurídico*. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38000&seo=1>. Acesso em: 15 ago. 2022.

TEIXEIRA, Alexandre. *Felicidade S.A.: Por que a satisfação com o trabalho é a utopia possível para o século 21*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2012.

WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: Ltr, 2005.

51 O PATRIARCALISMO: INFLUÊNCIA SOCIAL, AVANÇOS E MUDANÇAS CULTURAIS

Letícia Carla Batista Jordão
Jayne Bazani Nogueira

RESUMO: Este trabalho visa apresentar o conceito de patriarcado, bem como os aspectos e comportamentos da sociedade patriarcal, além de expor os movimentos sociais e mudanças culturais que as mulheres conquistaram ao longo de gerações no ordenamento jurídico. Deste modo, o presente trabalho proporcionará um maior conhecimento sobre a cultura patriarcal e a maneira como ela comprometeu a sociedade, afetando o gênero feminino por diminuir seus direitos e crescer deveres, contribuindo para o aumento da violência doméstica e para a desigualdade de gênero. Outrossim, é necessário entender esse pensamento patriarcal de poder e submissão aos homens e a forma como sua estrutura afeta as relações sociais, a fim de evitar que esta se estenda e se fortifique ao longo dos anos, seja no âmbito familiar ou profissional.

PALAVRAS-CHAVE: Patriarcado. Ordenamento jurídico. Desigualdade de gênero.

ABSTRACT: This work aims to present the concept of patriarchy, as well as the aspects and behaviors of patriarchal society, in addition to exposing the social movements and cultural changes that women have conquered over generations in the legal system. In this way, the present work will provide greater knowledge about patriarchal culture and the way in which it has compromised society, affecting women by decreasing their rights and increasing duties, contributing to the increase in domestic violence and gender inequality. In addition, it is necessary to understand this patriarchal thinking of power and submission to men and the way in which its structure affects social relationships, in order to prevent it from spreading and strengthening over the years, whether in the family or professional environment.

KEYWORDS: Patriarchy. Legal order. Gender inequality

1. INTRODUÇÃO

Desde os tempos antigos a sociedade viveu baseada no patriarcado, pois era ele que organizava a mesma, e tudo que ocorria de forma contrária às regras desse sistema era considerado anormal e punido de forma severa, visto que estava apoiado por instituições fortes e permanentes a citar o Estado e a igreja que naquela época detinha muito poder. Porém a sociedade se encontra em constantes mudanças e o direito deve acompanhar as mesmas para garantir o melhor interesse da coletividade. Todavia o patriarcalismo ainda persiste no nosso dia a dia, pois para determinadas pessoas que cresceram influenciadas pelo mesmo, é difícil se acostumar com mudanças sociais, ainda que importantes para o bem estar social.

O patriarcalismo em um contexto, emprega padrões sociais pré-estabelecidos, e por conseguinte privilegiava os homens como os únicos sujeitos de direitos. Já as mulheres eram simples instrumentos de servidão e reprodução, utilizada por aqueles que exercem o poder de chefe de família. Atualmente, com o advento de certos direitos e princípios sociais, como a igualdade formal trazida no texto constitucional, a leis voltadas às mulheres, além de princípios norteadores do direito de família tais como os chefes de família, igualdade entre os cônjuges, ambos apontados e explicados ao longo do trabalho, mostram o peso dos movimentos sociais e evoluções do direito que acompanha a cultura da coletividade.

O motivo para essa pesquisa se deve ao fato de o patriarcado viver entre nós durante séculos e continuar presente contribuindo historicamente em várias situações, mais precisamente nas violências e preconceitos sociais que trouxeram sofrimento, desigualdade e interesse individual. As considerações acerca das histórias e

desenvolvimento sobre o assunto podem impactar no que concerne a novos movimentos e buscas de mudanças para a humanidade, pois nada melhor do que um tratamento igualitário às pessoas que sonham em alcançar os mesmos direitos que outras socialmente ditas como superiores e protegidas por esse sistema dominante.

Desta maneira, ao longo da história as mulheres são vistas como frágeis e fracas sendo dependentes dos homens para protege-las, tornando o sexo masculino superior e garantidor de direitos, diferente das mulheres que foram consideradas incapazes pelo Código Civil e sem seus direitos protegidos por nosso ordenamento jurídico, só consentindo em exerce-los com autorização de seus maridos. Esses fatores são fundamentais pois acarretaram em agressões sofridas por elas que sucederam ao longo da história. Destarte, para tentar encontrar justiça tiveram de lutar e mostrar para o ordenamento o quanto são merecedoras de direitos.

Primeiramente será apresentado uma pesquisa básica com análise sobre o tema, e descritiva, utilizando livros, artigos e trabalhos acadêmicos. Além disso, irá destacar histórias de culturas patriarcais e sua transição ao longo dos séculos. Sendo assim, o trabalho transcorreu a partir do método conceitual-analítico, pois utilizará conceitos e ideias de outros autores, para a construção de uma análise científica sobre o assunto estudado por meio do método histórico.

Assim o objetivo da pesquisa é a mudança na forma de refletir sobre o cenário patriarcal, debatendo e ampliando de maneira correta, o conhecimento das demais pessoas que não compreendem acerca do patriarcado e as modificações que ele traz para a sociedade.

2. DO CONCEITO DE PATRIARCADO

O Patriarcado pode ser entendido como uma instituição social que está relacionada com a dominação do homem nos âmbitos econômicos, sociais, familiares e políticos, isto é, na esfera público privada, pelo simples fato de este ter, aparentemente, força, sabedoria e liderança, em meio a uma sociedade que não via as mulheres com essas características. (MILLETT, 1969, p. 58)

Conforme Weber ensina, a dominação compreende a capacidade do homem de influenciar as ações e vontades de outros com o objetivo de satisfazer seus interesses, pois ele detém o poder e o status de chefe de família e os costumes impostos por essa cultura patriarcal não podem ser quebrados. Assim, Weber cita:

Por 'dominação' compreenderemos então, aqui, uma situação de fato, em que uma vontade manifesta ('mandado') do 'dominador' ou dos 'dominadores' quer influenciar as ações de outras pessoas (do 'dominado' ou dos 'dominados') e de fato as influências de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado a máxima de suas ações (obediência). (WEBER, 1991, p. 190).

Outrossim esse sistema se caracteriza pela dominação e submissão perante todos sua volta trazendo uma ideia de posse, já que bens e pessoas eram considerados iguais em épocas que o patriarcado se mostrava cada vez mais forte, e que hoje ele ainda vive seja no setor público ou privado por meio de normas impostas pelo dono do poder, mais precisamente o sexo masculino.

3. DO COMPORTAMENTO DAS SOCIEDADES PATRIARCAIS

A cultura patriarcal nasce de uma percepção biológica em virtude de a mulher ser habitada para as tarefas domésticas e o homem à caça, pois possui estrutura para essa atividade. Desta forma é evidente que ninguém nasce mulher: torna-se mulher. (BEAUVOIR, 1967, p. 9) Assim a sociedade dita o seu papel e o constrói de acordo com suas tradições e costumes. À vista disso, mesmo antes do nascimento, as atribuições já estão definidas para ambos os gêneros, vejamos:

Crescemos sendo ensinados que "homens são assim e mulheres são assado", porque "é da sua natureza", e costumamos realmente observar isso na sociedade. Entretanto, o fato é que a grande diferença que percebemos entre homens e mulheres é construída socialmente, desde o nascimento, quando meninos e meninas são ensinados a agir de acordo como são identificadas,

a ter um papel de gênero “adequado”. Como as influências sociais não são totalmente visíveis, parece para nós que as diferenças entre homens e mulheres são “naturais”, totalmente biológicas, quando, na verdade, boa parte delas é influenciada pelo convívio social. (JESUS, 2012, p. 8)

Conforme o sexo biológico somos ensinados a agir e ter uma determinada aparência pois há uma influência relacionada ao convívio social. (JESUS, 2012, p.8) A sociedade está muito apegada à ideia de poder que o patriarcado trás entre homens e mulheres, impondo a eles funções e trazendo a desigualdade de gênero.

Entretanto o seu surgimento ocorreu tarde pois sua origem se deu depois do sistema matriarcal, visto que sempre houve a existência de diferentes culturas.

No matriarcado as mulheres eram livres e iguais ao sexo oposto, havendo certa liberdade sexual e conseqüentemente uma irrelevância em saber sobre pai biológico de seu filho visto que todos da aldeia eram considerados família. (REED, 2008, p. 35)

Por serem reprodutoras, cuidadoras e desenvolvedoras da fonte de alimentos por meio de plantações e colheitas, enquanto os homens caçavam, elas foram responsáveis por iniciar a agricultura e permitir o seu aperfeiçoamento. Desse modo, antes de pertencerem ao ambiente privado, guiado pelo patriarcado, as mulheres foram encarregadas de criar e fortalecer a organização social. (REED, 2008, p. 39)

Visto isso, as mulheres eram ocupadas com suas tarefas, já os homens possuíam mais tempo, assim exercendo um controle maior sobre a natureza e também sobre aquelas, revelando traços e construindo uma sociedade patriarcal. (MURARO, 2000, p. 63)

Em civilizações da Mesopotâmia, por meio da revolução urbana e do êxodo rural, houve a formação de famílias e o sancionamento de leis para maiores responsabilidades e tarefas a elas dentro de suas casas, não permitindo seu desenvolvimento no mercado de trabalho.

Na Mesopotâmia, também ocorrem mudanças importantes na posição das mulheres: a subordinação feminina dentro da família passa a ser institucionalizada e codificada pela lei; a prostituição se estabelece e se regula; com crescente especialização de trabalho, as mulheres são excluídas aos poucos de determinadas ocupações e profissões. (GERDA LERNER, 2019, p. 91)

Com o advento da monarquia o casamento era arranjado e muitas princesas que passavam por violências domésticas não podiam retornar a sua antiga vida, visto que deveriam cumprir com seus encargos, servindo os maridos e sendo boas esposas geradoras de filhos homens como herdeiros do trono, prosseguindo com a linhagem de sucessores.

Mas, em relação à sexualidade, são completamente subordinadas aos homens. Aliás, como vimos nos casos de diversas esposas reais, o poder delas na vida econômica e política depende do quanto é satisfatória a servidão sexual a seus homens. (...) O que vemos aqui é o surgimento de um conjunto de relações de poder nas quais os homens adquiriram poder sobre outros homens e sobre todas as mulheres. Assim, os homens da elite se viam como aqueles que podiam adquirir poder sobre outros, riqueza em bens e em servidão sexual, ou seja, a aquisição de escravas e concubinas para um harém. Mulheres, mesmo as mais seguras, bem nascidas e autoconfiantes, viam-se como pessoas dependentes da proteção de um homem. (GERDA LERNER, 2019, p. 117)

Como se percebe no patriarcado, há uma relação de dominação e subordinação em que homens têm papéis diferentes das mulheres e nenhum deles pode exercer o papel do outro.

Em meio a opressão e poder há uma relação de comercialização para com as mulheres, devido a sua sexualidade e reprodução elas se tornam uma certa “utilidade” para os homens. Sem o seu papel de reprodução ou por intermédio da separação, as jovens são excluídas da sociedade resultando em vergonha para suas famílias.

A partir disso, o parentesco estruturou as relações sociais de tal forma, que mulheres eram comercializadas para casamento e homens tinham certos direitos sobre as mulheres que estas não tinham sobre eles. A sexualidade e o potencial reprodutivo das mulheres se tornaram mercadorias a ser comercializadas ou adquiridas para servir a famílias; então, as mulheres eram consideradas um grupo com menos autonomia do que

os homens. Uma vez privadas da proteção de um parente homem por razão de morte, separação ou por não ser mais desejada como parceira sexual, a mulher se torna marginalizada. (GERDA LERNER, 2019, p. 120 e 121)

Desta forma, a maneira como vivem e são escravizadas evidencia que a sociedade impôs de modo cruel um dever responsável por diminuir direitos e vulnerabilizar o grupo feminino que até hoje enfrenta lutas pelo simples fato de ser consideradas biologicamente do sexo frágil.

4- DA RELAÇÃO DO PATRIARCADO A DESIGUALDADE DE GÊNERO

A desigualdade de gênero é basicamente um fenômeno que ocorre em nossa sociedade onde há uma certa discriminação entre as pessoas por conta de seu gênero. Ainda, segundo Juliana da Fonseca Bezerra (2016, p.52):

A literatura reitera que a desigualdade de gênero é um dos fatores que perpetua as heterogeneidades sociais, fundamentadas na diferença entre os sexos. Essa cristalização que circunda o senso comum subjuga as mulheres e favorecem imposições estigmatizantes prevaletentes nos contextos social, econômico, cultural e político, ganhando visibilidade nas constantes diferenças salariais, atribuições de cargos, funções e papéis. (BEZERRA, 2016. p.52)

Percebe-se que gênero (social) é baseado em crenças, valores ideias ao redor do sexo biológico (natural) pois desde criança aprendemos que mulheres são de um jeito e homens são de outro, isto é, acreditamos que pelo nosso sexo biológico podemos diferenciar se somos homens e mulheres, mas na verdade essa diferença se dá pelo nosso convívio social. Conforme Jaqueline Gomes de Jesus, a diferença é construída socialmente, desde o nascimento, quando somos ensinados a agir de acordo como somos identificados. (JESUS, 2012, p.7)

Essa diferença entre os dois sexos pode ser vista no mercado de trabalho ou no ambiente familiar, onde as mulheres enfrentam a desigualdade que vivem e conseqüentemente sofrem por meio da violência.

Desta maneira, o homem desperta poder em instituições sociais importantes, usufruindo de privilégios que as mulheres não adquiriram por direito. No campo econômico elas estão mais propensas a pobreza em razão do mercado de trabalho exigir e contratar grupos considerados não vulneráveis, ou seja, homens brancos. Outrossim mesmo que a CF tenha declarado formalmente igualdade perante ambos os sexos o salário delas corresponde a 77% ao deles, ainda que obtendo diploma de nível superior, (CNN BRASIL, 2021) além disso, mais da metade das empregadas já sofreu assédio sexual no trabalho, dentre elas a maioria era negra. (G1, 2020)

Conforme uma pesquisa sobre violência nos relacionamentos, uma em cada cinco meninas e mulheres, na faixa entre 15 a 49 anos, já foram casadas ou estiveram em uma união em que foram submetidas a violência física e/ou sexual por um parceiro íntimo, ao longo dos últimos 12 meses. Os dados foram obtidos de 2005 a 2016, em 87 países. (NATALIA MARUYAMA, 2018)

Percebe-se que essa desigualdade vista pela diferença entre os sexos pode ter consequência também nos papéis empregados em homens e mulheres, pois desde o patriarcado mulheres cuidam da casa e filhos além de obedecer aos maridos, já os homens trabalham e impõe ordem as esposas.

Essa estrutura atribuída a sociedade patriarcal é vista até hoje, pois quando uma mulher toma o papel e a função de um homem, as pessoas veem isso como um contrassenso pois acham que ela não deveria estar instituindo uma função ou papel que está destinado a ele, trazendo uma desigualdade produzida pelo seu gênero. Assim declara Wânia Passinato (2018), especialista em combate à violência contra a mulher:

Trata-se de reconhecer que a violência não é um infortúnio pessoal, mas tem origem na constituição desigual dos lugares de homens e mulheres nas sociedades – a desigualdade de gênero –, que tem implicações não apenas nos papéis sociais do masculino e feminino e nos comportamentos sexuais, mas também em uma relação de poder. Em outras palavras, significa dizer que a desigualdade é estrutural. Ou seja, social, histórica e culturalmente a sociedade designa às mulheres um lugar de submissão e menor poder em relação aos homens.

A respeito de violência de gênero que pode ser entendida como uma violência física e psicológica, praticada por qualquer pessoa baseado no sexo e gênero, causando danos ou sofrimento, coerção e privando a vítima de liberdade. De acordo com Glaucia Fontes de Oliveira (2010):

(...) a violência é um fenômeno sendo explicado como uma questão cultural onde a sociedade incentiva os homens a exercer sua força de dominação e potência contra as mulheres.

Desta forma, pode ser entendido a violência de gênero como um fenômeno social em que as pessoas que o praticam têm um pensamento que valoriza a desigualdade de gênero, considerando as mulheres inferiores aos homens.

Discutir sobre a questão de gênero é importante para combater as desigualdades que existem, pois segundo Nadine Anflor (2019), primeira mulher a ocupar a chefia de Polícia Civil do Estado:

A discussão de gênero é a forma mais eficaz de desconstrução da teoria machista e patriarcal presente na nossa sociedade, e somente por meio do conhecimento, do debate, é que se chega a um movimento contrário a esta discriminação contra a mulher.

Infelizmente o que proporcionou o surgimento dessa estrutura patriarcal foi o aparecimento do matrimônio monogâmico, propriedade privada e unidade familiar, onde as mulheres passaram a ser controladas pelos maridos sendo obrigadas a cumprir com suas funções, causando o que hoje se chama de violência doméstica. É importante apontar que feminicídio, espancamento e o estupro acontecem muito no ambiente doméstico, um lugar em que se encontra presente as relações de dominador e dominado. (CUNHA, 2014, p.151)

Nossa cultura incentivada pelo poder patriarcal traz essa violência para nossa comunidade. Ainda segundo Glaucia Fontes de Oliveira (2010):

No âmbito cultural pode-se dizer que a violência de gênero é fruto de hábitos e costumes que estão presentes na consciência coletiva, sendo, portanto, consequência da permanência de uma estrutura de poder patriarcal que ainda predomina no tempo hodierno. Outrossim, na sociedade atual ainda existem “cidadãos” que não conhecem seus direitos fundamentais, o que faz com que muitas pessoas deixem de reclamar judicialmente o fato de serem vítimas de violência de gênero, permitindo, assim, a continuidade desse problema social.

Não podemos alegar que a violência de gênero ocorre somente com as mulheres, mas que possui um conceito amplo abrangendo o homem também como vítima, pois quando ele foge do seu papel social afastando-se do pólo masculino e se aproximando do feminino, sofrerá violência. (CUNHA, 2014, p.152). Portanto, para evitar essas agressões, ambos se mantêm nas incumbências que a sociedade impôs.

5- DO RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS MULHERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO E SEUS AVANÇOS SOCIAIS NA SOCIEDADE MODERNA.

Em tempos antigos houve muitos meios empregados pela sociedade com a finalidade de retirar direitos das mulheres. O direito ao voto é um exemplo muito abordado pois não foi uma conquista auferida de imediato. Nos anos de 1932 à 1965, leis foram criadas com o objetivo de manter elas sem renda para se sustentar, ou seja, totalmente dependente dos homens, visto que, a autorização destes para trabalhar era essencial, assim o voto facultativo e a consequente permissão para aquelas que não tinham como se manter era um ensejo do legislador e desta forma, seu maior controle.

Entre 1932 e 1965, os direitos políticos das mulheres não foram equiparados ao dos homens. De diferentes maneiras, as Constituições e leis vigentes encontraram formas para deixar as mulheres sem renda própria em uma espécie de limbo. Em todo esse período, o alistamento e o voto eram obrigatórios para os homens, mas

voluntários para as mulheres que não trabalhava. Em face das estipulações do Código Civil vigente, a voluntariedade era uma forma disfarçada de deixar a decisão nas mãos do chefe da família, isto é, de não garantir às mulheres o direito de votar, caso seus maridos não autorizassem sua participação na vida política. (BRASIL, 2020)

Somente em 1946 o voto se tornou obrigatório para homens e mulheres desde que analfabetos, a partir da constituição de 1988 o voto se estendeu também às pessoas que não sabiam ler e escrever. (NOVAIS, 2020)

Já no ano de 1943 houve o surgimento da licença-maternidade, que é um direito assegurado às mulheres que possuem vínculo trabalhista com a contribuição à Previdência Social (INSS). Por meio desse benefício, às mulheres gestantes podem se ausentar do trabalho, sem perdas salariais, pelo período de 120 dias. (JORNAL CONTABIL, 2019) Salário maternidade é um benefício para a pessoa que se afasta do trabalho por motivos do nascimento do filho. Portanto é assegurado o salário maternidade com fulcro no decreto nº 3.048/99:

Art. 30. Independe de carência a concessão das seguintes prestações: II – salário-maternidade, para as seguradas empregada, empregada doméstica e trabalhadora avulsa. (BRASIL, 1999)

No tocante ao trabalho, por meio de seu acesso elas obtiveram os primeiros contatos com o ambiente público que se deu por intermédio da revolução industrial, concedendo mais autonomia para elas, no entanto com condições diversas dos homens, conforme descreve Nathalia Bezerra Feclesc:

É com a Revolução Industrial que a mulher começa a romper com os muros que as prendiam em casa, começando a trabalhar. A Revolução fez com que a mulher conseguisse sair de casa, indo trabalhar nas inúmeras fabricas que foram surgindo com o crescimento da revolução. As mulheres agora saíam de suas casas e começavam seu processo de emancipação. Porém esse trabalho não oferecia uma real melhora de vida já que a mulher, embora exercendo a mesma função que um homem em uma fábrica, ganhava bem menos. (FECLESC, 2010, p.3)

Porém, nessa época seus salários eram menores e seu trabalho, perigoso e insalubre, carecendo de permissão dos maridos para exercer o trabalho. No entanto, essa autorização só foi retida em meados de 1962. (PUREBREAK, 2021)

No que diz respeito à educação, as mulheres eram ensinadas dentro de suas casas sem o devido acesso às escolas e universidades, visto que esses ambientes eram acolhidos por homens para seu ingresso ao mercado de trabalho. Desta forma elas precisavam ser educadas com objetivos domésticos tornando-se propensas ao casamento. (FECLESC, 2010, p.2)

A primeira entrada ocorreu em 1837 com a criação da universidade feminina chamada de o women's college que se deu em Ohio nos Estados Unidos e depois de um tempo se espalhou por todo o País. (FECLESC, 2010, p.3)

No Brasil essa conquista só foi alcançada no século XIX, mais precisamente em 1879, porém a primeira mulher ingressou na universidade da Bahia em 1887 no curso de medicina. (FECLESC, 2010, p.3) Com base nisso, o ensino superior pode se expandir no Brasil e possibilitar um maior desenvolvimento econômico, social e cultural.

5.1- DAS LEIS RELACIONADAS AO COMBATE Á VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

Outro salto de suma importância se deu com o surgimento da Lei Maria da Penha criada por meio de uma ajuda estatal para as mulheres que sofrem de violência doméstica, obtendo punição aos agressores que cometem esse crime e protegendo as mulheres que sofrem com essa violência. Sua implementação tem o objetivo de buscar, de maneira relevante, pelo combate à violência e por justiça no meio doméstico e familiar na qual, em uma determinada época, não era tida como crime.

Durante muito tempo as militantes dos movimentos de mulheres lutaram para que punições mais severas fossem dadas àqueles que agredissem suas mulheres, no intuito de alcançar penas realmente eficientes que

combatassem a problemática da violência doméstica, porém, como a violência doméstica não era aceita como um crime, medidas relevantes para o combate a esse tipo de violência demoraram a ocorrer, contribuindo para o aumento dos casos de violência e da impunidade para com os agressores. (Campos, 2018, p. 19)

Dessa maneira, está explícito no artigo 5º da Lei 11.340/06 o conceito e as condutas que se encaixam na descrição de violência doméstica e familiar contra a mulher prevendo que:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (BRASIL, 2006)

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

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

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

Infelizmente o motivo de sua origem iniciou muito tempo antes de sua promulgação, pois em 1984 a vítima Maria da Penha Maia Fernandes foi baleada pelo marido Marcos Antônio Heredia Viveiros enquanto dormia, desta forma impossibilitada de se defender. Somente em 1991 ele foi condenado pela tentativa de homicídio, porém diante de inúmeros recursos proferidos pela defesa, o acusado foi preso 20 anos depois do delito. No ano de 1998 o caso veio ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em virtude da violação de direitos humanos ditos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Desta forma a Comissão, em 2001, realizou um relatório criticando as falhas do Brasil vinculadas ao caso Maria da Penha. Por meio da repercussão do relatório permitiu, 5 anos depois, o surgimento da Lei 11.340/06. (Campos, 2018, p. 19 e 20)

Através de outras realizações também foi possível estabelecer a Lei 13.104/2015, a chamada Lei do feminicídio, aplicada aos crimes que foram praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, alterando o Código Penal em seu artigo 121, §2º-A, incisos I e II, para incluir mais uma modalidade de homicídio qualificado, sendo assim considerado crime hediondo somente no ano de 2015 através do artigo 1º, inciso I da Lei 8.072. É necessário buscar o real motivo para a prática do crime, pois não basta matar uma mulher e sim ter realizado a conduta de maneira dolosa por razões de seu sexo. (AURINEY BRITO, 2014)

De acordo com o Instituto Avante Brasil uma mulher morre a cada hora no Brasil. Quase metade desses homicídios são dolosos e praticados no âmbito doméstico ou familiar através do uso de armas de fogo. Há dados revelando que 34% dos instrumentos utilizados para as agressões são pérfuro cortantes (facas, por exemplo), e 7% são por asfixia decorrente de estrangulamento, representando os meios mais comuns nesse tipo ocorrência, de modo que 82% deles são cometidos por companheiros e ex-companheiros. (AIRINEY BRITO, 2014) Com base em pesquisas as chamadas do 190 denúncia caíram 5,3%, já as ligações sobre violência doméstica aumentaram 4% no mesmo período (ALBUQUERQUE, 2022), deixando claro os indícios de medo, vergonha e desconfiança que levam uma mulher a não buscar ajuda.

No entanto, com o auxílio da inclusão do crime de perseguição no Código Penal e a apresentação de políticas públicas permitindo um maior conhecimento da população sobre o assunto, além de incentivar na denúncia, sendo capaz de permitir maiores mudanças. (ALBUQUERQUE, 2022)

Cabe ressaltar o chamado Programa Sinal Vermelho introduzido pelo CNJ em 2020 que possui a participação de várias empresas. Basicamente a mulher escreve um X com o batom vermelho em sua mão ou em uma folha e vai até uma empresa participante do programa, assim os atendentes que percebem o sinal acionam a polícia de maneira discreta para que ela receba a ajuda necessária. (CAVALCANTE, 2021)

Art. 2º Fica autorizada a integração entre o Poder Executivo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os órgãos de segurança pública e as entidades privadas, para a promoção e a realização do

programa Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como medida de ajuda à mulher vítima de violência doméstica e familiar, conforme os incisos I, V e VII do caput do art. 8º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (CAVALCANTE, 2021)

Parágrafo único. Os órgãos mencionados no caput deste artigo deverão estabelecer um canal de comunicação imediata com as entidades privadas de todo o País participantes do programa, a fim de viabilizar assistência e segurança à vítima, a partir do momento em que houver sido efetuada a denúncia por meio do código “sinal em formato de X, preferencialmente feito na mão e na cor vermelha.

Com o surgimento da Lei Maria da Penha, foi incluído uma nova qualificadora de homicídio, alterando o Código Penal em seu artigo 121, inciso VI, parágrafo §2º e §7º, possibilitando que homens, responsáveis pelos homicídios por razões da sua condição de sexo, ou seja, somente porque suas vítimas eram mulheres, fossem punidos por suas condutas, com uma pena de 12 à 30 anos, superior ao do homicídio simples, ademais, suas formas de aumento de pena de 1/3 até a metade quando ela está durante a gestação ou nos 3 meses posteriores ao parto, quando menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência, ou na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (BRASIL, 1940)

Cabe destacar o enquadramento de sua ação no rol de crimes hediondos, com fulcro no artigo 1º, inciso I da Lei 8.072 de 1990, resultando em uma punição mais opressiva, sem a capacidade de aplicação do indulto, graça ou anistia.

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX); (BRASIL, 1990)

Vale evidenciar que a Lei Maria da Penha, conforme afirma o juiz federal Márcio André Lopes Cavalcante, trouxe também uma mudança no conteúdo do artigo 129 do Código Penal. Anteriormente a lesão efetuada no âmbito doméstico, era aplicada seja qual for a vítima, punindo com uma pena de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos. No caso da lesão corporal grave ou se a vítima é portadora de deficiência a pena será aumentada em 1/3. (CAVALCANTE, 2021)

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (BRASIL, 1940)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Com o advento da Lei 14.188/2021 a conduta que se enquadra no §9º do artigo 129 do Código Penal, seja a vítima homem ou mulher. No momento, caso o crime tenha sido praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, este se enquadrará no §13º com uma pena de reclusão de 1 a 4 anos no mesmo artigo, especificando o delito e o punindo de maneira mais severa. (CAVALCANTE, 2021)

§ 13º. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código: (BRASIL, 1940)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Com o tempo a sociedade veio a evoluir em seus direitos, deveres, comportamentos e princípios permitindo que, por meio das lutas sociais exercidas pelos movimentos feministas, as mulheres ganhassem espaço no ambiente familiar, por exemplo.

Nesse contexto o papel de chefe, antes exercido somente pelo homem, este sendo efetuado por ambos os sexos, pois eles possuem reconhecidas as mesmas obrigações para com a casa e os filhos, preservando o princípio dos chefes de família, conforme dispõe o artigo 226, §5º da CF/88.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988)
§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Por meio de normas aplicadas pelo próprio legislador houve um certo incentivo em condutas machistas e autoritárias como por exemplo o artigo 6º, inciso II do Código Civil de 1916, descrevendo a mulher casada como um ser relativamente incapaz.

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: (BRASIL, 1916)
II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

Esse posicionamento só foi alterado no ano de 1962 com a entrada do Estatuto da Mulher Casada, (BRASIL, 1962), liberando-as desse posicionamento preconceituoso, propiciando alterações no Código Civil de 2002, considerando relativamente incapazes somente os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos. (BRASIL, 2002)

Anteriormente, as leis surgiam de maneira discriminatória no que se refere ao gênero feminino, trazendo situações que geram desigualdade e inferioridade perante os homens, intervindo de maneira significativa no cenário público e privado graças a limitações que elas sofriam. Com a Constituição de 1988, muitas leis tiveram que se adequar a essa nova realidade social, tendo em vista o reconhecimento do princípio da igualdade, evitando que normas sejam criadas sem a observação desse princípio. (BARRETO, 2010)

Por outro lado, ainda que Constituição Federal tenha previsto no ordenamento jurídico a igualdade entre homens e mulheres, ou seja, uma igualdade formal, esta não é muito atendida em nossa sociedade, pois seria preciso ações estatais para que a chamada igualdade material, seja posta em prática, conferindo verdadeiras mudanças no mundo real tratando de maneira isonômica os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. (BULOS, 2002, p. 79)

Segundo Maria Berenice Dias (2012), sobre a Lei de igualdade entre homens e mulheres:

Apesar de a igualdade entre os sexos estar ressaltada enfaticamente na Constituição Federal, é secular a discriminação que coloca a mulher em posição de inferioridade e subordinação frente ao homem. A desproporção, quer física, quer de valoração social, entre o gênero masculino e feminino, não pode ser olvidada.

Todos esses direitos e conquistas permitiram às mulheres estar em posições que antes eram somente ocupadas por homens, no entanto mesmo que o direito tenha proporcionado independência para as mulheres ele continua carregando como base o patriarcado e dificilmente rompendo com sua estrutura. A luta por direitos e o reconhecimento da igualdade são importantes conquistas para elas alterando as relações sociais.

6- CONCLUSÃO

Conclui-se que infelizmente o patriarcado continua forte não só no sistema jurídico, mas também em nossas culturas e ideologias, afetando principalmente as mulheres que sofrem com a violência influenciada por

ele, permitindo a fortificação de uma crença baseada em sua sensibilidade, fraqueza e subordinação. Baseada nessa estrutura há o surgimento das desigualdades que mesmo explícito em nossa Constituição Federal o tratamento igualitário, esta não possui uma eficácia social, pois a sociedade, fruto do patriarcado e sujeita a essa norma não aceita e a obedece. Ainda que o Direito apresente uma capacidade de modificar a realidade, está, entretanto, encontra-se limitada pela estrutura que o sustenta. As leis costumam ser mais reflexivas do que constitutivas de realidades sociais. O patriarcado persiste em nossa sociedade mostrando que há um monitoramento nos direitos das mulheres, mantendo esse controle por gerações como uma obrigação que elas detêm para com seus maridos e desta forma cumprindo com seu papel social de esposa e mãe. Contudo, as modificações sociais permitiram milhares de conquistas e direitos alcançados pelas mulheres, sendo assim responsável por influenciar nas normas jurídicas e em práticas capazes de mudar a realidade e a vida de muitas delas. Não há como esquecer que as pessoas que trouxeram a violência de gênero para a sociedade, estão fundadas nas diversas desigualdades ainda existentes, pois esses fenômenos são induzidos pelo nosso contexto histórico e pela sociedade patriarcal. Desta forma por meio da educação e conscientização da população a cultura machista será eliminada para a implementação de costumes que respeitam o sexo feminino e abrem maiores direitos para estes, garantindo um mundo mais justo e igualitário.

7- REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Beatriz. Três mulheres morrem por dia no Brasil por feminicídio. Rádio Agência Nacional, 2022. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/seguranca/audio/2022-06/tres-mulheres-morrem-por-dia-no-brasil-por-femicidio#:~:text=0%20estudo%20se%20baseia%20em,femicin%C3%ADdio%20a%20cada%207%20horas.>>

Acesso em: 19 de setembro de 2022.

BRITO, Auriney. Lei do feminicídio: entenda o que mudou. São Paulo: Jusbrasil, 2014.

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

BRASIL. LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=L8072&text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%AAs> Acesso em: 26 de setembro de 2022.

BRASIL. Decreto Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%20LEI%20No%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%C3%B3digo%20Penal.> Acesso em: 26 de setembro de 2022.

BRASIL. Decreto Nº 3.048 de 06 de maio de 1999. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em: 15 de setembro de 2022.

BRASIL. LEI Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República do Brasil, 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Civil.&text=Art.,e%20deveres%20na%20ordem%20civil.> Acesso em: 19 de setembro de 2022.

BRASIL. LEI Nº 4.121 de 27 de agosto de 1962. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm> Acesso em: 26 de setembro de 2022.

BRASIL. Lei Nº 11.340 de 07 de agosto de 2006. Brasília: Presidência da República do Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 19 de setembro de 2022.

BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1916. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#:~:text=L3071&text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%20%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil Acesso em: 26 de setembro de 2022.

BEZERRA, Juliana da Fonseca; SILVA, Raimunda Magalhães da; CAVALCANTI Ludmila Fontenele; NASCIMENTO Juliana Luporini do; VIEIRA Luiza Jane Eyre de Souza; MOREIRA Gracyelle Alves Remigio. Conceitos, Causas E Repercussões Da Violência Sexual Contra A Mulher Na Ótica De Profissionais De Saúde. Fortaleza: Revista Brasileira em Promoção à Saúde, 2016. p.52.

BULOS, Uadi Lammego. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 79.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. Carta de 1988 é um marco contra discriminação. Consultor Jurídico, 2010. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea> > Acesso em: 26 de setembro de 2022.

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

CUNHA, Barbara Madruga. Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate à violência de gênero. Curitiba, 2014. p.151.

CONTABIL, Jornal. Licença a maternidade. Araguari, 2019

CAMPOS, Antônia Alessandra Sousa. A Lei Maria Da Penha E A Sua Efetividade. Fortaleza, 2008. p. 19 e 20.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 14.188/2021: crime de violência psicológica, nova qualificadora para lesão corporal por razões da condição do sexo feminino e programa Sinal Vermelho. Dizer o direito, 2021. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2021/07/comentarios-lei-141882021-crime-de.html>> Acesso em: 19 de setembro de 2022.

CAVALLINI, Marta. Quase metade das mulheres já sofreu assédio sexual no trabalho; 15% delas pediram demissão, diz pesquisa. G1, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/10/08/quase-metade-das-mulheres-ja-sofreu-assedio-sexual-no-trabalho-15percent-delas-pediram-demissao-diz-pesquisa.ghtml>> Acesso em 17 de setembro de 2022.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência. 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FECLESC, Nathalia Bezerra. Mulher E Universidade: A Longa E Difícil Luta Contra A Invisibilidade. Bahia, 2010. p. 3.

GERDA, Lerner. A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens. tradução Luiza Sellera. – São Paulo: Cultrix, 2019. p.91, 117, 120 e 121.

GUEDES, Mylena. Mulheres ganham 77,7% do salário dos homens no Brasil, diz IBGE. CNN BRASIL, 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/mulheres-ganham-77-7-dos-salarios-dos-homens-no-brasil-diz-ibge/>> Acesso em: 17 de setembro de 2021.

GOMEZ, Jaqueline de Jesus. Orientações Sobre Identidade De Gênero: Conceitos e Termos. 2ª ed. – Brasília: Editora Revista e ampliada, 2012. p.8.

JEFFREYS, Sheila. Gender hurts: a feminist analysis of the politics of transgenderism. London: Routledge, 2014.

JESUS, Jaqueline Gomez. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. 2ª ed.- Brasília, 2012, p.8.

LIMONGI, Fernando; OLIVEIRA, Juliana de Souza; SCHMITT, Stefanie Tomé. Sufrágio universal, mas... só para homens. O voto feminino no Brasil. Scielo Brasil, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/FYkrhym6TpRzRf78q7F7Mmq/?lang=pt>> Acesso em: 17 de setembro de 2022.

MARUYAMA, Natalia. 5 cenários onde mulheres ainda sofrem com a desigualdade de gênero. Claudia, São Paulo, 2018.

MILLETT, Kate. Sexual Politics. London: Virago Press, 1969. p. 58.

MURARO, Rose Marie. A mulher no terceiro milênio: uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro. 6ª tiragem. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 2000. P. 63.

NOVAIS, Teresa Cristina. Veja a cronologia do voto feminino no Brasil. Agência Câmara de Notícias, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/704228-veja-a-cronologia-do-voto-feminino-no-brasil/>> Acesso em: 18 de setembro de 2022.

OLIVEIRA, Glaucia Fontes. Violência de gênero e a Lei Maria da Penha. Conteúdo jurídico, Brasília-DF, 2010.

PASSINATO, Wânia. As mulheres são vítimas de violência porque são mulheres. GALILEU, 2018. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2018/02/violencia-contra-mulher-wania-pasinato.html>> Acesso em: 16 de setembro de 2022.

REDD, Evelyn. Sexo contra sexo ou classe contra classe. São Paulo: Editora Instituto José Luiz e Rosa Sundermann, 2008. p. 35 e 39.

SANTOS, João Vitor. Cultura do patriarcado e desigualdades históricas entre os sexos são vetores de uma epidemia de violência contra a mulher. São Leopoldo, 2019.

WEBER, Max. Sociologia da dominação. In: WEBER, Max. Economia e sociedade. Brasília: UnB, 1991. p. 190.

520 PROCEDIMENTO DO INVENTÁRIO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

ADRIANA CRISTINA AGUILAR
LUIS GUSTAVO LIBERATO TIZZO

RESUMO: Neste artigo será abordado acerca do procedimento de Inventário e partilha, judicial e extrajudicial, bem como as abordagens jurídicas com relação ao tema. O direito de sucessões abrange o direito previsto na Constituição Federal art. 5. inciso XXX e no Código Civil Brasileiro. Tais artigos regulam os direitos dos herdeiros. É sabido que a sucessão se abre com a morte de alguém, que passa a ser chamado de cujus que é o autor da herança, a que a pertencia os bens. O presente abordará de maneira sucinta as fases decorrentes do procedimento de inventário e partilha bem como os direitos de cada uma das partes envolvidas no processo, bem como os deveres que versará a partilha dos bens do espólio decorrente do falecimento de um familiar, divisão esta decorrente dos direitos de linha sucessória.

Palavras-chave: Inventário. Espólio. Partilha. Bens. Direitos.

ABSTRACT: In this article, it will be discussed about the procedure of Inventory and sharing, judicial and extrajudicial, as well as the legal approaches regarding the subject. The right of succession covers the right provided for in the federal constitution art. 5, item XXX and in the Brazilian civil code. Such articles regulate the rights of heirs. It is known that the succession opens with the death of someone, who is called "cujus" who is the author of the inheritance, to which the goods belonged. The present will briefly address the phases arising from the inventory procedure and sharing well with the rights of each of the parties involved in the process, as well as the duties that will deal with the sharing of the assets of the estate resulting from the death of a family member, division this resulting from of line of succession rights.

Keywords: Inventory. estate. share. Assets. rights.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância do procedimento de inventário e partilha, este decorrente do falecimento de uma pessoa, onde este deverá ser analisado quem são os pertencentes ao direito adquirido a herança, por meio da linha de sucessão, direito este disposto na Constituição Federal art. 5. inciso XXX e no Código Civil Brasileiro, regulamentando assim os direitos inerentes aos herdeiros.

É sabido que a sucessão se abre com a morte de alguém, este sendo nomeado como "de cujus" ou até mesmo "espólio", que nada mais é o autor da herança, a quem pertencia os bens, e que no ato serão partilhados, entre os que pertencem a linha de sucessão hereditária, analisando as questões ligadas aos procedimentos de inventário e partilha, realizados através de escritura pública ou judicial.

Buscando com o presente trazer em evidência os aspectos com relação as competências, legitimidades e ainda procedimentos com relação ao ato, aos prazos que devem ser observadas para a abertura de procedimento, bem como os respaldos oferecidos pela justiça, para o andamento efetivo do procedimento. Será realizado ainda uma análise ao procedimento de inventário judicial e extrajudicial e as diferenças relacionadas a cada tipo de procedimento de partilha de bens.

Será abordado de maneira sucinta os dispostos contidos no Código Civil, bem como as disposições previstas no Código de Processo Civil, que traz consigo em seus artigos, pressupostos capazes de garantir a

proteção dos herdeiros, sendo o inventário realizado de forma judicial ou extrajudicial, bem como as evoluções que podem ser observadas na lei.

Por fim, será realizada análise das disposições contidas na lei, e no respaldo em que os herdeiros receberão durante todo processo de inventário e partilha, independente do modo que os herdeiros irão escolher para a divisão dos bens deixados pelo autor da herança, fazendo ainda uma análise aos benefícios oferecidos pela justiça para aqueles que não possuem condições para o pagamento das custas relacionadas ao processo de inventário.

DESENVOLVIMENTO

1.1 DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade está descrito na Constituição Federal em seu Art. 5. XXII, como:

XXII – É garantido o direito de propriedade, ficando previsto no citado artigo que os direitos devem ser igualitários a todos.

O direito de propriedade pode ser entendido por aquele que detém de fato o direito pleno aos se referindo aos direitos inerentes ao possuidor de propriedade.

A aquisição de propriedade pode ser tida de duas maneiras: originária e derivada. A maneira em que se adquire uma propriedade a título originário e derivada de ato próprio, sucedendo quando a coisa (bem) se encontra totalmente desvinculada de seu antigo possuidor, um dos exemplos a ser citado na aquisição de propriedade de maneira originária.

E ao imóvel adquirido por meio do procedimento de usucapião, sendo este direito que independe da vontade um antigo proprietário, outro a ser citado e a desapropriação pois o mesmo também independe da vontade do proprietário.

A segunda maneira de aquisição originária é a de acesso, que ocorre quando a transmissão de propriedade é feita a partir de um proprietário a outro podendo ser por ato “Inter vivos”, que é o ato jurídico realizado entre pessoas vivas, que pode ser meio de doação entre as partes, outro modelo de acesso a causa mortis que decorre da morte de alguém para que seja efetiva, a transferência total ou parcial de uma herança, sendo direito este estabelecido no Código Civil de 2002, em seu art. 1784, tendo este sido adquirido por estes meios a “coisa” chega possuindo as mesmas características, sem que assim seja extinguido o ônus que nela está intrínseco.

1.2 Conceito e Evolução Histórica

A sucessão hereditária pode ser conceituada basicamente pela área do direito que regulamenta o procedimento pelo qual é realizado a transferência de bens de uma pessoa que já é falecida aos seus herdeiros, ou seja, seus sucessores.

A história do direito sucessório se dá na clássica Roma, onde nós primórdios da civilização, uma família da qual possuía bens, estabeleciam que estes permaneceriam entre seus membros, onde ficou estabelecido que a sucessão e seus direitos estavam intimamente ligados a religião e a família.

Sucessivamente as primeiras normas que foram criadas, estabeleciam que os direitos a sucessão eram de que a religião do mesmo estava ligada de forma hereditária, ou seja, de marco para marco, bem como as propriedades de fato.

Nesta época, cada herdeiro recebia os bens em sua totalidade e assim os tornava proprietário, no entanto neste mesmo período não havia a possibilidade de haver transmissão por testamento, e sim por sucessão tendo em vista que este era por força da lei.

O direito ao testamento é uma invenção posterior à sucessão está também criada pelos romanos. Ficou ainda estabelecido no Código de Bevilacqua que família nada mais era, aquela em que os considerados herdeiros, eram constituídos por filhos legítimos, que eram os considerados filhos provenientes do casamento, sendo que

atualmente não pertence mais a constituição brasileira a expressão - filhos ilegítimos da qual se referia aos filhos que não eram concebidos na constância de um matrimônio.

2 Transmissão de Propriedade

A herança do “de cujus” é composta por uma junção de bens pertencentes ao autor da herança, podendo ser ela, composta por bens móveis, imóveis, obrigações e até mesmo as dívidas das quais o mesmo deixar no momento da partilha de seus bens levantados.

O Código Civil estabelece que até o momento em que se finalize o processo de inventário, o direito à propriedade, bem como sua transmissão e a posse da herança deixada, é considerado indivisíveis, conforme dispõe o Código Civil:

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.(CÓDIGO CIVIL, 2002)

Com o procedimento de partilha, por fim, poderá ser realizado a transferência dos bens pertencentes ao espólio para seus herdeiros, conforme afirma em seus ensinamentos Clóvis Beviláqua:

“A sucessão hereditária abre-se com a morte do autor da herança. Desde esse momento, opera-se a transmissão da propriedade e da posse dos bens, substituindo-se os sujeitos das relações jurídicas. Isto é, com a morte do indivíduo, por consequência automática e imediata, todo o seu patrimônio é transmitido aos herdeiros (art. 1.784, do Código Civil), e, posteriormente, esse ato transmissivo será formalizado através do inventário. (BEVILÁQUA, 1939)

Partindo deste pressuposto, o inventário é o procedimento que dá início ao processo de transferência e posse dos bens deixados pelo autor da herança, havendo, portanto, não somente a transferência dos bens deixados, mas também os direitos e dívidas deixados após levantamento.

2.1 DIREITO SUCESSÓRIO

2.2 CONCEITO E ESPÉCIES

A palavra Sucessão vem do latim, suceder o que quer dizer: uns depois dos outros. O direito das sucessões está disposto no Código Civil, que é composto por um conjunto de normas das quais estabelecem as diretrizes de como será feita a transmissão dos bens e direitos dos quais eram inerentes ao falecido. A sucessão é estabelecida por lei ou em decorrência de testamento, do qual o falecimento faz em vida.

Em virtude desta idéia Stollenwer, faz o seguinte comentário:

O Direito Sucessório é o ramo do Direito Civil, permeado por valores e princípios constitucionais, que tem por objetivo primordial estudar e regulamentar a destinação do patrimônio da pessoa física ou natural em decorrência de sua morte, momento em que se indaga qual o patrimônio transferível e quem serão as pessoas que o recolherão. (Stollenwerk (2017, p. 44)

O direito sucessório está disposto no art. 1.784 como:

“Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (CÓDIGO CIVIL, 2002)

A herança de um indivíduo falecido compreende na universalidade de todos os seus bens, a Constituição Federal dispõe acerca do direito a herança em seu inciso XXX do artigo 5: da Constituição Federal de 1988, como um direito garantido aos cidadãos brasileiros. O Código Civil de 2002, prevê duas espécies de sucessão: A legítima e a testamentária. Neste viés é estabelecido a sucessão testamentária da seguinte forma:

Noutro prumo, temos a sucessão testamentária em que o testador irá dispor de até metade dos bens da herança a quem ele bem quiser (observado o art.1.801 do CC) ou até mesmo de sua totalidade, caso não tenha herdeiros necessários. Veja que, quanto a essa parte da herança, o testador tem livre disposição, ele declara em

seu testamento o seu desejo de como deverá ser feita a sucessão de seus bens após a sua morte. A escolha é dele, logo, a divisão da parte disponível será feita conforme sua vontade; É o testador quem vai dizer quanto cada herdeiro irá receber, se as cotas serão distribuídas em partes iguais ou se algum herdeiro vai ficar com a maior parte. Pode o testador também deixar estabelecido qual patrimônio será destinado para cada um dos herdeiros. Nesse campo quem dita as regras é o próprio testador, podendo inclusive revogar o testamento a qualquer momento caso se arrependa ou mude de idéia. (CAVALCANTI.2020, n.p)

A sucessão pode se dar ainda por duas formas: a *Inter vivos*, ocorre em vida, onde a parte expressa sua vontade pela transmissão de seus bens, sendo ela por doação, compra e venda. A outra forma é a *causa mortis*: se dá a partir do momento que o autor vem a óbito, se concretizando assim por meio de sucessão hereditária ou testamentária.

A sucessão legítima compreende naquela em que é definida por lei, onde o falecido não deixou um testamento, não deixando nada estabelecido, é, portanto, a divisão de seus bens e os quinhões pertinentes aos seus herdeiros serão definidos pela lei. Sobre sucessão o estudo de Farias (2016, p.30) afirma que:

Volvendo a visão para o particular de uma relação jurídica (e lembrando que toda relação jurídica, necessariamente, é composta de um sujeito, de um objeto e de um vínculo entre eles), observa-se que o sujeito ou o objeto podem, eventualmente, sofrer uma substituição por outro objeto. É exatamente o fenômeno sucessório. A sucessão, assim, é a substituição do sujeito ou do objeto de uma relação jurídica.

Atualmente o Código Civil de 2002, em seu art. 1.829 define a sucessão legítima como:

“A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: É 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, considerando assim como herdeiro legítimo o sucessor do “de cujus” que havendo sido indicado pela lei através da ordem de vocação hereditária. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Já a sucessão testamentária é entendida como a vontade do falecido, que provém das vontades estabelecidas e direcionadas por meio de um testamento, que irá estabelecer e direcionar a quem seus bens serão destinados sendo eles parciais ou em sua totalidade, após sua morte, sucessão testamentária pode ser definida lei.

O artigo 1.788 do Código Civil, por sua vez, dispõe:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

3. Família

Os bens deixados pelo espólio para seus familiares, ou seja, para aqueles pertencentes a sua linha de sucessão ou de maneira hereditário bem como visto o estabelecido em lei para que assim seja pertencente nos grupos citados conforme estabelece o art. 1.829 do Código Civil, no que tange sobre a ordem da sucessão legítima, dispõem:

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 cinco); 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).

Dessa forma, é possível analisar que a vocação hereditária e regida pela lei, conforme estabelece o artigo mencionado anteriormente, o presente indica a ordem hierárquica de como os familiares são convocados para receber a herança do de cujus ou de maneira mais clara o autor da herança.

3.1 A Morte como elemento para Transmissão de Propriedade

O Princípio de *Saisine* pode definir de maneira mais objetiva a morte e sua relação com a transmissão de propriedade, pois com a morte do de cujus a herança da qual o mesmo era proprietário é transmitida aos seus herdeiros legítimos e testamentários de maneira imediata, sem haver a necessidade de abertura de testamento.

O Princípio este que dentro do direito sucessório principia que logo de início após suceder a morte do autor, os bens se tornam de maneira imediata para a posse dos herdeiros.

O princípio evidencia que desta forma os bens após a morte do de cujus não ficarão sem titular, enquanto o procedimento de transferência dos bens para os herdeiros não é finalizado, o mesmo serve para resguardar o direito de propriedade e evitar que ele seja afetado por alguma intercorrência no processo.

INVENTÁRIO E PARTILHA

3.2 Conceito e Evolução Histórico

De acordo com Silvio Rodrigues (Direito Civil - Direito das sucessões, 2003, p. 285), inventário, é o processo judicial que se destina a apurar os bens deixados pelo finado, a fim de sobre o monte proceder-se a partilha."

O inventário no início da história sempre foi realizado de maneira judicial na redação original do art. 982 do Código de Processo Civil de 1973, ainda que todas as partes fossem capazes e concordes. A partir do surgimento da Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, se deu uma nova atualização ao artigo e o mesmo pode ser inovado, ao decorrer em que se admitiu que fosse realizado o inventário extrajudicial, lavrado por escritura pública, em tabelionato de notas, partindo do pressuposto da boa-fé, onde todas as partes interessadas forem capazes e estiverem assistidas por advogado e concordes, o que foi mantido no novo código de processo. Tornando possível que atualmente o processo de inventário e partilha de bens, houvesse duas modalidades: O inventário judicial ou extrajudicial.

O inventário é obrigatório, mesmo na existência de um único herdeiro, dispensando-se, nesse caso, apenas a partilha, ocorrendo a adjudicação dos bens.

O processo de inventário pode ser definido como o levantamento que é realizado para verificar todos os bens que são pertencentes ao de cujus, ou seja, a pessoa falecida, a partir deste levantamento todos os bens deixados pelo espólio serão divididos entre seus herdeiros, sendo eles legitimados ou testamentários. O processo de inventário é dividido em duas partes: judicial e extrajudicial.

O procedimento de partilha Judicial de acordo com o previsto no Código Civil a partilha de bens é realizada a partir dos bens deixados pelo de cujus. É possível de se afirmar que enquanto não houver a realização da partilha de bens, não possuem os herdeiros, a consideração dos bens do espólio como certo.

Em seu art. 617, do Código de Processo Civil, é possível que um juiz conceda que um dos herdeiros possa usufruir de um bem, desde de que o mesmo se encontre inserido na partilha, estabelecendo, portanto, para assegurar este direito, da seguinte forma:

Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem:

I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;

III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;

IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;

V - o testamentário, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;

VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VII - o inventariante judicial, se houver;

VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

Parágrafo cinco. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar a função. (BRASIL.2015)

4 Da abertura e Habilitação do Processo de Inventario Judicial e Extrajudicial

Marca-se a abertura da sucessão partir do óbito do autor da herança de acordo com o disposto no artigo 1.784, do CC, da seguinte forma: transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

A abertura de sucessão não pode ser confundida com a abertura de inventário, pois esta abertura se dá por estabelecido em lei, que de acordo, só daqui em até 60 dias após o óbito, sendo permitido realiza-lo após este prazo, no entanto haverá a necessidade de pagamento de multas em virtude de haver excedido o prazo estabelecido por lei, podendo a multa ser de até 10 % sobre o valor do ITCMD, imposto paga sobre o valor dos bens do falecido, sendo este prazo em casos de inventário realizados de maneira extrajudicial.

De acordo com o disposto na lei 13.105/2015, em seu art. 611, os prazos que devem ser obedecidos estão estabelecidos da seguinte forma:

Art. 611. O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

Mas cada estado pode modificar as condições de acordo, pois o Código Civil dispõe a possibilidade de cada estado alterar as condições e criar suas próprias regras.

Para a abertura de inventários extrajudiciais existe a necessidade da juntada dos documentos pessoais de todos os herdeiros, certidão de casamento/ nascimento atualizada em até 60 dias, bem como documentos que comprove o vínculo com o autor da herança.

Para a abertura de inventário judicial é necessário que uma das partes de entrada na justiça para que a divisão dos bens seja realizada, é estabelecido por lei o prazo para realização, e o mesmo utilizado na realização de inventário extrajudicial. O Provimento da CGJ-SP n. 55/2016, altera as normas de serviço para permitir a escritura pública de nomeação de inventariante como termo inicial do procedimento de inventário extrajudicial.

O inventário judicial deve ser realizado quando houver herdeiros menores ou legalmente incapazes, para que se de entrada na realização do inventário judicial o estabelecido em lei menciona em seu art. 616, do CPC, quem possui legalidade para dar entrada, das seguintes formas, como:

Art. 616. Tem, contudo, legitimidade concorrente:

I - o cônjuge ou companheiro supérstite;

II - o herdeiro;

III - o legatário;

IV - o testamenteiro;

V - o cessionário do herdeiro ou do legatários;

VI - o credor do herdeiro, do legatários ou do autor da herança;

VII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;

VIII - a Fazenda Pública, quando tiver interesse;

IX - o administrador judicial da falência do herdeiro, do legatários, do autor da herança ou do cônjuge ou companheiro supérstite. (CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL, 2015)

Do local da abertura é definido por lei da seguinte forma, pelo estabelecido em lei, no atual Código de Processo Civil Brasileiro segue a mesma regra em seu artigo 48:

Art. 48. O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Parágrafo único. Se o autor da herança não possua domicílio certo, é competente:

I - o foro de situação dos bens imóveis;

II - Havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes;

III - não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio. (CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL, 2015)

Diante do estabelecido acima pela lei, fica estabelecido, portanto, que o foro definido para aqueles que possuem domicílio estabelecido, onde os mesmos residem, se o falecido no momento do óbito possuir bens, mais

nenhum definido como domicílio, será definido o foro do local do óbito para que assim seja realizada a abertura do processo de inventário e partilha.

4.2 Inventariante

De acordo com o CPC art. 617, a nomeação de Inventariante deve seguir uma ordem, ficando disposta da seguinte forma:

Art. 617. O juiz nomeará o inventariante na seguinte ordem:

- I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;
- II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;
- III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;
- IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;
- V - o testamentário, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;
- VI - o cessionário do herdeiro ou do legatários;
- VII - o inventariante judicial, se houver;
- VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

Parágrafo único: O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar a função. (CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL, 2015)

O nomeado Inventariante tem a função de assumir a responsabilidade acerca dos bens relacionados ao espólio, representando suas obrigações, assim guardando e conservando os bens que serão partilhados. O inventariante no exercício de suas funções, ao exercê-la deve garantir aos herdeiros, a confiabilidade que lhes é necessário para que os mesmos possam sentir segurança em confiar os bens que serão objetos da partilha, onde o mesmo cometendo desvio de suas funções, poderá

ser acometido por penas e até mesmo removê-lo do processo de inventário.

O art. 622, do CPC evidencia quais situações levam um inventariante a ser removido de sua função dentro do processo de inventário, da seguinte forma:

Art. 622. O inventariante será removido de ofício ou a requerimento:

- I - se não prestar, no prazo legal, as primeiras ou as últimas declarações;
- II - se não der ao inventário andamento regular, se suscitar dúvidas infundadas ou se praticar atos meramente protelatórios;
- III - se, por culpa sua, bens do espólio se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano;
- IV - se não defender o espólio nas ações em que for citado, se deixar de cobrar dívidas ativas ou se não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos;
- V - se não prestar contas ou se as que prestar não forem julgadas boas;
- VI - se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio. (CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL, 2015)

5 Da Meação e dos Herdeiros

No Direito de Família, a definição de meação corresponde à metade dos bens correspondentes ao casal, podendo variar de acordo com seu montante ou a comunicação estabelecida pelo casal. Para Pietro Perlingieri:

O regime de comunhão patrimonial de bens é o mais idôneo para a realização dos interesses da família, pois assegura a igualdade econômica dos cônjuges ou conviventes, mesmo porque são os bens conjugais que respondem pela manutenção da família, incluídas as despesas com a formação e educação dos filhos e todos os naturais e elevados custos provocados pela vida familiar. (PERLINGIERI, 2008)

A meação é um termo criado para que se faça referência a metade do patrimônio que pertence a uma das partes dos cônjuges se dando para meação a partir do regime de casamento estabelecido pelas partes na constância do matrimônio, que deverá ser analisado sobre a possibilidade de comunicação dos bens.

No regime de Comunhão Universal de Bens, todos os bens se comunicam, portanto, no momento da realização de inventário haverá meação para uma das partes. Já no regime de Comunhão Parcial de Bens, serão comunicados os bens adquiridos após a constância do casamento, antes da realização do casamento não entraram na meação, obedecendo assim que a meação se compreende sobre metade dos bens para o cônjuge, com base no regime de bens adotado pelas partes. O direito a meação está estabelecido por lei, no Código Civil, da seguinte forma:

Art. 1.685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código. (BRASIL, 2002)

Aos herdeiros é compreendido aos bens deixados pela pessoa falecida por meio de sucessão, sendo os mesmos considerados herdeiros necessários, possuidores de 50 % do valor dos bens possuídos pelo autor da herança, podendo o detentor da metade ser chamado de meeiro.

É de suma importância ressaltar que devem ser utilizados os pressupostos estabelecidos no Código Civil, da seguinte forma:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário n: 646.721) (Vide Recurso Extraordinário n: 878.694)

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. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

É importante ainda ressaltar que os herdeiros mesmo que sejam por sucessão legítima podem ser excluídos da partilha de bens, quando a conduta do mesmo contra a pessoa do de cujus, for considerada como ato grave e condenável, ou até mesmo se tais atos lesivos forem praticados contra pessoas das quais o mesmo possui relação de proximidade.

No entanto o herdeiro somente poderá ser excluído por meio de ação judicial, do qual o mesmo se comprovado que cometeu tal situação da qual for acusado poderá sofrer sanção civil.

O art. 1814, Código Civil, evidência da seguinte forma as causas consideráveis para que tal fato venha a suceder:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Sendo assim, se um dos herdeiros cometer alguma destas infrações, levará a sua exclusão do processo de inventário e partilha de bens deixados pelo de cujus.

5.1 Das despesas e da Possibilidade de Justiça Gratuita

Um processo de inventário possui suas custas, e estes valores estão ligados diretamente aos valores relacionados ao patrimônio deixado de herança pelo falecido. Uma das custas mais faladas com relação a esse

processo, é o ITCMD -Imposto de Transmissão causa mortis que incide em uma porcentagem de acordo com a Lei 8727/1988, a qual regulamenta o recolhimento do ITCMD no estado do Paraná, este valor é de 4% sobre o valor dos bens a serem partilhados e recolhido por meio de guia com a finalidade específica a do processo de inventário e dentro da devida porcentagem, sendo que está alíquota é a válida na data da abertura da sucessão.

Para os bens móveis, como por exemplo: casas, apartamentos, os valores a serem calculados é dado em relação ao valor venal, do qual é atribuído pela Prefeitura de cada Município em que o imóvel pertence, a veículos como carros, motos, os valores levados a inventário serão os estabelecidos por tabela Fipe.

Outros valores que devem ser custeados são as custas processuais, dos quais são estabelecidos por meio de tabela de custas definida, pelo tribunal de cada região, do qual depende ainda dos bens e direitos dos bens que serão partilhados, outros valores incidentes as custas do processuais só os de diligências, ofícios, citações e certidões, entre outras despesas como formais de partilha, transferências bancárias.

Despesas cartorárias também estão inseridas nas custas processuais de um inventário, pois após a finalização de um inventário o mesmo deve ser encaminhado ao Registro por seus sucessores, em caso de imóvel deve constar em matrícula a partilha bem como a porcentagem de cada herdeiro. As custas do cartório são levadas em consideração o valor final do levantamento finais dos bens do espólio, em cima deste valor serão calculados as custas cartorárias e os emolumentos.

Outro custo que é levado em consideração são os custos com os honorários advocatícios, independentemente do tipo de inventário sendo ele judicial ou extrajudicial, se faz necessário a consultoria de um advogado, do qual terá a responsabilidade de orientar seu cliente acerca dos procedimentos relacionados ao processo de inventário, cada profissional poderá indicar o valor a ser cobrado da maneira que melhor lhe convir desde que atenda ao especificado na tabela de honorários advocatícios da OAB e ainda de competência do advogado fazer uma análise minuciosa da minuta elaborada por parte dos tabelionatos e analisando assim se a mesma está de acordo com o estabelecido por lei.

É sabido que a busca por justiça ou por seus direitos pode ser difícil e lenta, e não poderia ser diferente com o poder judiciário que por vezes se manifesta de maneira lenta quanto as questões de necessidade levados a ele pelos cidadãos, sabendo da existência de tal situação e das dificuldades que ela traz as pessoas foi observado a necessidade criar proteção, e utilizar como instrumento as leis.

No início do ano de 2007, foi estabelecida uma reforma no poder judiciário, passando assim a fazer parte do nosso ordenamento jurídico, na qual a mesma foi estabelecida como a Lei 11.441/2007, passando a entrar em vigor de forma instantânea e por consequências trazendo consigo alterações no Código de Processo Civil de 1973, tornando possível, realizar inventário, partilha, divórcio e separação consensual, pelo meio da escritura pública, tornando possível que houvesse um desafogamento da demanda pelo Poder Judiciário.

5.2 CONCLUSÃO

Como finalização desta pesquisa ficou evidente que o ramo do direito das sucessões vem crescendo e com ele muito se tem comentado sobre os atos extrajudiciais. Na realização de inventário e partilha dos bens do espólio, ou seja, aquele que faleceu e deixou bens a serem partilhados, entende-se que a forma extrajudicial é uma das mais aconselháveis, pois é uma tentativa de melhorar o afogamento do poder judiciários, que nos últimos tempos sofreu bruscas mudanças quando se deparou com um congestionamento de processos, em virtude da demanda dos cidadãos para solucionar problemas.

O procedimento de inventário e partilha é de extrema importância pois sem ele atualmente não é possível realizar a partilha dos bens deixados pelo espólio, aos seus herdeiros, impossibilitando sem o procedimento, a venda se houver a necessidade dos mesmos. Ficou evidenciado ainda que cada passo no decorrer do procedimento é de grande importância, pois realizado de maneira segura garante a celeridade ao processo de partilha de bens.

Desta forma, é necessário se ter em mente que a realização de inventário e partilha não faz relação nenhuma com a existência de conflito entre as partes, mas é utilizado como instrumento para realização de bens de forma tranquila e pacífica entre as partes, com base na vontade já manifestada pelo falecido.

E possível observar ainda, que as partes estando de acordo com o disposto contexto do inventário e partilha, e o documento atender os requisitos necessários da escritura pública, o procedimento de se torna mais comum do que as partes podem imaginar, assim sendo como qualquer outro documento.

O presente trabalho possibilitou ainda conhecer fazer uma análise ao Código Civil e verificar o respaldo que os herdeiros podem encontrar durante o procedimento de inventário e partilha, e trazer a luz as obrigações que foram trazidas pela lei para aqueles que precisem recorrer ao poder judiciário, para a realização de inventário e partilha, que por vezes é realizado em tabelionato de Notas por meio de escritura pública e deixado de realizar pois as partes interessadas não possuem condições financeiras adequadas para pagar as custas inerentes ao procedimento, ou até mesmo não realizam o procedimento por acreditar que a demanda para a realização do processo é de extrema dificuldade.

E que por vezes para que se haja o desfogamento do poder judiciário e necessários que as partes optem pela forma mais correta, para que o processo de inventário seja benéfico e eficiente para todas as partes interessadas

Por fim, é possível concluir que com este trabalho, ficou evidente que por vezes o processo de inventário tem suas facilidades durante sua realização, e que existe a possibilidade de se recorrer a outros meios, com o respaldo necessário trazido pelas leis, dispostas atualmente, sendo possível observar ainda que o procedimento realizado por meio de escritura pública é considerado um dos menos burocráticos.

É importante ressaltar que o processo de inventário e partilha após a morte do de cujus, deve ser realizado seguindo os estabelecidos pela lei, da melhor forma que convir as partes, sendo o mesmo realizado de maneira extrajudicial por meio de escritura pública, ou até mesmo judicial por uma decisão de um juiz, devendo se compreender que tudo deve ser feito a luz da lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105 de 13 de março de 2015, Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 16 de março de 2015; 194: da Independência e 127: da República.

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

BENDLIN, Samara Loss; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Breve noção Histórica e Conceitual do Direito Sucessório. 2011. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil-familia-e-sucessoes/2334/breve-nocao-historica-conceitual-direito-sucessorio#:~:text=0%20Direito%20Sucess%C3%B3rio%20remota%20dos,falecimento%20do%20autor%20da%20heran%C3%A7a>. Acesso em: 10/08/2022.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Inventário e partilha judicial e extrajudicial. Rio de Janeiro. 2: edição. Editora forense, 2018.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz. Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais. Rio de Janeiro, 2: edição, 2010.

CAVALCANTI, Fabíola de Barros Lobo; Sucessão: do falecido para os herdeiros. IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1801/Sucess%C3%A3o%3A+do+falecido+para+os+herdeiros>. Acesso em: 20/08/2022.

Herdeiros Necessários. Normas legais. Disponível em: <https://www.normaslegais.com.br/juridico/herdeiros-necessarios.html>. Acesso em: 19/07/2022.

OLIVEIRA, Euclides; AMORIM, Sebastião. Inventário e Partilha, Teoria e Prática. São Paulo. 27: edição. Saraiva Jur; 2021.

Inventário Judicial: O Que é? Passo a passo de como funciona o processo. VLVA advogados. 2020. Disponível em: <https://vlvadvogados.com/inventario-judicial/#:~:text=0%20invent%C3%A1rio%20judicial%20%C3%A9%20a,invent%C3%A1rio%20que%20acontece%20na%20justi%C3%A7a>. Acesso em: 20/08/2022

REIS, Nazareno Cesar Moreira. Qual o passo a passo de um processo de abertura de inventário e como é feita? 2020. Disponível em: <https://cursoonlinenovocpc.jusbrasil.com.br/artigos/841247085/qual-o-passo-a>

passo-de-um-processo-de-abertura-de-inventario-e-como-e-feita-a-partilha#:β:text=0%20processo%20de%20invent%C3%A1rio%20e,do%20%C3%B3bito%20do%20de%20cujus. Acesso em: 22/08/2022.

MARINHO, Adriana. Nomeação de inventariante e seu papel no processo de inventario. 2016. Disponível em: <https://amandapmv.jusbrasil.com.br/artigos/354907909/nomeacao-do-inventariante-e-seu-papel-no-processo-de-inventario>. Acesso em: 23/08/2022.

MADALENO, Rolf. Entenda o conceito de meação no Direito de família. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/10/16/conceito-de-meacao/>. Acesso em: 20/08/2022;

PERLINGIERI, Pietro; DE CICCIO, Maria Cristina (org.). O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1.030-1.031.99

Quais são os custos decorrentes do inventario? Rabello Advocacia & Consultoria. 2020. Disponível em: <https://www.rabelloadvocacia.com.br/publicacao/quais-sao-os-custos-decorrentes-do-inventario>. Acesso em: 10/07/2022.

RODRIGUES, Thiago Augusto Tromps. Procedimento do Inventario Judicial e Extrajudicial, bem como a partilha de bens a luz, do CPC/2015. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95791/procedimento-do-inventario-judicial-e-extrajudicial-bem-como-partilha-de-bens-a-luz-do-cpc-2015>. Acesso em: 05/07/2022.

ZILLO, Ana Barbara. A ordem legal para nomeação de inventariante e sua flexibilização. 2020. Disponível em: <https://www.b18.com.br/a-ordem-legal-para-nomeacao-de-inventariante-e-sua-flexibilizacao/>. Acesso em: 18/08/2022.

BEVILÁQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. 6º Vol. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1939

53 OS IMPACTOS DO DANO EXISTENCIAL EM RAZÃO DA OFENSA AO DIREITO À DESCONEXÃO DO EMPREGADO EM REGIME DE TELETRABALHO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Aline de Menezes Gonçalves
Pablo Ribeiro de Almeida

RESUMO: Tendo em vista que a tecnologia possibilitou a existência do teletrabalho como nova forma de relação jurídica no direito do trabalho, esta pesquisa visa apresentar os impactos do dano existencial em razão da ofensa ao direito à desconexão do empregado em regime de teletrabalho sob uma perspectiva direcionada para o princípio da dignidade humana, a fim de demonstrar o prejuízo que tal ofensa causa na vida do teletrabalhador. Para tanto, é necessário o levantamento histórico da Revolução Industrial para a compreensão da necessidade da limitação da jornada de trabalho e apresentar considerações gerais sobre o teletrabalho. Além disso, identificar a relação do princípio da dignidade humana com o direito à desconexão e demais direitos fundamentais. Por último, a análise da violação do direito ao não trabalho com o dano existencial. Realiza-se, então, uma pesquisa teórica, com objetivos descritivos, a partir do método hipotético-dedutivo, com abordagem de análise qualitativa por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Diante disso, se verifica que a ofensa ao direito à desconexão traz prejuízos para a saúde, relação familiar e social do empregado, o que impõe a constatação de que essa violação desencadeia um dano existencial e impede que o teletrabalhador tenha uma vida digna.

PALAVRAS-CHAVE: Dano existencial. Direito à desconexão. Teletrabalho.

ABSTRACT: Technology has enabled the existence of telework as a new form of legal relationship in labor law. The aim did present the impacts of existential damage due to the violation of the employee's right to disconnection in telework from a perspective directed toward the principle of human dignity, to demonstrate the damage that such an offense causes in the life of the teleworker. Therefore, it is necessary to survey the history of the Industrial Revolution to understand the need to limit the working day and present general considerations about teleworking. In addition, to identify the relationship of the principle of human dignity with the right to disconnect and other fundamental rights. Finally, the analysis of the violation of the right not to work with the existential damage. Theoretical research is then carried out, with descriptive objectives, based on the hypothetical-deductive method, with a qualitative analysis approach through bibliographic and documentary research. Because of this, it appears that the offense to the right to disconnect cause harm to the employee's health, family, and social relationship, which imposes the finding that such violation triggers existential damage and prevents the teleworker from having a dignified life.

KEYWORDS: Existential damage. Right to disconnect. Telework.

1 INTRODUÇÃO

Constata-se que o avanço da tecnologia possibilitou uma nova forma de relação jurídica no direito do trabalho. Nesse sentido, surgiu o teletrabalho como uma nova espécie de labor realizado à distância, utilizando-se dos recursos tecnológicos, como o computador e a internet.

A princípio, é um regime vantajoso, já que o empregado pode executar suas atividades sem precisar se locomover até o espaço físico da empresa. Por outro lado, os meios tecnológicos que deveriam apenas auxiliar o empregado na execução de suas atividades podem servir para torná-lo refém do seu trabalho.

Assim, esta pesquisa tem como finalidade demonstrar os impactos do dano existencial em razão da ofensa ao direito à desconexão do empregado em regime de teletrabalho, sob a perspectiva direcionada para o princípio da dignidade humana.

Isso posto, para a explicação das dificuldades do problema de pesquisa, parte-se da hipótese de que a ofensa ao direito à desconexão impossibilita que o teletrabalhador concretize seu projeto de vida e aproveite sua existência, isto é, tenha uma vida digna.

No presente estudo, foi utilizada uma pesquisa teórica, com objetivos descritivos, a partir do método hipotético-dedutivo, com abordagem de análise qualitativa e procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, por meio da utilização de livros, artigos, assim como legislações e jurisprudência inerentes ao objeto de estudo.

Dessa forma, no primeiro capítulo, realiza-se uma pesquisa histórica sobre a Revolução Industrial e sua relação com a jornada de trabalho, descrevendo a relação desse período no reconhecimento do trabalhador como sujeito de direitos. Além disso, coleta-se informações sobre o conceito de teletrabalho, suas modalidades e o controle de jornada do teletrabalhador, bem como considerações sobre a Lei n. 14.442, de 2022.

Ademais, no segundo capítulo, realiza-se a identificação de como o princípio da dignidade humana está relacionado com o direito à desconexão do teletrabalhador. Além de identificar outros direitos fundamentais, como o direito à desconexão, à intimidade e vida privada, bem como informações sobre a síndrome do esgotamento profissional e o direito à saúde, ao descanso e ao lazer.

Por fim, no terceiro capítulo, apresentam-se considerações sobre o dano existencial, análise jurisprudencial acerca do tema e a relação do direito à desconexão no teletrabalho e o dano existencial com base nos dados anteriormente coletados.

2 ASPECTOS GERAIS DO TELETRABALHO

A princípio, objetiva-se esclarecer conceitos iniciais acerca do teletrabalho. Primeiro, um breve histórico da revolução industrial e sua relação com a jornada de trabalho. Em seguida, o conceito de teletrabalho. Depois, suas modalidades. Por fim, aborda-se sobre o controle da jornada do teletrabalhador e considerações a respeito da Lei n. 14.442, de 2022. Partindo dessas considerações, será possível construir um substrato teórico suficiente para avançar nas próximas discussões acerca do tema.

2.1 A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A JORNADA DE TRABALHO

Para compreensão da fixação dos limites da jornada de trabalho, é necessário um levantamento histórico acerca da Revolução Industrial, visto que no passado os trabalhadores eram submetidos a cargas exaustivas de trabalho, bem como não havia regulamentação do tempo destinado ao labor. Por isso, primeiramente, se faz necessário a abordagem desse acontecimento.

Certamente, as transformações tecnológicas é uma realidade na sociedade contemporânea. Cada vez mais é possível notar o trabalho humano sendo substituído pelas máquinas. Com efeito, foi a Revolução Industrial que deu início a essas mudanças, possibilitando, por meio das máquinas, a existência de muitos produtos que são atualmente consumidos ou utilizados (DECCA; MENEGUELLO, 2009).

A Revolução Industrial se refere às transformações sociais, técnicas e econômicas ocorridas nos séculos XVIII e XIX, na Inglaterra, que depois alcançou a Europa e os Estados Unidos (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018). Logo, percebe-se que foi um acontecimento que não ficou limitado apenas à Inglaterra.

Ademais, o cotidiano da maioria dos que viviam na Europa antes da Revolução Industrial era mais tranquilo, tendo em vista que a localidade compreendia áreas rurais. Assim, a produção, como as plantações e a criação de animais, tinha o sustento como principal finalidade, e somente o que sobrava da agricultura e peças de

artesanato eram vendidos (DECCA; MENEGUELLO, 2009). Desse modo, não era necessário um controle específico do tempo destinado ao trabalho.

Somado a isso, Martins Filho (2019) destaca que o desenvolvimento industrial afetou a agricultura, ocasionando o êxodo rural dos trabalhadores, bem como o empobrecimento. Conforme o autor, os camponeses não tinham possibilidade econômica de competir com as máquinas movidas a vapor, por isso, mudavam-se para as cidades em busca de uma vida melhor, por meio do trabalho nas fábricas.

Entretanto, com o trabalho fabril, as pessoas passaram a aumentar a preocupação com o controle do seu tempo. Quando só existia o trabalho para o próprio sustento e o artesanal, não havia uma separação exata entre o período de trabalho e o tempo destinado ao lazer ou descanso, sendo desnecessário controlar a quantidade de horas destinadas ao trabalho; já com as fábricas, o tempo determinado pelo patrão passou a ser valorado pelo dinheiro (DECCA; MENEGUELLO, 2009).

Dessa forma, o relógio, que era um item apenas de admiração adquirido por quem tinha uma condição financeira alta, começou a ser implementado para controlar o tempo das pessoas, assim, quem muito trabalhava era produtivo, do contrário, quem perdia tempo, era tido como improdutivo e preguiçoso (DECCA; MENEGUELLO, 2009). Logo, para o empregado ser visto de forma positiva pelo patrão, era necessário atender às demandas e jornadas incessantes das fábricas e se adaptar ao novo modelo de vida acelerada.

Nesse contexto, nota-se que, com a crescente industrialização, o trabalho exercido manualmente foi sendo substituído pelas máquinas. Se por um lado, a economia passava por uma transformação significativa por conta da produção em massa, por outro, a vida das pessoas que trabalhavam nas fábricas foi afetada, já que passaram a ser controladas pelas máquinas, por meio de uma jornada exaustiva que só beneficiava o patrão.

Ademais, a falta de regulamentação do trabalho nas fábricas deu ensejo a uma série de explorações dos trabalhadores. No que se refere à jornada, os operários laboravam entre 14 a 16 horas por dia em troca de um salário insuficiente (MARTINS FILHO, 2019). Só para ilustrar, os operários que trabalhavam nas fábricas de pregos na Inglaterra laboravam das quatro da manhã às dez da noite (DECCA; MENEGUELLO, 2009). Em razão disso, surgiu a necessidade de garantir a proteção dos trabalhadores.

Desse modo, para os donos das fábricas, o surgimento das máquinas foi vantajoso, uma vez que não havia regulamentação do trabalho e quem estabelecia as regras eram os próprios patrões. Porém, percebe-se que, do ponto de vista do trabalhador, foi um momento de exploração, pois, como precisavam mudar para as cidades em busca de uma vida melhor, se submetiam às condições impostas. Enfim, as pessoas que tinham uma vida tranquila no campo, bruscamente passaram a ser controladas pelo ritmo das máquinas.

Conforme apontam Jorge Neto e Cavalcante (2018, p. 14), “[...] a única diferenciação existente entre o trabalho ‘livre’ na Revolução Industrial e o escravo é o pagamento dos salários (parcos valores)”. Segundo os doutrinadores, os operários chegavam até mesmo a dormirem nas fábricas em busca de atingir a produção estabelecida pelo superior. Desse modo, havia excesso de jornada de trabalho mediante o pagamento de um salário muito baixo.

Em razão disso, nasceram as primeiras associações e movimentos da classe operária. As reivindicações de direitos trabalhistas incluíam a limitação da jornada de trabalho, que somente após vários anos teve a intervenção do Estado para a proteção do trabalhador hipossuficiente (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018). Logo, o período da Revolução Industrial foi um acontecimento que deu origem ao Direito do Trabalho.

Nesse contexto, Porto e Lourenço Filho (2022, p. 13) ressaltam que “a história do Direito do Trabalho é marcada pelo reconhecimento do trabalhador como sujeito de direitos, com a subsequente afirmação de que o trabalho não é mercadoria [...]”. Sendo assim, o trabalhador, antes reconhecido apenas pela sua força braçal para o desempenho do trabalho nas fábricas, começou a ser valorizado.

Portanto, o surgimento das máquinas durante a Revolução Industrial fez com que as pessoas se locomovessem para os centros urbanos em busca de trabalho. No entanto, encontraram um ambiente de exploração, em que foram submetidos ao excesso de jornada. Por isso, foi necessário a intervenção do Estado para

regular as relações de trabalho e proporcionar proteção para a parte mais fraca da relação jurídica, isto é, o trabalhador.

2.2 CONCEITO DE TELETRABALHO

É possível afirmar que o avanço tecnológico possibilitou uma nova forma de relação jurídica no direito do trabalho. O regime de teletrabalho é uma espécie de labor em que o empregado não precisa estar presente nos espaços físicos da empresa (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018). Assim, as atividades laborais podem ser desempenhadas mesmo não estando no mesmo local que o empregador.

Ademais, conforme Calvo (2022, p. 36), no sentido terminológico, tem-se que: “teletrabalho (tele vem do grego e significa ‘longe’, distância, e trabalho significa ‘atividade profissional’)”. Portanto, é o labor exercido pelo empregado com o uso dos recursos tecnológicos prestado à distância.

Ainda, segundo Jorge Neto e Cavalcante (2018, p. 286), no teletrabalho:

[...] (a) geralmente, a atividade é realizada a distância, ou seja, fora dos limites de onde os seus resultados são almejados; (b) as ordens são dadas sem condições de se ter o controle físico ou direto da execução. O controle é ocasionado pelos resultados das tarefas executadas; (c) as tarefas são executadas por intermédio de computadores ou de outros equipamentos de informática e telecomunicações.

Dessa maneira, o empregado pode exercer suas atividades laborais em um ambiente diverso da empresa. Além disso, embora tenha o compromisso de executar e entregar as obrigações inerentes ao cargo em que ocupa, não há um controle direto na execução. Por último, o trabalho é realizado por meio da tecnologia.

Ademais, conforme os ensinamentos de Martins Filho (2019), tem-se que o teletrabalho é o resultado da substituição dos homens pelas máquinas por meio do avanço tecnológico que teve início na década de 70. Acresce que nessa época ocorreu a crise do petróleo e o aumento da inflação nos países industrializados. Em virtude disso, o desemprego e a instabilidade nas relações laborais aumentaram (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018).

Ademais, o avanço da tecnologia que ocorria na época também contribuiu para a diminuição dos postos de trabalho em diversos ramos da economia, período em que o teletrabalho começou a aparecer de forma significativa (DELGADO, 2019). Nesse aspecto, não é um formato de trabalho que começou ser difundido apenas agora. Seu surgimento ocorreu vários anos atrás, em um período marcado pela instabilidade econômica e desenvolvimento tecnológico.

Nesse passo, o teletrabalho se manifesta como uma nova forma de exercer as atividades laborativas. Isto é, começou a ser flexibilizado o modelo padrão de trabalho realizado às dependências do empregador e sob sua vigilância. Atualmente, o número de trabalhadores que passaram a executar suas atividades em ambientes virtuais tem aumentado significativamente (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2020).

Conforme Martinez (2022, p. 145), são exemplos de atividades executadas por meio das vias telemáticas:

[...] contabilidade, assessoramento jurídico, consultorias de modo geral, marketing digital, teleaulas, tradução, revisão de textos, gerenciamento remoto, serviço de atendimento ao consumidor, atualização de sites, conserto de softwares e outras atividades do gênero.

Assim, perante a nova forma de labor que a tecnologia proporcionou, surgiu a necessidade de regulamentação desse regime. Dessa maneira, em 2017, a Reforma Trabalhista, por intermédio da Lei n. 13.467, disciplinou, pela primeira vez, o teletrabalho nos artigos 75-A a 75-E, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Com isso, o art. 75-B da CLT passou a conceituar teletrabalho como “[...] a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (BRASIL, 2017). Em suma, a maior parte do tempo de labor precisava acontecer fora do espaço físico da empresa.

Acresce que o mencionado artigo também determinou que para a caracterização do teletrabalho, não poderia ser constituído como trabalho externo. Conforme aponta Martinez (2022), existe uma ausência física da sede do empregador, entretanto, o empregado executa suas atividades de forma virtual, ou seja, é um trabalho interno virtual. Portanto, a execução das tarefas laborativas acontece por meio de computadores ou demais equipamentos de informática (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018).

Por fim, o art. 75-B, parágrafo único, da CLT, também previa que não haveria descaracterização do teletrabalho quando o empregado comparecesse na empresa para realizar atividades específicas que exigissem sua presença (BRASIL, 2017). Sendo assim, o teletrabalhador poderia trabalhar nas instalações do empregador por um dia ou dois, por exemplo, desde que o serviço fosse executado fora das dependências do empregador na maioria das vezes (CALVO, 2022). Dessa forma, para o regime não ser descaracterizado, o comparecimento precisava ser mínimo.

2.3 MODALIDADES DE TELETRABALHO

Primeiramente, é essencial estabelecer a diferença de teletrabalho e trabalho em domicílio. Embora o teletrabalhador também possa desempenhar sua função laboral estando em sua casa, não existe proibição em relação a outros locais. Em outras palavras, o teletrabalho é mais amplo e flexível. Nesse sentido, Leite (2022, p. 121) entende que:

O teletrabalho é uma espécie de trabalho a distância, e não de trabalho em domicílio. A razão é simples: o teletrabalho não se limita ao domicílio, podendo ser prestado em qualquer lugar. Na verdade, o teletrabalho ocorre em ambiente virtual e, como tal, é situado no espaço, não se alterando, portanto, a definição de localidade [...].

Percebe-se que não faz diferença o espaço físico que o teletrabalhador está executando suas atividades, tendo em vista que as atividades ocorrem por meio dos recursos tecnológicos. Por isso, o teletrabalho também pode ser executado no domicílio, mas não está condicionado somente a esse local.

De acordo com Delgado (2019), o teletrabalho pode surgir na modalidade home office, uma forma moderna de trabalho em domicílio que utiliza a tecnologia, como a internet e a informática. Entretanto, o autor destaca que não se confunde com o tradicional trabalho em domicílio como, por exemplo, as costureiras, as doceiras, trabalhadores no setor de calçados, dentre outros. Assim sendo, o home office é uma forma de fazer referência ao teletrabalho realizado por intermédio da tecnologia na residência do trabalhador.

Ademais, outra modalidade de teletrabalho é o executado em telecentros, ou seja, é um espaço designado para o desempenho do teletrabalho, no entanto, não precisa necessariamente pertencer a empresa do empregador (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018). Assim, é um ambiente separado para o teletrabalhador exercer suas atribuições, isto é, sua rotina acontece em um endereço diferente da sua casa.

Além disso, conforme Basile (2018), outra modalidade é o trabalho remoto, quando não existe um endereço fixo, ou seja, o empregado permanece conectado, mas de forma itinerante. Por outro lado, Jorge Neto e Cavalcante (2018) conceituam essa modalidade como trabalho nômade. Dessa forma, se trata daquele empregado que não tem um ambiente de labor determinado, podendo exercer suas atividades alternando de localidade.

Jorge Neto e Cavalcante (2018) ainda acrescentam uma outra modalidade, o teletrabalho transnacional. Conforme os referidos autores, nesse tipo de trabalho, parte do trabalho é realizado por pessoas que se encontram em outros países, por meio da troca de informações. Sendo assim, a empresa pode ter trabalhadores exercendo atividades em outras localidades do mundo.

2.4 DO CONTROLE DE JORNADA DO TELETRABALHADOR

A Constituição Federal (CF), no artigo 7º, inciso XIII, estabelece que a duração do trabalho será de até 8 horas diárias e 44 horas semanais (BRASIL, 1988). Nessa concepção, quando o trabalho realizado ultrapassar o

limite estipulado, será tido como extraordinário, com acréscimo de no mínimo em 50% sobre o valor da hora normal, nos termos do artigo 7º, inciso XVI da CF (BRASIL, 1988). Portanto, é um direito constitucional do trabalhador o recebimento de horas extras.

Em 2011, o artigo 6º da CLT, com nova redação, passou a prever que não existe distinção entre o labor executado no estabelecimento do empregador, o realizado em domicílio, bem como o trabalho à distância. Além disso, o parágrafo único estabeleceu que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica [...]” (BRASIL, 2011). Ou seja, a princípio, não foi determinada nenhuma diferença entre o trabalho realizado à distância e o presencial.

No entanto, a subordinação mencionada no referido artigo se refere à caracterização da relação de emprego. Logo, não significa que os empregados que laboram à distância estejam sempre sujeitos ao controle de jornada (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018). Além disso, a Reforma Trabalhista incluiu o inciso III, no art. 62 da CLT (BRASIL, 2017), estabelecendo a exclusão do regime de teletrabalho do controle de jornada. Com isso, em regra, nenhum teletrabalhador fazia jus às horas extraordinárias, mas mantinham a condição de empregado.

Convém ressaltar que a não incidência de horas extraordinárias não deve ser absoluta. Sendo assim, se o empregado comprovar que tinha sua jornada de trabalho controlada pelo empregador, a exclusão prevista na CLT deve ser afastada, uma vez que ela é presumida (DELGADO, 2019). Enfim, o teletrabalhador não faz jus à jornada suplementar apenas quando não existir o controle do período de trabalho pelo empregador.

Martinez (2022) reforça que a proibição absoluta da possibilidade de horas extraordinárias no teletrabalho ofende à Constituição. Por isso, conforme o referido autor, por meio de prova testemunhal, por exemplo, é possível requerer o pagamento de horas extras. Sendo assim, afastar a incidência das horas extraordinárias em todos os casos contraria a previsão estabelecida na Carta Magna, já que a exclusão do controle de jornada não é absoluta.

Assim, devido à exclusão do controle de jornada, o teletrabalhador possui maior liberdade de horários na execução de suas tarefas laborativas, escolhendo o melhor momento para trabalhar. Porém, conforme entendimento doutrinário, fará jus ao pagamento das horas extraordinárias quando constatado que o empregado era submetido a um controle de jornada, trabalhando além do limite estabelecido na Constituição.

Além disso, como o teletrabalho é realizado à distância, o empregador também utiliza dos recursos tecnológicos para fazer sua comunicação com o empregado. Dessa forma, segundo Leite (2022), a subordinação jurídica acontece por meio de computadores, relatórios, ligações por meio de celulares, sistema de logon e logoff, câmeras, dentre outros. Com isso, pode acontecer de o teletrabalhador receber uma fiscalização que excede os limites da subordinação, uma vez que a tecnologia dificulta a total desconexão do ambiente laboral nos momentos de descanso.

Ademais, cabe aos que trabalharam em jornada extraordinária a comprovação das horas extras (MARTINEZ, 2022). Sendo assim, o teletrabalhador pode ter seu direito de desconexão violado com mais facilidade, já que, em caso de excesso de jornada, deverá produzir os meios de provas. Para Melo (2019), não há justificativa sobre a impossibilidade de controle da jornada diante dos recursos tecnológicos disponíveis que possibilitam o empregador monitorar cada passo do teletrabalhador.

Acresce que a CLT não tratou do direito à desconexão nas regras estabelecidas sobre o teletrabalho (DELGADO, 2019). Em virtude disso, não existe limitação quanto ao excesso de conexão nessa espécie de labor. Desse modo, nota-se a dificuldade em separar os horários de trabalho e os destinados ao descanso do teletrabalhador, principalmente pelo fato da não incidência do controle de jornada nesse regime de trabalho. Assim, pode acontecer de o empregado passar mais tempo conectado trabalhando do que se estivesse presencialmente no espaço físico da empresa.

2.5 NOVA REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO

Convém salientar que a Lei n. 14.442, que entrou em vigor em setembro de 2022, referente à conversão da Medida Provisória n. 1.108 de 2022, alterou a regulamentação do teletrabalho prevista pela Reforma Trabalhista de 2017. Desse modo, serão apresentadas considerações sobre as principais mudanças.

A inclusão do §2º no artigo art. 75-B da CLT (BRASIL, 2022) possibilita que exista o teletrabalho por jornada. Ademais, o art. 62, III da CLT (BRASIL, 2022) passou a excluir do controle de jornada apenas os teletrabalhadores que prestam serviço por produção ou por tarefa.

Dessa forma, a não incidência do controle de jornada era para todos os teletrabalhadores. Com a atual legislação, pode existir o regime de teletrabalho controlado por jornada. Logo, a exclusão do controle de jornada é somente para o teletrabalho por produção ou tarefa.

Além disso, o artigo 75-B, caput, da CLT (BRASIL, 2022), passou a conceituar o teletrabalho também como trabalho remoto, podendo ser realizado preponderante ou não fora das dependências do empregador. No entanto, continua a proibição da configuração do trabalho externo.

Conforme verificado anteriormente, a Reforma Trabalhista e o entendimento doutrinário previam que a maior parte do trabalho deveria ocorrer à distância. Contudo, a nova redação do artigo 75-B, caput, da CLT (BRASIL, 2022), estabelece que o trabalho realizado fora das dependências da empresa não precisa ser preponderante. Além disso, foi incluído o §1º, permitindo o comparecimento, ainda que de modo habitual, na empresa, para realização de atividades que necessitam da presença do trabalhador.

Para Calcine e Moares (2022), se trata do reconhecimento do trabalho híbrido. Em outras palavras, que pode ser alternado entre o espaço físico da empresa e o trabalho à distância, sem necessidade da maior parte ser fora das dependências da empresa, conforme previa a Reforma Trabalhista.

Há de ressaltar que, ainda que seja possível adotar o teletrabalho por jornada, o risco de ofensa ao direito à desconexão continua existindo, haja vista que o teletrabalho é executado por meio de recursos tecnológicos, bem como ainda existirão teletrabalhadores excluídos do controle de jornada, ou seja, por produção ou tarefa.

Nesse contexto, o art. 75-B, §5º da CLT (BRASIL, 2022), incluído pela Lei n. 14.442, de 2022, prevê que:

O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, bem como de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Dessa forma, conforme apontam Calcine e Moraes (2022), isso continuará acarretando discussões no judiciário, uma vez que o legislador não deixou claro referente ao direito à desconexão. Por fim, considerando as informações apresentadas no presente capítulo, passa-se agora à identificação dos aspectos relacionados com a dignidade da pessoa humana.

3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Inicialmente, deve-se reconhecer que a dignidade da pessoa humana foi positivada na Carta Magna pelo poder constituinte originário, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Conforme o artigo, faz parte do fundamento do Estado Democrático de Direito. Em razão disso, se trata de um princípio constitucional.

Nessa perspectiva, como a dignidade humana é a base que emana todo o ordenamento jurídico, certamente no direito do trabalho não seria diferente, uma vez que todo trabalhador, independente de qual seja a relação de trabalho, em primeiro lugar, é uma pessoa humana (LEITE, 2022). Por conseguinte, o empregado em regime de teletrabalho, que por meio dos recursos tecnológicos exerce o seu labor, também é alcançado pela proteção desse princípio. Portanto, qualquer ofensa à dignidade do empregado é também uma afronta à própria Constituição.

Assim, pode-se dizer que o direito à desconexão do teletrabalhador está relacionado à proteção da sua dignidade. Seja qual for o instituto que disponha sobre o descanso ao trabalhador, se trata de norma de ordem pública, que busca pela efetivação do princípio de proteção à dignidade humana e também do trabalho (CARDOSO, 2015). Logo, devido a importância do descanso para uma boa qualidade de vida, não é possível renunciar às normas que versam sobre essa matéria.

Ademais, Conforme Barroso (2022), a ideia de dignidade tem relação com o valor intrínseco de todos os seres humanos. O autor aponta que esse valor “[...] se manifesta no imperativo categórico Kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros” (BARROSO, 2022, p. 89, apud KANT, 2004, p. 69). Ainda conforme o referido autor, é o reconhecimento da posição especial do ser humano no mundo que o diferencia das demais coisas.

Nessa perspectiva, não é possível uma vida digna quando os projetos de vida do trabalhador são frustrados pela conduta ilícita do empregador, fazendo com que o indivíduo não consiga aproveitar sua existência fora do ambiente de trabalho. Logo, a dignidade humana está relacionada com a liberdade do indivíduo em poder escolher os planos para sua vida, sem interferência de outras pessoas.

Outrossim, conforme Cardoso (2015), apesar de parecer que o direito ao descanso é um tema sem muita dificuldade de aceitação, nem sempre foi dessa forma. Nesse sentido, houve épocas em que o trabalho não tinha respaldo na proteção da dignidade. Conforme aponta o referido autor, não há possibilidade de existir trabalho digno sem disponibilizar o tempo essencial para a reposição das energias físicas e mentais do trabalhador. Em resumo, para a preservação da dignidade é indispensável que exista o momento de descanso.

Somado a isso, os direitos fundamentais também possuem respaldo no princípio da dignidade humana. Conforme os ensinamentos de Barroso (2022, p. 89):

Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, os direitos fundamentais foram criados com um olhar direcionado para o princípio da dignidade humana, posto que a finalidade é a existência digna do ser humano. Em razão disso, esses direitos também alcançam as relações laborais.

Conforme Leite (2022), se trata da eficácia horizontal, ou seja, o reconhecimento de que existe desigualdade entre os particulares, haja vista que as relações de trabalho ocorrem entre aquele que tem o poder empregatício e o empregado hipossuficiente e vulnerável. Assim, a eficácia dos direitos fundamentais também é aplicável no regime de teletrabalho para proteção do trabalhador.

Com efeito, haverá afronta ao princípio da dignidade quando algum direito fundamental for violado em decorrência do excesso de conexão. Por exemplo, quando houver danos à saúde, privação de desfrutar dos momentos de lazer ou interferência no direito à intimidade e vida privada. Inquestionavelmente, o teletrabalhador é humano. Logo, esse também faz jus a todos os direitos que versam sobre uma existência digna. Sobre o exposto, destaca Martinez (2022, p. 23) que:

Se o trabalho por conta própria, realizado para fins de sobrevivência, já possuía em si a ideia de pena, o trabalho por conta alheia impôs um sentimento bem mais negativo. É que as ideias mais remotas em torno do assunto sempre relacionaram o trabalho ao sofrimento e à dor. São recentes as concepções do trabalho como atributo de dignidade.

Sendo assim, a ideia de trabalho não tinha respaldo na dignidade e era tido como sinônimo de dor e angústia, tendo em vista que no passado os trabalhadores eram submetidos a jornadas excessivas de trabalho. Em razão disso, não tinham uma boa qualidade de vida. Portanto, a efetivação do direito ao descanso do empregado é uma forma de evitar o retrocesso para épocas em que o trabalhador não era visto como sujeito de direitos.

3.1 DO DIREITO À DESCONEXÃO

No passado, os trabalhadores foram surpreendidos pela Revolução Industrial, precisando se adaptar ao novo ritmo das máquinas a vapor, já que o trabalho era executado até o limite da exaustão (MELO, 2019). Atualmente, a vida diante das transformações tecnológicas que acontecem a todo momento também impõe aos

trabalhadores um cotidiano cada vez mais acelerado, principalmente no teletrabalho, já que as atividades laborativas são exercidas por meio da tecnologia.

Nesse contexto, conforme Melo (2019), a tecnologia facilitou a comunicação entre o empregado e seu empregador, por meio dos aparelhos celulares, notebooks, smartphones, mas também contribuiu para a restrição da liberdade do trabalhador. O autor destaca que o empregado é psicologicamente afetado, uma vez que passa sofrer de ansiedade, esperando ser convocado por seu superior a qualquer momento. Por isso, é necessário que o teletrabalhador, de forma efetiva, consiga aproveitar o período de descanso para recomposição mental e física.

O direito à desconexão está relacionado ao não trabalho, de poder usufruir do tempo livre, desfrutando dos momentos de lazer sem receber interferência do empregador (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2020). Se por um lado, a tecnologia associada às atividades laborativas pode proporcionar maior flexibilidade ao trabalhador, por outro também contribui para o excesso de fiscalização por parte do empregador (MELO, 2019). Em virtude disso, é essencial a total desconexão do ambiente laboral, para que não haja nenhuma intervenção no momento de descanso.

Isso posto, o teletrabalhador possui maior flexibilidade, por não precisar se locomover até a empresa. No entanto, é um regime de trabalho em que o empregado pode ter dificuldades para desconexão nos momentos em que não está laborando. O indivíduo pode estar em momentos de lazer com sua família e ser solicitado para alguma demanda laboral, por exemplo.

Embora a desconexão laboral não esteja de forma explícita na legislação pátria, ainda assim é um direito inerente ao trabalhador. Dessa forma, se trata de um direito fundamental implícito no ordenamento jurídico, que decorre dos demais direitos, como o lazer, a privacidade e a limitação da jornada de trabalho, a saúde, além de estar diretamente relacionado com o princípio da dignidade humana (SCALZILLI, 2020). Por isso, entende-se que desconectar-se também é um direito fundamental.

Por vezes, o próprio trabalhador pode se submeter ao excesso de conexão e deixar de reivindicar seu direito ao descanso, visto que o medo de ser demitido e perder o emprego faz com que o empregado esteja sempre à disposição do empregador (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2020). Além disso, como o teletrabalho é executado por intermédio da tecnologia, existe uma certa dificuldade de conseguir separar a vida pessoal da profissional, ou seja, a tecnologia pode cooperar para uma jornada de trabalho exaustiva (MELO, 2019).

Ademais, outro ponto negativo do teletrabalho é o fato de o empregado estar sozinho, isolado dos demais trabalhadores. Isso pode ensejar no enfraquecimento da luta de classe, já que o indivíduo tende a evitar se associar, dificultando a atuação sindical (MARTINEZ, 2022). Logo, existe uma possibilidade maior de interferência no direito à desconexão nessa modalidade de trabalho.

Convém salientar que o trabalho tem impacto direto na vida das pessoas. Dessa forma, só existe uma vida digna se as atividades laborativas estiverem em obediência com as normas trabalhistas, pois tal violação afeta o espaço pessoal do trabalhador, fazendo com que experimente uma vida sem sentido (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2020). Nessa concepção, o direito ao descanso está relacionado com a dignidade humana e do trabalho (CARDOSO, 2015). Em síntese, não é possível uma vida digna se o trabalho não for digno.

Dessa maneira, nota-se que a desconexão das atividades laborais no regime de teletrabalho para o descanso e recomposição física e mental é um direito do trabalhador. Embora não exista previsão expressa na legislação que garanta o direito de se desligar do ambiente laboral, é possível identificar por meio de outras normas fundamentais. Além disso, possui relação com a dignidade humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil.

3.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

A inviolabilidade da intimidade e da vida privada é prevista como direito fundamental nos termos do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Se trata de um direito inerente à existência. Em razão disso, pode ser caracterizado como a efetivação do princípio da dignidade humana (SANTOS; MIRANDA, 2017). Nesse aspecto, para preservação da dignidade do teletrabalhador, deve-se proteger também esses direitos fundamentais.

Ademais, conforme Vasconcelos (2020), ainda que as expressões sejam utilizadas como sinônimos, elas possuem significados distintos, isto é, a intimidade se trata de uma esfera sigilosa, a forma de ser do indivíduo, por exemplo, os segredos, a opção sexual. Por outro lado, o referido autor aponta que a vida privada se trata das relações sociais, que devem ser desconhecidas do público.

Nesse sentido, Moraes (2021 p. 89, apud FERREIRA, 1997, p. 35) reforça que:

Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Desse modo, a intimidade tem um aspecto mais reservado, em que o acesso é muito restrito, normalmente apenas para os familiares; já a privacidade possui uma camada protetiva menor, mas que existe (TAVARES, 2022). Ou seja, a diferença entre os dois termos se trata de uma construção doutrinária, uma vez que o legislador não estabeleceu tal diferenciação. Para efeitos de aplicação no teletrabalho, adota-se o conceito apresentado.

Se por um lado o regime de teletrabalho é vantajoso na medida em que o empregado quando labora de sua residência tem mais tempo disponível para passar com sua família e economia do tempo de deslocamento, por outro pode ocasionar na diminuição e dificuldade de fiscalização dos direitos do trabalhador (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018). Assim sendo, o trabalho realizado à distância também possui desvantagens. Como resultado, o teletrabalhador pode ter dificuldades para separar sua vida pessoal do trabalho.

Em razão disso, quando não é possível se desconectar do labor para descansar, ocorre também violação ao direito à intimidade e privacidade, tendo em vista que a interferência impede que o empregado desfrute do seu momento íntimo e tenha relações humanas. Por conseguinte, não há a concretização de uma vida digna, pelo contrário, a vida aprisionada ao mundo tecnológico pode contribuir para o desenvolvimento de doenças.

Assim, o respeito a esses direitos fundamentais é o mínimo para a existência de uma vida baseada na dignidade, uma vez que a inviolabilidade da intimidade e vida privada se refere ao direito de estar sozinho do empregado ou de escolher, de forma limitada, quem são as pessoas que deseja se relacionar no momento em que não está laborando (SANTOS; MIRANDA, 2017). Logo, há afronta a esses direitos quando o empregador interfere no direito de desconexão para monitorar o que o empregado está fazendo ou solicitar a realização de alguma tarefa.

Convém ressaltar que o teletrabalhador é o hipossuficiente da relação jurídica, ou seja, a parte mais fraca. Dessa forma, o avanço da tecnologia contribuiu para o aumento da desigualdade, uma vez que é por meio dos diversos mecanismos tecnológicos, por exemplo, aplicativos como telegram e whatsapp, smartphones, e-mails, que o empregado pode ser mantido constantemente conectado recebendo ordens (SANTOS; MIRANDA, 2017).

Ainda, conforme Santos e Miranda (2017), diferente do trabalho tradicional em que o momento de intimidade e privacidade se dá com a ausência do trabalhador, no teletrabalho acontece por meio do desligamento dos meios de comunicação e conexão, por isso a dificuldade de existir os intervalos de descanso e de encerramento da jornada de trabalho. Assim, impedir que o trabalhador tenha o direito ao descanso é uma ofensa à essência da liberdade do ser humano (CARDOSO, 2015).

Por certo, é necessário que o empregado cumpra com as responsabilidades referentes às atividades laborais em que foi contratado para desempenhar. Entretanto, percebe-se que o uso da tecnologia de forma desenfreada contribui para o excesso de trabalho e de fiscalização. Com isso, a vida pessoal do trabalhador é prejudicada, posto que a conexão incessante impede que o trabalhador tenha o direito de estar sozinho e de se relacionar.

3.3 A SÍNDROME DO ESGOTAMENTO PROFISSIONAL E O DIREITO À SAÚDE, AO DESCANSO E AO LAZER

Aponta-se que, antigamente, quando um empregado completava sua jornada de trabalho, a continuidade das suas obrigações acontecia somente no dia seguinte (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2020). Dessa maneira, o trabalhador, ao encerrar sua jornada, conseguia se desligar totalmente do trabalho. Em razão disso, era mais fácil estabelecer a limitação da jornada do trabalhador.

No entanto, com o surgimento da tecnologia, nasceu também a necessidade de estar conectado o tempo todo, isto é, uma nova forma de vida que pode trazer sérios prejuízos para vida do trabalhador, como a restrição do tempo livre, a dificuldade de ter momentos de lazer, além de sofrer interferência na vida familiar (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2020). Logo, o excesso de conexão pode contribuir para o surgimento de doenças.

Nesse sentido, vale registrar o posicionamento de Leite (2022, p. 281):

[...] é no período de descanso que o trabalhador tem a possibilidade de estar com seus amigos e familiares, o que contribui para uma maior satisfação pessoal e, conseqüentemente, reduz a probabilidade de advirem doenças de ordem psicológica, tais como: depressão, isolamento social, síndrome de Burnout, dentre outras.

Com efeito, a saúde do teletrabalhador é afetada quando impedido de se desconectar do trabalho e ter momentos com sua família e amigos, se divertir, fazer atividades físicas, dormir adequadamente ou fazer qualquer outra atividade que traga satisfação pessoal. Desse modo, o direito de desligar-se é fundamental para a garantia do bem-estar do trabalhador, contribuindo também para a sua produtividade (MELO, 2019). Assim, as jornadas excessivas diante da conexão ininterrupta afrontam o direito de descansar, de desfrutar dos momentos de lazer e de ter uma vida saudável.

Ademais, as jornadas incessantes podem dar causa a síndrome de burnout. Conforme o Ministério da Saúde, essa síndrome também é denominada de síndrome do esgotamento profissional (BRASIL, 2020).

Segundo Rodrigues, “o termo burnout vem da língua inglesa e remete ao extinguir de uma chama, com perda de energia, entusiasmo, dedicação e disposição em dedicar-se ao próximo” (2019, p. 414 apud MASLACH, 1982). Assim sendo, ainda conforme o autor, se trata de uma exaustão emocional, ou seja, uma sensação de ter alcançado o limite, falta de energia, esgotamento físico e mental em decorrência do estresse no trabalho. Isto é, o indivíduo se sente esgotado em razão do excesso de labor.

Nesse sentido, para Leite (2020), o excesso da jornada de trabalho é um fator que contribui para o surgimento da síndrome. Ainda segundo o referido autor, a tensão emocional e o estresse em decorrência das jornadas exaustivas desencadeiam um esgotamento físico, fazendo com que o desempenho no trabalho fique prejudicado, já que o indivíduo está esgotado. Diante disso, percebe-se que a ofensa ao direito de desconectar do trabalho para recomposição das energias pode acarretar na manifestação dessa síndrome.

Convém salientar que o excesso de conexão laboral está diretamente relacionado com a quantidade de trabalho que será desenvolvido diariamente, tendo em vista que a tecnologia pode aumentar de forma significativa a fiscalização (MELO, 2019). Desse modo, a conexão ininterrupta faz com que o teletrabalhador sempre possua tarefas para cumprir. Logo, quanto mais tempo conectado, mais trabalho tem para desenvolver.

É nesse cenário que a síndrome de burnout surge, posto que o excesso de atividade laboral pode fazer com que o trabalhador chegue ao seu limite. Assim, o profissional começa a ter sintomas como mudanças de humor, ansiedade, baixa autoestima, pessimismo, isolamento, sentir um forte cansaço, dificuldade para dormir, pressão alta, enxaqueca, lapsos de memória, entre outros (LEITE, 2020).

Ademais, convém ressaltar que a saúde e o lazer são direitos sociais com previsão no art. 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Além disso, esses direitos não possuem condicionamento quanto quem deve ser o beneficiário. Logo, não há restrição de quem pode ser o titular, já que é uma forma de estabelecer igualdade social dos hipossuficientes (TAVARES, 2022). Por isso, esses direitos também alcançam o teletrabalhador, que, antes de tudo, é uma pessoa humana, além de estar em condição de desigualdade na relação jurídica.

Assim, o teletrabalhador não pode sofrer interferência do empregador durante o período em que não está trabalhando. O lazer possui relação direta com o princípio da dignidade humana, já que é essencial para manutenção da saúde mental e física, bem como para que o empregado consiga desenvolver vínculos sociais e familiares (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2020). Dessa maneira, a mitigação do período de descanso impede que o teletrabalhador consiga aproveitar seu tempo livre da maneira como quiser, acarretando danos a sua saúde.

Ademais, Cardoso (2015) reforça que o descanso não só previne a fadiga física e mental, mas também contribui para o desenvolvimento do trabalhador como ser social. Logo, além de proteger sua saúde, protege suas relações. Assim, é nesse momento que o indivíduo tem tempo para se dedicar a sua família, ir ao cinema, encontrar os amigos ou realizar qualquer outra atividade prazerosa. Portanto, a tecnologia no regime de teletrabalho, quando utilizada sem limitação, também traz prejuízo para aqueles que convivem com o trabalhador.

Por esse motivo, apontam Fincato e Lemonje (2019) que a tecnologia, quando usada de forma inadequada, agregada à alta demanda de atividades laborais por meio da determinação de metas, faz com que o indivíduo fique exposto à hiperconexão. Ainda para as referidas autoras, a complexidade existe uma vez que o exercício do teletrabalho acontece por intermédio das tecnologias de informação e de comunicação. Logo, surge a dificuldade de se desligar das atividades que não foram concluídas durante a jornada.

Portanto, a hiperconexão impede o empregado de desfrutar do período de descanso, visto que a qualquer momento terá que se conectar para realizar alguma atividade laboral que ficou pendente ou responder algum contato do empregador. Nesse cenário, a constante conexão gera trabalhos que nunca terminam, atingindo, de forma significativa, a saúde do teletrabalhador.

4 ANÁLISE DO DIREITO À DESCONEXÃO E O DANO EXISTENCIAL

Inicialmente, o presente capítulo tem por objetivo esclarecer sobre o dano existencial. A seguir, objetiva apresentar o entendimento jurisprudencial acerca do tema. Por fim, realizar a análise da relação do direito à desconexão no teletrabalho e o dano existencial com base nas informações coletadas.

4.1 DO DANO EXISTENCIAL

O dano existencial no regime de teletrabalho surge em decorrência da violação ao direito de se desligar do ambiente laboral. As normas que regulam o trabalho, como a limitação da jornada, as férias e os períodos de descanso, foram criadas para trazer um equilíbrio entre a vida e o trabalho dos indivíduos, com a finalidade de que tenham uma boa qualidade de vida (FERREIRA, 2016). Em razão disso, quando o excesso de trabalho se sobrepõe aos demais direitos do trabalhador, sua existência é prejudicada.

O desrespeito a esses direitos sujeita o trabalhador a uma hiperexploração que traz prejuízos para sua saúde, dificultando que o indivíduo desfrute dos prazeres de sua existência (FERREIRA, 2016). Dessa forma, o dano existencial advém da conduta do empregador que impede o trabalhador de conviver em sociedade e de ter relações (CALVO, 2022). Afinal, esse comportamento patronal interfere na concretização de uma vida digna.

Nesse sentido, a total desconexão do trabalho nos momentos destinados ao descanso é importante para que o trabalhador desenvolva ligações de afeto. Quando a pessoa apenas vive para trabalhar e é submetida a uma jornada exaustiva, não consegue aproveitar o seu tempo livre e de lazer, suas atividades afetivas, espirituais, sociais, esportivas, recreativas e culturais (CALVO, 2022). Em razão disso, o aprisionamento ao mundo virtual no ambiente laboral impede que o ser humano consiga aproveitar sua existência.

Maior (2003) destaca que o descanso somente será cumprido quando o trabalhador conseguir se desvincular totalmente do trabalho, ou seja, dar pausa nas atividades. Ainda conforme o autor, a desconexão é essencial para que o trabalhador tenha tempo de ser mãe, pai, filho ou amigo, para ler livros, assistir filmes e para que tenha tempo de sentir emoções, chorar ou rir. Em resumo, o autor sustenta que não é possível alcançar a plenitude do ser sem ter tempo para vivenciar os sentimentos.

Nesse aspecto, é essencial a pausa no trabalho para a preservação da saúde do trabalhador. A jornada excessiva por intermédio da hiperconexão fere o prazer de viver e de existir. Desse modo, há frustração dos projetos de vida quando a vida pessoal do teletrabalhador é invadida pelo excesso de trabalho.

O dano existencial é uma espécie de prejuízo extrapatrimonial, que pode ser desencadeado em razão do excesso de jornada, violando os direitos fundamentais do trabalhador e impossibilitando o empregado de realizar seus projetos de vida, interações sociais e familiares (SCALZILLI, 2020).

Por conseguinte, o indivíduo se vê frustrado, uma vez que não consegue ter satisfação pessoal. Logo, o desenvolvimento da sua personalidade fica prejudicado, gerando danos a sua saúde física e mental (PARMEGIANE, 2020). Assim sendo, a existência do trabalhador é afetada, ao passo que seu projeto de vida é interferido pelo excesso de conexão no trabalho. Por isso, o uso da tecnologia de forma descontrolada pode contribuir para o elástico da jornada, desencadeando o dano.

Conforme Calvo (2022), o projeto de vida compreende o destino que a pessoa optou para viver, ou seja, como sua vida será conduzida e o que será feito com ela. Ainda conforme a referida autora, o impedimento desse destino obriga o indivíduo a reprogramar o seu futuro contra sua vontade e essa frustração é denominada de dano existencial. Em síntese, o dano existirá quando o trabalho se sobrepor à vida pessoal do indivíduo, obrigando-o a renunciar seus projetos de vida e suas relações.

Outrossim, o uso dos recursos tecnológicos sem limitação no regime de teletrabalho contribui de forma significativa para a caracterização do dano. Apesar dos benefícios que a tecnologia proporcionou às relações laborais, surgiu também a dificuldade de compreender quais são os limites referentes à utilização dos recursos tecnológicos (PARMEGIANE, 2020). Então, o projeto de vida do teletrabalhador pode ser frustrado em decorrência da dificuldade de se desconectar das atividades laborais.

Nesse viés, percebe-se que há uma ofensa à liberdade do teletrabalhador quando a tecnologia, ao invés de apenas servir como instrumento de auxílio na execução das atividades laborais, passa a interferir na vida privada. A conexão incessante faz com que o indivíduo exista apenas para trabalhar. Nesse sentido, a ofensa ao direito à desconexão afeta os demais direitos do trabalhador, como a saúde e o lazer, desencadeando o dano existencial.

Ademais, a ausência do empregado no espaço físico da empresa pode colaborar para uma visão deturpada de que é preciso uma fiscalização exagerada, com o propósito de evitar que o trabalhador labore menos do que se estivesse fisicamente sob a vigilância do empregador.

Por conseguinte, o comportamento abusivo do empregador referente à cobrança e fiscalização, com a finalidade de buscar o crescimento econômico do seu negócio, prejudica o convívio social e os projetos de vida do empregado (PARMEGIANE, 2020). Dessa maneira, o dano existencial surge em decorrência da conduta abusiva do empregador.

Convém salientar que a exclusão do teletrabalhador do controle de jornada dificulta sua desconexão, tendo em vista que em alguns casos é o próprio trabalhador que se submete à conexão contínua, já que não sabe definir com exatidão qual é o tempo destinado ao descanso (PARMEGIANE, 2020). Por isso, o empregado, em busca de ser produtivo, pode ter dificuldade de dar pausa no trabalho.

Entretanto, Scalzilli (2020) aponta que para configuração do dano é necessário que, além do comportamento ilícito do empregador, também seja comprovado que houve prejuízo na vida do trabalhador, familiar ou social. Nesse sentido, o dano deverá ser analisado conforme cada caso concreto. Em suma, o dano existencial existirá quando a violação do direito à desconexão for o motivo que prejudicou o projeto de vida do trabalhador, sua saúde, suas relações.

Ferreira (2016) reforça que para caracterização do dano é preciso que o desrespeito às regras trabalhistas aconteça de forma repetitiva, isto é, precisa ser frequente. Além disso, é necessário que exista um prejuízo à existência do trabalhador. Assim, quando o empregado em regime de teletrabalho deixar de se relacionar e o projeto de vida for prejudicado em razão da jornada extenuante, estará caracterizado o dano.

Ademais, cumpre destacar que o dano existencial não se confunde com o dano moral. Nesse sentido, o posicionamento de Parmegiane (2020, p. 109) é de que:

[...] Quanto ao dano moral, este afeta o âmago da pessoa, o seu sentir, a sua privacidade, imagem, intimidade, entre outras, enquanto o dano existencial, embora também seja um dano extrapatrimonial, afeta a expectativa de realização de um objetivo, de estar em convivência social, isto é, trata-se de um desapontamento pela não realização de um projeto, pelo impedimento de desfrutar de todas as esferas da vida social.

Assim, o dano existencial é o resultado do comportamento ilícito do empregador que prejudica a existência do trabalhador. No regime de teletrabalho, o dano é desencadeado por conta do excesso de trabalho provocado pela dificuldade de se desligar do ambiente laboral. Portanto, está relacionado com a impossibilidade de o teletrabalhador fazer o que quiser da sua vida fora do ambiente laboral.

Ademais, Parmegiane (2020) destaca que o dano existencial se sustenta nos dispositivos que tratam sobre a reparação por dano extrapatrimonial, nos termos do artigo 5º, incisos V e X e no princípio da Dignidade Humana, art. 1º, inciso III, da CF (BRASIL, 1988).

Por fim, a Reforma Trabalhista incluiu o dano existencial de forma expressa no artigo 223-B da CLT (BRASIL, 2017), definindo como dano de natureza extrapatrimonial. Convém salientar que o legislador não estabeleceu com clareza o conceito de dano existencial. Logo, verifica-se que o conceito é definido pela doutrina e jurisprudência.

4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A respeito do dano existencial em decorrência da inobservância do direito à desconexão, a 10ª turma do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 1ª região reconheceu que a desconexão é um direito inerente ao trabalhador, mas destacou, no julgamento do Recurso Ordinário n. 0100483-07.2017.5.01.0061, que para a caracterização do dano existencial, é necessário comprovar o prejuízo da conduta ilícita do empregador, ou seja, que o excesso de jornada foi responsável por limitar a vida do empregado, o seu convívio social e familiar.

Nesse sentido, demonstra o acórdão a seguir:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. Na esfera trabalhista, a existência de danos existenciais é caracterizada como a conduta antijurídica do empregador, que afeta as relações sociais do obreiro, como o direito ao lazer, ao convívio com a família e amigos, entre outros. É o direito do trabalhador à desconexão. O direito à desconexão objetiva a liberdade do empregado para usufruir de tempo livre, além do tempo despendido em trabalho, para ter convívio familiar e social, praticar atividades físicas e de lazer, sem qualquer preocupação com questões relativas ao trabalho exercido, resultando em boa qualidade de vida, o que vai ao encontro do princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal. Ocorre que a configuração do dano existencial é condicionada à comprovação do prejuízo causado pelas condutas do empregador, demonstrando-se as limitações do empregado em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho. No caso em apreço, não houve tais comprovações. Recurso que se dá parcial provimento (TRT-1 - RO: 0100483-07.2017.5.01.0061 - RJ, Relator: Leonardo Dias Borges, Data de Julgamento: 14/11/2018, Décima Turma, Data de Publicação: 11/01/2019).

Assim, conforme o Tribunal, para a existência do dano, é necessário que o projeto de vida do empregado tenha se modificado por conta do excesso de trabalho. Na situação apresentada, o TRT da 1ª região entendeu por unanimidade que não ficou comprovado a demonstração do prejuízo, por isso desconsiderou o dano existencial.

Ademais, a 17ª turma do TRT da 2ª região, no julgamento de Recurso Ordinário n. 1000216-49.2020.5.02.0005, conceituou dano existencial e destacou a diferença entre dano moral, veja:

DANO EXISTENCIAL. O dano existencial constitui-se num dano à existência da pessoa, de modo a não permitir ou não contribuir para que esta seja feliz, impossibilitando a execução de um projeto de vida no campo pessoal. Observe-se a diferenciação. O dano moral, como dito acima, refere-se a sofrimento, abalo da honra, angústia e, em sua essência, é diferente do dano existencial, pois este diz respeito à impossibilidade de exercer (deixar de fazer) uma atividade concreta no campo pessoal, familiar ou social. Assim, o dano existencial evidencia uma renúncia (involuntária ou forçada) ou impedimento a uma atividade concreta capaz de prejudicar o projeto

de vida do trabalhador. (TRT da 2ª Região, Processo: 1000216-49.2020.5.02.0005, Data: 14-07-2022, Órgão Julgador: 17ª Turma - Cadeira 5, Relator: Álvaro Alves Nôga).

Portanto, nota-se que o dano existencial tem relação com o deixar de fazer algo de forma involuntária por conta da conduta abusiva do empregador. No entanto, percebe-se que a jurisprudência, apesar de reconhecer o instituto, caminha no sentido de que é necessário comprovar que a jornada extenuante trouxe prejuízo para a vida do empregado, para que não haja uma banalização do instituto.

4.3 VERIFICAÇÃO DA RELAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO NO TELETRABALHO E O DANO EXISTENCIAL

No início da pesquisa, realizou-se um levantamento acerca da Revolução Industrial, sendo constatado que o cotidiano das pessoas foi alterado de forma brusca em razão do surgimento do trabalho fabril. Antes, tinham uma vida tranquila no campo, mas tiveram que se adaptar ao ritmo acelerado das máquinas.

Dessa forma, verifica-se que o trabalhador não era visto como sujeito de direitos, posto que laborava muito e recebia valores baixos de salário. Assim, foi necessário a intervenção do Estado para regular as relações de trabalho, já que o trabalhador se encontrava em posição de desigualdade.

Desse modo, a limitação da jornada de trabalho é o reconhecimento de que não há vida digna quando uma pessoa existe apenas em prol do trabalho. O trabalhador não é um objeto ou uma máquina. Em outras palavras, o trabalhador é um ser humano. Logo, também é filho, mãe, pai, possui sentimentos, emoções, é aquele que ri, chora e sente cansaço. Portanto, percebe-se que todo indivíduo precisa de tempo para descansar e recompor suas energias, bem como aproveitar a sua existência fora do ambiente laboral.

Ainda, constata-se que o avanço da tecnologia possibilitou o surgimento do teletrabalho, uma forma de labor em que o trabalhador não precisa sair da sua residência, pois pode ser prestado à distância, por meio da tecnologia, como computador e a internet.

Por um lado, essa espécie de trabalho é vantajosa, pois o indivíduo tem mais tempo livre para ficar com sua família ou fazer outras atividades que gosta, já que há economia do tempo gasto com locomoção até o espaço físico da empresa. Entretanto, por conta de o labor ser realizado por meio dos recursos telemáticos, surge a dificuldade de separar o trabalho da vida pessoal.

Nesse viés, identifica-se que a dificuldade aumenta ao passo em que existem empregados em regime de teletrabalho, que são excluídos do controle de jornada. Logo, o teletrabalhador não consegue definir com exatidão os períodos destinados ao seu descanso. Além disso, pode acontecer de o empregador extrapolar os limites da fiscalização e manter esse empregado constantemente sob sua vigia por meio dos recursos tecnológicos, como mensagens por meio do aplicativo whatsapp. Como resultado, a tecnologia pode influenciar no elastecimento da jornada.

Observa-se que a violação ao direito à desconexão no teletrabalho interfere na liberdade do trabalhador, tendo em vista que o excesso de labor impede que esse indivíduo tenha relações e momentos de lazer, prejudicando seus projetos de vida. Por consequência, desencadeia danos à saúde física e mental, como a síndrome de burnout.

Portanto, nota-se que o excesso de conexão no teletrabalho desencadeia o dano existencial, impossibilitando que o indivíduo tenha uma existência digna, ou seja, com sentido. Enfim, diante dessas reflexões, verifica-se que a mitigação do direito à desconexão provoca prejuízo significativo na vida do teletrabalhador.

5 CONCLUSÃO

A elaboração do trabalho sustentou-se na ideia de que realizar a pesquisa era relevante ao passo que o avanço da tecnologia proporcionou novas formas de relações jurídicas no direito do trabalho. Por conseguinte, surgiu o regime de teletrabalho como espécie de labor realizado à distância por intermédio dos recursos tecnológicos. Sendo assim, diante da necessidade de o ser humano estar constantemente conectado, buscou-se verificar como a ofensa ao direito à desconexão prejudica o desenvolvimento de vida do teletrabalhador.

Desse modo, constata-se a relevância da pesquisa, tendo em vista que a violação ao direito de se desligar do ambiente laboral nos momentos destinados ao descanso prejudica a existência do teletrabalhador, seu projeto de vida, sua saúde. Ademais, os efeitos da hiperconexão no teletrabalho atinge a sociedade de forma significativa, já que a conexão ininterrupta por meio das jornadas exaustivas impossibilita o teletrabalhador de ter tempo para manter relações com as demais pessoas e cultivar vínculos de afeto com amigos e familiares.

Outrossim, no projeto de pesquisa estabeleceu-se como objetivo geral a demonstração dos impactos do dano existencial ocasionado pela ofensa ao direito à desconexão do empregado em regime de teletrabalho, sob uma perspectiva direcionada para o princípio da dignidade humana.

Assim, após a coleta de dados e a análise das informações conclui-se que o empregado sofre privação da sua liberdade, interferência na concretização dos seus projetos de vida e nas suas relações, desrespeito do direito ao lazer, intimidade, privacidade, saúde e ao descanso. Desse modo, percebe-se que essa meta foi alcançada.

Além disso, a pesquisa descreveu as informações a respeito da Revolução Industrial e sua relação com a limitação da jornada de trabalho, bem como apresentou o conceito e os aspectos gerais do teletrabalho. Também identificou como o princípio da dignidade humana está relacionado ao direito à desconexão e demais direitos fundamentais do teletrabalhador. Por fim, apresentou a análise do dano existencial com o direito à desconexão. Portanto, todos os objetivos específicos foram alcançados.

Ademais, a pesquisa partiu da hipótese de que a ofensa ao direito à desconexão impossibilita que o empregado em regime de teletrabalho concretize seu projeto de vida e aproveite sua existência, ou seja, tenha uma vida digna.

Com isso, percebe-se que a referida hipótese foi confirmada, posto que a conduta do empregador de interferir no momento de descanso do teletrabalhador pode desencadear o dano existencial, impossibilitando que o trabalhador defina o que deseja fazer da sua vida fora do ambiente laboral, ofendendo o princípio constitucional da dignidade humana e demais direitos fundamentais estudados.

A metodologia do trabalho utilizou procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, por meio de livros, artigos, assim como legislações e jurisprudência inerentes ao objeto de estudo. Percebeu-se, durante a pesquisa, que há uma preocupação científica quanto a questão do excesso de conexão laboral nos dias atuais, bem como a jurisprudência já reconhece que o excesso de labor pode desencadear o dano existencial. No entanto, ainda não há legislação que trata de forma expressa sobre o direito à desconexão.

Por fim, este trabalho contribui para a reflexão sobre o assunto, além de conscientizar sobre o prejuízo que o excesso de conexão pode desencadear na vida do empregado em regime de teletrabalho. Logo, outras pesquisas sobre o tema poderão ser elaboradas a partir dessas constatações.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 06 ago. 2022.

BASILE, César Reinaldo O. Coleção Sinopses Jurídicas 27 - Direito do trabalho: teoria geral, contrato de trabalho e segurança e saúde no trabalho. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600304/>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Síndrome de Burnout. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sindrome-de-burnout>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 14.442, de 2 de setembro de 2022. Brasília, 2 de setembro de 2022. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14442.htm#art6. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Medida Provisória nº 1.108, de 25 de março de 2022. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

CALCINI, Ricardo; MORAES, Leandro Bocchi de. O PLV nº 21/2022 e as novas regras do teletrabalho. *Conjur*, [S.L.], 18 ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-18/pratica-trabalhista-consideracoes-plv-21-novas-regras-teletrabalho>. Acesso em: 29 ago. 2022.

CALVO, Adriana. Manual de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620285/>. Acesso em: 21 jul. 2022.

CARDOSO, Jair Aparecido. O direito ao descanso como direito fundamental e como elemento de proteção ao direito existencial e ao meio ambiente do trabalho. *Revista de informação legislativa*, [S.L.], v. 52, n. 207, p. 7-26, jul./set. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/52/207/riL_v52_n207_p7. Acesso em: 10 abr. 2022.

DECCA, Edgar de; MENEGUELLO, Cristina. Fábricas e Homens: A Revolução Industrial e o cotidiano dos trabalhadores. 5. ed. São Paulo: Atual, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FERREIRA, Vanessa Rocha. O dano existencial nas relações de trabalho e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, [S.L.], v. 3, n. 1, 24 abr. 2016. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/74>. Acesso em: 27 maio 2022

FERREIRA, Vanessa R.; ROCHA, Cláudio J.; FERREIRA, Versalhes E. N. O direito à desconexão e o dano existencial: a importância da sustentabilidade emocional do ser humano. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/738>. Acesso em: 18 abr. 2022.

FINCATO, Denise Pires; LEMONJE, Julise Carolina. A telemática como instrumento de labor: teletrabalho e hiperconexão. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, v. 64, n. 1, p. 119-136, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63698>. Acesso em: 19 ago. 2022.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros P. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018974/>. Acesso em: 15 maio 2022.

LEITE, Carlos Henrique B. Curso de Direito do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622944/>. Acesso em: 20 mai. 2022.

LEITE, Luciano S. Psicologia Comportamental. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536533018/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

MAIOR, Jorge Luiz S. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas*, n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/108056>. Acesso em: 26 ago. 2022.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622128/>. Acesso em: 02 jul. 2022.

MARTINS FILHO, Ives Gandra S. Manual esquemático de direito e processo do trabalho. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609581/>. Acesso em: 30 maio 2022.

MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 73-83, fev. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/123429>. Acesso em: 02 ago. 2022.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 37. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

PARMEGIANE, Daniele. Dano Existencial: Análise da jornada excessiva de trabalho e o teletrabalho sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Curitiba: CRV, 2020.

PORTO, Noemia; LOURENÇO FILHO, Ricardo. Direito Individual do Trabalho. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643165/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (10. Turma). Recurso Ordinário n. 0100483-07.2017.5.01.0061. Relator: Leonardo Dias Borges. Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/1287898>. 27 ago. 2022 Acesso em: 27 ago. 2022.

RODRIGUES, Avelino Luiz. Psicologia da saúde-hospitalar: abordagem psicossomática. Barueri: Manole, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463536/>. Acesso em: 16 ago. 2022.

SANTOS, Michel Carlos R.; MIRANDA, Michelly Cardoso. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a proteção à intimidade e vida privada no teletrabalho em face da era virtual. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 43, n. 175, p. 95-115, mar. 2017. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 14 ago. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (17ª turma - Cadeira 5). Recurso Ordinário n. 1000216-49.2020.5.02.0005. Relator: Álvaro Alves Nôga. São Paulo, 14 de julho de 2022. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000216-49.2020.5.02.0005>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

SCALZILLI, Roberta. O direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, Edição especial, t. 2, p. 643-664, jul. 2020. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/182131>. Acesso em: 08 ago. 2022.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596915/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

VASCONCELOS, Clever. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591743/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

54 REMUNERAÇÃO E SALÁRIOS

Fabiola Cristina Carrero
Guilherme Cavalcante Gomes

RESUMO: O presente estudo trata sobre remuneração e salários na ótica do direito do trabalho. Por isso, diante da modernização das relações de trabalho que a Lei nº 13.467/2017 trouxe, buscou compreender melhor os conceitos e as mudanças que existem dentro deste tema. Se buscou, portanto, compreender mais acerca do benefício do plano de cargos e salários. Como objetivos específicos busca conceituar brevemente direito do trabalho, compreender sobre remuneração e salários, analisar brevemente a modernização das relações de trabalho que a Lei nº 13.467/2017 trouxe, compreender sobre gratificações e comissões pagas pelo empregador. A pesquisa caracteriza-se como descritiva e quanto aos procedimentos e à abordagem do problema de forma qualitativa.

Palavras-chave: Remuneração. Salários. Mudanças. Gratificações. Plano de cargos.

ABSTRACT: The present study deals with remuneration and wages from the perspective of labor law. Therefore, in view of the modernization of labor relations that Law nº 13.467/2017 brought, it sought to better understand the concepts and changes that exist within this theme. Therefore, we sought to understand more about the benefit of the job and salary plan. As specific objectives, it seeks to briefly conceptualize labor law, understand about remuneration and wages, briefly analyze the modernization of labor relations that Law No. The research is characterized as descriptive and regarding the procedures and approach to the problem in a qualitative way.

Keywords: Remuneration. Salary. Changes. Gratuities. Job plan.

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata sobre remuneração e salários na ótica do direito do trabalho. Por isso, diante da modernização das relações de trabalho que a Lei nº 13.467/2017 trouxe, buscou compreender melhor os conceitos e as mudanças que existem dentro deste tema. Se buscou, portanto, como objetivo geral o de compreender mais acerca de cargos e salários e o benefício do plano de cargos e salários.

Como objetivos específicos busca conceituar brevemente direito do trabalho, compreender sobre remuneração e salários, analisar brevemente a modernização das relações de trabalho que a Lei nº 13.467/2017 trouxe, compreender sobre gratificações e comissões pagas pelo empregador.

O tema abordado é relevante, pois contribui aos empregados, pois muitos já ouviram falar em plano de cargos e salários, todavia poucos possuem o conhecimento e entendimento de suas vantagens e desvantagens prejudicando desta forma não somente o empregador como o próprio empregado que poderá perder seus direitos sob os conceitos jurídicos do mesmo.

A razão da escolha do tema se prende principalmente ao fato dos inúmeros casos de dúvidas e disputas atuais nesta área, ou seja, seu crescimento no mundo e no Brasil faz com que este tema precise ser mais abordado no direito.

O método utilizado para esta pesquisa foi o método de revisão bibliográfica com análise de leis e autores da área.

Temos o método indutivo, de natureza psicológica. O método indutivo parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de coleta de dados particulares. (GIL, 2018). Assim, o estudo teve abordagem qualitativa e indutiva.

2 REMUNERAÇÃO E SÁLARIO: CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E MUDANÇAS

2.1 CONCEITO LEIS DO TRABALHO

A grande ascensão das leis trabalhistas no Brasil, deu-se a partir do governo de Getúlio Vargas, realizando uma verdadeira reforma social neste País, dando ao obreiro inúmeros benefícios, criando-se o Ministério do Trabalho, como também a criação da Consolidação das Leis do Trabalho .

Nas últimas décadas, houve constantes mudanças no modo de organização capitalista que foram importantes para reestruturação das forças produtivas e criação de novos paradigmas na organização do trabalho e do capital, principalmente, depois da crise de 1970. O professor Ricardo Antunes, em sua obra "Os Sentidos do Trabalho" traz diversos elementos que expõe claramente a crise vivida pelo capital àquela época.

(...) 2) o esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fodista de produção (que em verdade era a expressão mais fenomênica da crise estrutural do capital), dado pela incapacidade de responder à retração do consumo quase acentuava. Na, verdade tratava-se de uma retração em resposta ao desemprego estrutural que então se iniciava;

(...) 4) a maior concentração de capitais graças às fusões entre as empresas monopolistas e oligopolistas;

5) a crise do Welfare State ou do "Estado do bem-estar social" e dos seus mecanismos de funcionamento, acarretando a crise fiscal do Estado capitalista e a necessidade de retração dos gastos públicos e sua transferência para o capital privado;

6) incremento acentuado das privatizações, tendência generalizada às desregulamentações e à flexibilização do processo produtivo, dos mercados e da força de trabalho, entre tantos outros elementos contingentes que exprimiam esse novo quadro crítico. (ANTUNES, 2009, p.33).

Esses elementos conjunturais, vividos nas décadas de 1970 e 1980, foram cruciais na mudança nas relações no âmbito trabalhistas, tornando-as mais flexíveis e prejudiciais ao trabalhador.

Sobretudo, o Direito conserva um papel social. A Constituição Federal, por meio de seus dispositivos, projeta garantias para os indivíduos com o objetivo de impedir os preceitos que caracterizam um estado social.

Nos dizeres do art. 1º, entabula a Carta Magna, como princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro, entre outros, a dignidade do indivíduo humano e os valores sociais do trabalho.

Nos dizeres de Mônica Brandão, se salienta que,

As leis do mercado fazem com que a vida, em seu sentido mais amplo, seja posta em segundo plano, mas é preciso a conscientização de que o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana dependem, essencialmente, da saúde do trabalhador. (BRANDÃO, 2007, p. 59)

Das essenciais intenções da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º do mencionado diploma, cabe ressaltar, nos dizeres do presente estudo, o inciso I, que conjectura a elaboração de uma sociedade livre, justa e solidária.

Obviamente, a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança, são direitos assegurados de maneira constitucional, assim como está elencado no art. 5º da Lei Maior, e conceituados como garantias essenciais, sendo aplicáveis, certamente, também ao Direito do Trabalho .

O ato de trabalhar em si só, tal como a saúde, a segurança, a previdência social, entre outros, está elencada como um direito social no art. 6º da Constituição Federal.

Por sua vez, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais apresentam-se elencados de maneira constitucional por meio do art. 7º da Carta Magna, o qual possibilita a ampliação de seu leque no contexto de direitos que objetivem à maximização da condição social dos trabalhadores.

Desta forma, se age por equívoco quem sintetiza os direitos dos trabalhadores, na Constituição Federal, ao elencado no Título II, Capítulo II – Dos Direitos Sociais. Refere-se de um assunto muito mais complexo, assegurado de forma constitucional nas mais variadas áreas, extrapolando, inclusive, os dispositivos normatizados, abrangendo-se no contexto dos princípios e discussões doutrinárias.

Leciona então José Afonso da Silva:

O certo é que a Constituição Federal assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. (SILVA, 2000, p. 188)

Nos dizeres de Arnaldo Süssekind, “os comandos explícitos da Carta Magna não esgotam os Direitos e garantias fundamentais, inclusive no que tange aos direitos sociais”. (SUSSEKIND, 2010, p. 61)

No entender de Maurício Delgado (2020, p.201), por sua vez, o princípio da condição que mais beneficia é: “importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido”.

Salienta ainda o autor, rejeitando o que diz Mônica Brandão, “que não se trata, aqui, como visto, de contraponto entre normas (ou regras), mas cláusulas contratuais (sejam tácitas ou expressas, sejam oriundas do próprio pacto ou do regulamento de empresa)”. (DELGADO, 2020, p. 202)

Leciona ainda Arnaldo Süssekind que, se fundamentando no princípio da primazia da realidade, “a relação evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada não correspondente à realidade”. (SUSSEKIND, 2010, p. 70, 71)

Resumindo, no contexto da proteção do trabalhador e do trabalho em si, os vários pontos de vista mencionados pela Constituição Federal, dentro de uma concepção principiológica, é que conseguem nortear a aplicação do Direito, tendo como objetivo sua função social e não unicamente a literalidade das normas.

Leciona Mônica Brandão que as instituições, em função da percepção de velozes lucros, acabam, por vezes, fazendo por negligenciar “tudo o que pode diminuir a parcela dos resultados da atividade empresarial que, em verdade, só ocorre pelo trabalho humano que a torna efetiva e que lhe garante o sucesso”. (BRANDÃO, 2007, p. 59)

Entretanto, assim como ressalta Hertz Costa, “o conteúdo moral do trabalho se insere no contexto das relações existentes entre o empregado e empregador, segundo o dever de lealdade, cooperação e amparo”. Ao colaborador encarrega o ótimo desempenho dos trabalhos que lhe são delegados, confiando que para isto com sua força e inteligência, visto que, ao empregador irá caber a apropriada organização e manutenção da instituição, sem olvidar-se, sendo assim, do resguardo físico e psíquico de seus funcionários. (COSTA, 2009, p. 75).

Segundo os art. n 2 e n° 3 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), empregador é a pessoa física ou jurídica que assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviço do empregado, que é aquele que presta serviço ao empregador, com carga horária definida mediante salário estipulado.

A relação de emprego estabelecida entre eles caracteriza vínculo empregatício porque a prestação de serviço é de natureza não eventual, independente do contrato de emprego ser de trabalho em regime de tempo integral ou parcial, e subordinada, pois o empregado que deve aguardar e executar ordens do empregador.

Tal como já pudemos observar, no ano de 1943 foi instituída a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), realmente o marco mais importante no direito do trabalho do Brasil. Vale citar aqui Zanlunca (2011):

A CLT surgiu pelo Decreto-Lei 5452 de 1 de maio de 1943, sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, unificando toda a legislação trabalhista existentes no país. Teve como objetivo principal a regulamentação as relações individuais e coletiva do trabalho, sendo resultado de 13 anos de trabalho, com início Estado Novo até 1943. Busca sempre regular as relações trabalhistas e ao longo dos anos vem tendo modificações o intuito de se adequar as modernidades. (ZANLUNCA, 2011, p.22)

Caracteriza ainda essa relação os direitos do empregado, tais como férias, 13º salário, licença saúde e maternidade, FGTS, e a obrigatoriedade da apresentação da carteira de trabalho e da Previdência Social.

O empregador possui o direito, garantido por lei, de ordenar, agir e mandar no empregado, desde que seja conforme os limites aceitáveis determinados no Direito do Trabalho.

2.2 DO PODER EMPREGATÍCIO

Os estudos sobre o histórico do poder empregatício se fundamentam na apresentação dos seus elementos mais importantes que constituem este instituto. Desta maneira, há ainda quatro vertentes tradicionalmente apresentadas através da doutrina que compreendem a concepção de poder, tais como direito potestativo; direito subjetivo; fenômeno de caráter senhorial/hierárquico e direito-função.

Sendo assim, o poder como o direito potestativo caracteriza-se através da soberania da vontade do particular no âmbito de um universo social, em outras palavras, um direito radical de fazer a exigência e a imposição de maneira unilateral de determinadas condutas. Esta noção de poder passou a ser utilizada no século XIX e primeira metade do século XX, deixando de ser fortemente usada em decorrência do contexto evolutivo. Os estudos de Delgado (2020, p. 650) evidenciam que:

A concepção potestativa corresponde ao elogio do individualismo possessivo inerente ao mercado capitalista, e que foi sua marca ideológica mais forte no período do liberalismo clássico. Aplicada à relação socioeconômica principal da sociedade dos últimos dois séculos (a relação de emprego), a concepção de direito potestativo conferia formalização jurídica a um verdadeiro despotismo de fábrica (a expressão de autores do século XIX), padrão que foi característico do sistema de organização da produção e do trabalho nas primeiras fases do capitalismo (DELGADO, 2020, p. 650).

A etapa evolutiva seguinte do poder, que ocorreu no momento da sociedade industrial contemporânea, é conhecida como direito subjetivo, e este conferiu ao titular do poder empregatício atuar para que este possa satisfazer os seus interesses, levando em consideração as normas contratuais. Desta maneira, a evolução não foi muito relevante, considerando que a percepção do poder não ultrapassou a esfera unilateral.

Sendo assim, no século XX nasceu uma diferente concepção unilateral do poder, conhecida como um fenômeno de caráter senhorial/hierárquico. Segundo esta concepção, o contrato de trabalho é capaz de criar um status jurídico de hierarquia e o empregador se encontra revestido de poder com o intuito de impor a sua própria vontade dentro do ambiente de trabalho. As palavras de Delgado (2020, p. 652) lecionam assim sobre o tema:

De modo geral, elaborou-se influenciada pelo caldo de cultura autoritária e elitista que teve larga importância na primeira metade do século XX no mundo ocidental, reunindo argumentos de variada origem, quer institucionalistas, quer organicistas, quer corporativistas (DELGADO, 2020, p. 652).

Desta maneira, por conta das falhas das concepções mencionadas anteriormente, constituiu-se a concepção de poder como sendo um direito-função que se apresenta focado na participação operária no contexto empresarial. Neste sentido, direito-função faz parte do poder que é proporcionado ao titular para este atuar em interesse alheio e, não unicamente para o interesse próprio; em outras palavras, o empregador não deve usar o poder exclusivamente para si, entretanto sim, deve compreender o interesse dos trabalhadores.

Isso refere-se sobre a primeira concepção onde o titular do poder ao dever de cumprir as ações com a capacidade de tutelar os interesses alheios.

O poder empregatício é capaz de ser apresentado de três diferentes maneiras, que são as seguintes: poder de organização, poder de controle e poder disciplinar. O organizacional possui a intenção de organizar e sistematizar a produção de bens ou serviços, e assim, o poder de controle possui a intenção de proporcionar ao empregador o direito de fazer a fiscalização e controle das atividades de seus empregados e o poder disciplinar proporciona ao empregador o direito de advertir e suspender os empregados que perpetram faltas ou irregularidades durante o trabalho.

2.3 SALÁRIO E REMUNERAÇÃO

O contrato de trabalho trata-se de uma garantia fundamental e significativamente oneroso, salientando assim que ele pode ser caracterizado como uma ação que visa o pagamento de uma contraprestação econômica

realizada por um empregador, retribuindo assim a prestação de serviços ou de uma mera existência da relação de emprego com o trabalhador. Sobre então esses elementos retributivos, salientando como uma regra geral, esse processo é conhecido como “salário” e “remuneração”. Segundo as palavras de Delgado (2020), observa-se que:

A onerosidade consiste em um dos elementos fático-jurídicos componentes da relação empregatícia. Ela se manifesta no contrato de trabalho através do recebimento pelo empregado de um conjunto de parcelas econômicas retributivas da prestação de serviços ou, mesmo, da simples existência da relação de emprego. Trata-se de parcelas que evidenciam que a relação jurídica de trabalho formou-se com intuito oneroso por parte do empregado, com intuito contraprestativo, com a intenção obreira de receber retribuição econômica em virtude da relação laboral estabelecida. A esse conjunto de parcelas retributivas conferem-se, regra geral, os epítetos de remuneração ou de salário (DELGADO, 2020, p. 683).

Mesmo que esse entendimento seja um dos sentidos mais usados para os termos “salário” e “remuneração”, há ainda diferentes concepções para os referidos termos, especialmente no que diz respeito à “remuneração”. Levando em consideração ainda a orientação dada pela legislação estrangeira, observa-se que a Consolidação das Leis do Trabalho apresentou os elementos que diferenciam “salário” de “remuneração”, onde essa distinção aplicada de forma quase que unânime na doutrina nacional na atualidade (DELGADO, 2020).

Segundo a concepção de Oliveira (2019), observa-se que o termo “salário” acaba sendo compreendido, por uma parte minoritária de juristas, como uma palavra que possui sentido amplo de remuneração, visando assim proporcionar uma absorção dos conceitos, fazendo valer o vocábulo “salário” com o intuito de caracterizar o conjunto das figuras em questão.

Entretanto, cabe ressaltar ainda que não é essa a tendência aplicada em diferentes outras doutrinas, tais como as de Orlando Gomes, Mozart Victor Russomano e Arnaldo Süssekind (OLIVEIRA, 2019).

O referido autor ainda contribui dizendo que não deve ser essa a tendência seguida pelo direito brasileiro, levando em consideração que, segundo a legislação trabalhista que vigora na atualidade, observa-se que: “enquanto o salário constitui uma retribuição pela força de trabalho dedicada pelo trabalhador, paga diretamente pelo empregador, a remuneração poderá ou não provir do empregador, podendo ser originária de terceiro” (OLIVEIRA, 2019, p. 415).

Esse assunto recebe a atenção da Consolidação das Leis do Trabalho por meio de seu artigo 457 e seus parágrafos, entendendo então que “salário” deve ser compreendido como a contraprestação do serviço que se deve e precisa ser pago diretamente pelo empregador para o trabalhador, respeitando assim a relação de emprego existente entre as partes.

O referido artigo possui a seguinte redação:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados.

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades (BRASIL, 2017)

Ressaltando então que na doutrina trabalhista, é possível observar ainda a existência de três conceituações usadas para o termo “remuneração”. E mesmo existindo alguns pontos de afinidade entre si, todo entendimento conta com certas peculiaridades.

A corrente inicial entende então que “remuneração” e “salário” sejam compreendidos como a mesma coisa. Dessa maneira, ao se referir sobre o caráter remuneratório de certas verbas, observa-se que a doutrina e a jurisprudência, tendem a realçar a natureza salarial dos referidos termos (DELGADO, 2020). Dessa maneira, é preciso apontar que ambos os termos tenham o mesmo significado.

Analisando agora a segunda corrente, observa-se que os estudos de Neto e Cavalcante (2019) apontam claramente que a remuneração trata-se de uma retribuição que deve ser paga ao trabalhador por terceiro, resultando diretamente de um contrato de trabalho, já no caso do salário, esse deve ser compreendido como os ganhos que são pagos ao empregado, de responsabilidade do empregador, resultando de uma contraprestação dada aos serviços prestados pelo primeiro para o segundo, conseqüente de um contrato individual de trabalho. Dessa maneira, pela concepção da corrente em questão, a “remuneração” seria gênero, já o “salário” deve ser entendido como uma espécie que possui maior relevância no que diz respeito à contraprestação do emprego.

Já no caso da última corrente, essa leva em consideração uma análise dos arts. 76 e 457, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Segundo a corrente em questão, unicamente é possível direcionar um caráter salarial a parcela de contraprestação que é paga por um empregador diretamente para o trabalhador. Por conta então da referida representação salarial, observa-se que o legislador usou a palavra “remuneração” visando assim agregar o pagamento de possíveis gorjetas recebidas pelo trabalhador (DELGADO, 2020).

Segundo a última corrente, cabe ressaltar ainda o surgimento de duas possíveis compreensões. Inicialmente, compreende-se então que o salário pode ser compreendido como parcelas que são pagas pelo empregador, já a remuneração deve ser caracterizada como a junção do salário com a gorjeta recebida pelo trabalhador (NETO e CAVALCANTE, 2019).

Analisando então as possíveis conseqüências em se aplicar a referida corrente, importante aqui neste ponto mencionar as palavras de Delgado (2020) pois advertem ainda que:

Observe-se que caso seja acolhida a presente linha interpretativa, a média de gorjetas habituais recebidas pelo obreiro no contexto da relação empregatícia passaria a compor seu salário contratual (art. 29, § 1º, CLT). Em decorrência, essa média repercutiria nas demais parcelas contratuais cabíveis (13º salário, férias com 1/3, adicionais calculados sobre o salário contratual, horas extras, repouso semanal remunerado, aviso-prévio, FGTS com 40%, por exemplo) (DELGADO, 2020, p. 680).

No âmbito da segunda corrente de interpretação, essa leva em consideração o entendimento de que, por conta da existência de um vínculo contratual de trabalho, observa-se que a remuneração é paga ao trabalhador por um terceiro. Em diferente perspectiva, o salário deve ser pago pelo empregador para o trabalhador, como conseqüência dos serviços que foram prestados pelo mesmo, respeitando assim as imposições que constituem um contrato de trabalho (NETO e CAVALCANTE, 2019).

A busca por diferenciar os conceitos de “salário” e “remuneração”, as palavras de Delgado (2020, p. 681) contribuem dizendo que possui o evidente objetivo “de reduzir, de modo substancial, o montante da contraprestação onerosa paga ao empregado que receba gorjetas habituais”.

Dessa maneira, no contexto da terceira corrente de interpretação, observa-se que essa caracteriza o salário como as parcelas habituais que são pagas de forma direta por um empregador para o empregado, compreendendo ainda que a média das gorjetas se apresenta como um elemento que constitui o salário contratual do trabalhador. Sendo assim, ao trabalhador se garante uma renda laboral efetiva para uma ampla categoria de trabalhadores (DELGADO, 2020).

Por meio dessa corrente, observa-se que o salário faz parte da remuneração, compreendido por meio das parcelas que são pagas conseqüentes da prestação de serviços ao empregador. Sendo assim, a remuneração

constitui-se através de todos os ganhos recebidos pelo empregado, podendo ser de natureza salarial ou não, pecuniárias ou não, diretamente consequentes do contrato de trabalho (NETO e CAVALCANTE, 2019).

Neste sentido, é possível apontar como o elemento mais importante que diferencia ambos os termos, a vinculação ou não do valor que é recebido à título de mão de obra do trabalhador paga pelo empregador.

Cabe ressaltar ainda que as diferenças sobre os conceitos de remuneração e salário, mesmo após a implementação da Lei nº 13.467 de 2017, foram conservadas, tal como as determinações sobre as gorjetas.

2.4 MAIS RELEVANTES ALTERAÇÕES PROPORCIONADAS PELA LEI Nº 13.467/2017

Visando proporcionar maior modernização para as relações de trabalho foi que a Lei nº 13.467/2017 passou a vigorar, trazendo diferentes alterações para vários dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Ao se pronunciar sobre a introdução da Reforma Trabalhista, o então Presidente da República na época, Michel Temer (2018), apontou ainda que por meio da referida nova lei, “vamos acelerar a recuperação dos empregos. 18 milhões de pessoas que hoje trabalham precariamente, na informalidade, terão seus direitos assegurados graças a essa nova lei”.

Mesmo que Michel Temer tenha dito que os direitos continuariam podendo ser acessados por todos, entretanto, isso não ficou tão simples assim, isso porque, foram inúmeras das garantias da classe trabalhadora que acabaram sendo retiradas, objetivando que as necessidades do empresariado fossem ouvidas. Ressaltando entre as questões mais importantes apresentadas pelos empresários, se referem sobre as contribuições previdenciárias e as verbas trabalhistas resultantes dos encargos salariais. Dessa forma, observa-se que os arts. 457 e 458 da CLT passaram por alterações, excluindo certas parcelas que integram o salário.

2.4.1 Modificações realizadas no ART. 457 da CLT

A alteração inicial foi realizada na redação do §1º e §2º do artigo 457. Observando que anteriormente a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, o texto constitucional dizia assim:

Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (redação dada pela lei n. 1.999, de 1-10-1953)

§ 1.º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. (redação dada pela lei n. 1.999, de 1-10-1953)

§ 2.º Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado. (redação dada pela lei n. 1.999, de 1-10-1953)

Já após entrar em vigor a reformista da CLT, os §1º e §2º apresentam as seguintes determinações:

Art. 457. (...)

§ 1.º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

§ 2.º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário. §§ 1.o e 2.o c/ redação determinada pela Lei n. 13.467, de 13-7-2017 (BRASIL, 2017).

Ao se comparar os textos, é possível observar que o §1º da lei em questão acabou sendo suprimido pelo novo texto do §2º. Sendo assim, atualmente, observa-se que as parcelas salariais, endo elas de responsabilidade do empregador, compreende-se unicamente por meio da “importância fixa”, “gratificações legais” e também pelas

“comissões pagas pelo empregador”. Sendo ainda excluídas dos elementos que constituem o salário, observando ainda que as chamadas “importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo”, para exemplificar, são as seguintes: auxílio-alimentação, diárias para viagem, prêmios e abonos.

Observa-se ainda que o Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 209 apresentou o entendimento de que “o salário-produção como outras modalidades de salário-prêmio, é devido, desde que verificada a condição a que estiver subordinado, e não pode ser suprimido, unilateralmente, pelo empregador quando pago com habitualidade”.

No que diz respeito à composição salarial sugerida por meio do §1º do art. 457, as lições Martinez (2018, p. 129) apontam que as parcelas salariais devem ser constituídas levando em consideração o valor fixo “estipulado (salário-base) e dos complementos salariais intitulados de “gratificações legais” (aquelas previstas em lei, a exemplo do décimo terceiro salário) e de comissões pagas pelo empregador”.

Neste sentido, a “importância fixa estipulada”, assim como determina o dispositivo legal, constitui-se levando em consideração o salário-base. A parcela salarial em questão trata-se da de maior importância dentre as que fazem parte de toda a relação empregatícia, salientando que essa trata-se do elemento que concentra a maior gama de direitos legais referentes ao salário (DELGADO, 2020).

2.5 GRATIFICAÇÕES LEGAIS

Analisando as “gratificações legais”, observa-se que sua natureza não-salarial jamais deve ser conceituada levando em consideração a vontade unilateral ou bilateral privada, devendo então se fundamentar em uma norma jurídica de forma inequívoca (DELGADO, 2020). Dessa forma, é preciso respeitar as determinações legais, fazendo com que reflexos previdenciários e fiscais acabem não sendo extinguidos por meio de uma supressão de uma possível parcela salarial.

O referido autor ainda contribui com o assunto dizendo assim:

Uma ressalva, contudo, deve ser levantada: é óbvio que, em se tratando de gratificação criada por norma jurídica (como são as regras componentes de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho), e não simples ato unilateral ou bilateral das partes contratuais, deverá o intérprete ater-se aos limites expressamente fixados pela norma jurídica instituidora da verba. Se essa norma jurídica vedar, inequivocamente, a repercussão salarial da gratificação, deverá ser respeitada. Contudo, se o diploma normativo instituidor não especificar, claramente, a regra esterilizadora da natureza salarial da concessão, ou não tratar de semelhante aspecto, incidirá o comando geral da ordem justralhista, que é de caráter objetivo quanto à integração contratual da parcela gratificatória (DELGADO, 2020, p. 348).

Cabe salientar ainda que a aplicação dessa concepção objetiva ao analisar a parcela de gratificação na integração contratual e salarial, observando que esse objetivismo ou essa modernidade, aponta como o requisito mais importante, visando a classificação de uma gratificação como se tratando de uma parcela salarial ou não, leva-se em conta a realização de um pagamento habitual da mesma (DELGADO, 2020).

Dessa maneira, salienta-se ainda a Súmula 207 do Supremo Tribunal Federal que, que aponta então que “as gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário”. Cabe ressaltar ainda o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que segue a mesma linha de pensamento, onde por meio da Súmula 152 determina então que “o fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de um ajuste tácito”.

Sendo assim, fica claro que a jurisprudência apresentada pelas Cortes Superiores entende que a gratificação que é paga habitualmente, por meio da reiteração da parcela, deve ser integrada ao contrato de trabalho e, conseqüentemente, ao salário do trabalhador.

2.6 COMISSÕES PAGAS PELO EMPREGADOR

Ao analisar ainda o referido §1º do art. 457, observa-se que “as comissões pagas pelo empregador” são sim uma parcela que integra o salário do trabalhador. As parcelas contraprestativas em questão possuem como objeto determinada produção, estabelecida ainda no contrato de trabalho, obtida pelo trabalhador, onde seus cálculos levam em consideração a base dessa produção (DELGADO, 2020).

Sobre o assunto, observa-se que a Constituição Federal, por meio do art. 7º, inciso VII, determina que:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; (BRASIL, 1988).

Respeitando então as determinações da Constituição, observa-se que o Tribunal Superior do Trabalho fez uma edição da Orientação Jurisprudencial nº 181, determinando assim que o valor das comissões precisa passar por correção monetária para somente depois “obter-se a média para efeito de cálculo de férias, 13º salário e verbas rescisórias”. Neste sentido, por meio da correção monetária impossibilita-se que o salário dos trabalhadores de remuneração variável jamais seja menor que o mínimo. Mesmo ainda com o valor variável das comissões, essas comissões fazem parte do salário.

2.7 ALTERAÇÕES NO ARTIGO 458 DA CLT

De maneira diferente das significativas alterações ocorridas no art.457, observa-se que o art. 458 não sofreu alterações na redação de seu caput e de seus parágrafos. Entretanto, acrescentou-se o §5º ao artigo em questão, que ficou assim após a reforma:

Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. (redação dada pelo decreto-lei n. 229, de 28-2-1967)

(...)

§ 5.º o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio ou não, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares, mesmo quando concedido em diferentes modalidades de planos e coberturas, não integram o salário do empregado para qualquer efeito nem o salário de contribuição, para efeitos do previsto na alínea q do § 9.º do art. 28 da lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. (§ c/ redação determinada pela Lei n. 13.467, de 13-7-2017).

Dessa forma, é possível que o acréscimo do §5º seja compreendido como uma forma de criar ações capazes de fomentar a concessão por parte do empregador das utilidades não dotadas de natureza salarial, isso porque elas não devem passar pela incidência dos encargos do âmbito previdenciário e trabalhista (GARCIA, 2019).

Entretanto, é possível ainda que esse novo dispositivo seja compreendido como uma opção meramente para a desoneração previdenciária dos empresários (MARTINEZ, 2018). Levando em consideração as alterações já ocorridas no art.457, as alterações apresentadas pelo §5º do art. 458 tendem a ter mais sustentação pois tratam diretamente com as vontades dos empresários, que visam reduzir os custos trabalhistas e previdenciários que são consequentes da folha de pagamento dos funcionários.

2.8 CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DA EMPRESA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS

As determinações da alínea “a” do inciso I do art. 195 da Constituição Federal apontam que a seguridade social deve receber seu embasamento financeiro por meio das contribuições sociais incidentes na “folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”.

Sendo assim, as determinações do §9º do artigo mencionado anteriormente apontam ainda que as contribuições sociais que são elencadas pelo inciso I do caput do referido “artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”. Dessa maneira, é possível entender que o dispositivo em questão aponta que quanto maior a quantidade de funcionários, maior será a quantia da contribuição devida pela empresa consequentemente (CAPEZ, 2019).

Cabe salientar também as determinações do §11 do art. 195, apontando este que não é possível a “concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar”. Sendo assim, é possível compreender então que uma provável concessão de anistia e remissão, no que diz respeito às contribuições sociais que incidem sobre a folha de salários, pode ser estipulada através de uma lei complementar (CAPEZ, 2019).

Um diferente ponto que deve ser mencionado, trata-se da análise do inciso XI do art. 167 da Magna Carta de 1988, responsável por impossibilitar o uso dos recursos que são consequentes diretamente “das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de trata o art. 201”.

Dessa forma, observa-se ainda que os valores resultantes das contribuições sociais que incidem na folha de salários devem então ser direcionados, de forma exclusiva, para ações que custeiem os aspectos apresentados pelos incisos do art. 201, que são os seguintes:

Art. 201. (...)

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Ficando claro assim uma grande relevância econômica e social das contribuições sociais em que o empregador se obriga a fazer, isso porque as referidas contribuições integram uma significativa parcela do custeio da seguridade social. Dessa forma, é preciso ainda fazer uma análise sobre a sua incidência sobre a folha de salários. Sobre o assunto, as determinações do art. 22, inciso I, da Lei 8.212/1991, determinam que:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção

ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (Vide Lei nº 13.189, de 2015) .

Analisando o mencionado artigo, é possível compreender que a contribuição que a empresa deve é de 20% (vinte por cento) sobre o total de todas as remunerações que são pagas, devidas ou creditadas pela mesma, seja qual for o título. Salientando também que o teto do salário de contribuição jamais pode ser aplicado para as empresas, isso porque a contribuição deve sempre incidir sobre o valor total da remuneração que é paga pela empresa (CASTRO e LAZZARI, 2019).

Salientando ainda que a redação apresentada pelo artigo mencionado anteriormente não somente se refere sobre as parcelas que são realmente pagas e creditadas, entretanto ainda é possível que a mesma seja considerada uma hipótese de incidência sobre a contribuição somente pela remuneração que é devida pelo empregado. Sendo assim, em situações onde não sejam quitados os valores de natureza remuneratória para os empregados dentro do prazo legal estipulado, é possível que a empresa seja apontada como devedora com Seguridade Social, isso porque era preciso que sua contribuição tivesse sido efetuada respeitando a soma de todos os valores que são devidos aos seus funcionários (CASTRO e LAZZARI, 2019).

No que diz respeito ao prazo legal para que as contribuições sejam pagas, observa-se que o empregador precisa sempre respeitar o prazo determinado pelo art. 30, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.212/1991, que determina que “as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da competência.” Dessa forma, o serviço que é prestado pelo funcionário precisa ser compreendido como um fato indispensável para a contribuição previdenciária (CASTRO e LAZZARI, 2019).

Já no que diz respeito à “folha de salários”, observa-se ainda que o Supremo Tribunal Federal em sede Repercussão Geral realizou diferentes discussões sobre o assunto, apresentando o seguinte entendimento, vejamos:

CONTRIBUIÇÃO - SEGURIDADE SOCIAL - EMPREGADOR. A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, a qualquer título, quer anteriores, quer posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998 - inteligência dos artigos 195, inciso I, e 201, § 11, da Constituição Federal.

(RE 565160, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017)

Entretanto, provavelmente o referido entendimento deva ser alterado, levando em consideração as novas disposições consequentes da Lei 13.467/2017, isso porque parcelas, que antes eram entendidas como salariais, acabaram sendo extintas por conta do conceito de salário depois das alterações realizadas no §1º e §2º do art. 457 da Nova CLT. Dessa forma, constantes importâncias, tais como a ajuda de custo, auxílio alimentação, diárias para viagem, entre outras, não são mais elementos que integram a remuneração do empregado também ao contrato de trabalho, devendo ser elementos que não mais fazem parte da “base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário”, assim como determina o §2º do art. 457. As lições de Martinez (2019) apontam ainda que “foram atingidos pela Lei n. 13.467, de 2017, apenas os seus § 2.º, 3.º e 5.º”, que ainda segundo o referido autor, trata-se de elementos o bastante para fazer com que a reforma trabalhista possa ser entendida como uma “contrarreforma previdenciária”.

As parcelas em questão, que não possuem um caráter salarial, deixaram então de fazer parte integrante da base de cálculo para que a alíquota de 20% incida sobre a remuneração total que deve ser paga para o colaborador, isso porque não mais fazem parte do conceito de salário (MARTINEZ, 2019). Dessa forma, é possível ainda imaginar uma redução significativa do valor total da Contribuição Social da Empresa sobre a Folha de Salários.

Neste sentido, a incessante busca por desonerar a folha de salários acaba fomentando, de forma prejudicial, os números do Fundo do Regime Geral de Previdência Social, causando significativos prejuízos aos atuais e futuros beneficiários. Salientando ainda que os únicos que podem ser beneficiados com as alterações da

Lei 13.467/2017 são os empresários, levando em consideração que os mesmos estão podendo contar com uma redução de seus custos, isso por meio de pressões feitas aos governantes, que acabam aceitando essa pressão, prejudicando assim a proteção da maior parte da população (MARTINEZ, 2019).

3 CONCLUSÃO

Este trabalho procurou, mesmo que por revisão e de maneira breve, esclarecer alguns dos pontos principais sobre remuneração e salários sob a ótica do direito do trabalho, se compreendeu primeiro a conceituação de salário e remuneração por Delgado (2020) e Neto e Cavalcante, (2019). Se viu que é possível apontar como o elemento mais importante que diferencia ambos os termos, a vinculação ou não do valor que é recebido à título de mão de obra do trabalhador paga pelo empregador. Se ressaltou ainda que as diferenças sobre os conceitos de remuneração e salário, mesmo após a implementação da Lei nº 13.467 de 2017, foram conservadas, tal como as determinações sobre as gorjetas. Se seguiu compreendendo sobre as mais relevantes alterações proporcionadas pela lei nº 13.467/2017, com foco nas modificações realizadas no art. 457 da CLT. Se analisou ainda sobre as gratificações legais, as comissões pagas pelo empregador e ainda sobre as alterações no artigo 458 da CLT. Por fim, se viu ainda acerca da contribuição social da empresa sobre a folha de salários. A pesquisa não buscou esgotar o tema e suas ramificações, mas compreender um pouco mais principalmente nas modificações recentes pela reforma de 2017.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. Os Sentidos do Trabalho 2ª. ed. São Paulo, SP: Boitempo, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: Março de 2022.
- BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1 . Acesso em: Março de 2022.
- BRASIL. Lei no 1.999, de 1º de outubro de 1953. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1999.htm . Acesso em: Março de 2022.
- BRASIL. Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0229.htm . Acesso em: Abril de 2022.
- BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm . Acesso em: Abril de 2022.
- BRANDÃO, Cláudio. Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador. São Paulo: LTr, 2007.
- COSTA HERTZ, Jacinto. Manual de acidente do trabalho. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2009
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 19ª ed., São Paulo: LTr, 2020.
- CASTRO; C.A.P; LAZZARI; J.B. Manual de Direito Previdenciário. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019
- GARCIA; Gustavo Filipe Barbosa. CLT COMENTADA. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.
- GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2018.
- MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. Editora: Saraiva Jur; 38ª edição, 2022.
- MARTINEZ, Luciano. Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018
- NETO; F.F.J.; CAVALCANTE; J.Q.P. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. Editora: Ltr; 5ªª edição, 2019.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

55 RESPONSABILIDADE CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL E A SOCIEDADE DE CONSUMO

Tatiana Manna Bellasalma Silva¹
Beatriz Pires Trindade²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo, analisar a responsabilidade civil dos influenciadores, com o intuito de verificar se existe relação de consumo entre estes e os seus seguidores ao indicar produtos e serviços. Para tal, definiu-se os seguintes objetivos específicos: conceituar a relação jurídica de consumo e seus elementos; conceituar os tipos de publicidades ilícitas, bem como, a publicidade testemunhal e como os influenciadores praticam este tipo de publicidade utilizando seus meios de comunicação e; demonstrar a existência de uma relação jurídica de consumo entre os influenciadores digitais e o público que o acompanha, fazendo com que se incida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Justifica-se a escolha desse tema pois, com o progresso das relações jurídicas provindos do Direito Digital, desse modo, visto que os consumidores são pessoas vulneráveis que tem de se defenderem e mesmo sem uma normatização direcionada, precisam da regulamentação específica, como forma de resguardar os seus direitos, no que compete às relações de consumo. As informações apresentadas aqui, visam elucidar a seguinte problemática: “qual a responsabilidade civil do influenciador digital?”. Para tal, será utilizada a metodologia teórica-bibliográfica, com abordagem qualitativa, dentro do ramo do Direito do Consumidor, de artigos científicos e pareceres jurídicos, com a intenção de buscar formas de soluções sobre a problemática desencadeada.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Digital influencers. Consumo. Publicidade Enganosa.

ABSTRACT The present work aims to analyze the civil liability of influencers, in order to verify if there is a consumer relationship between them and their followers when indicating products and services. To this end, the following specific objectives were defined: conceptualize the legal relationship of consumption and its elements; conceptualize the types of illicit advertising, as well as testimonial advertising and how influencers practice this type of advertising using their media and; demonstrate the existence of a legal consumer relationship between digital influencers and the public that accompanies them, causing the application of the Consumer Protection Code (CDC) to be applied. The choice of this theme is justified because, with the progress of legal relations arising from Digital Law, in this way, since consumers are vulnerable people who have to defend themselves and even without a directed standardization, they need specific regulation, as a way of protect their rights in terms of consumer relations. The information presented here aims to elucidate the following problem: “what is the civil liability of the digital influencer?”. To this end, the theoretical-bibliographic methodology will be used, with a qualitative approach, within the field of Consumer Law, of scientific articles and legal opinions, with the intention of seeking ways to solve the problem triggered.

Keywords: Civil Liability. Digital influencers. Consumption. Misleading publicity.

INTRODUÇÃO:

O trabalho em questão visa abordar a evolução das mídias sociais como veículos de divulgação, e as ilicitudes perpetradas nestes ambientes (Facebook, YouTube, Instagram, dentre outros) pelos influenciadores digitais. Por se tratar de uma nova forma de produção publicitária, nem sempre existe o respeito ao que dispõe o ordenamento jurídico, e a fiscalização não ocorre a contento. É necessário desenvolver um olhar crítico sobre essas demandas recentes, apresentando respostas satisfatórias para elas.

Neste contexto o presente trabalho tem como objetivo geral: Analisar a responsabilidade civil dos influenciadores, com o intuito de verificar se existe relação de consumo entre estes e os seus seguidores ao indicar produtos e serviços. E como objetivos específicos: Conceituar a relação jurídica de consumo e seus elementos; conceituar os tipos de publicidades ilícitas, bem como, a publicidade testemunhal e como os influenciadores praticam este tipo de publicidade utilizando seus meios de comunicação e; demonstrar a existência de uma relação jurídica de consumo entre os influenciadores digitais e o público que o acompanha, verificando a incidência de responsabilidade civil nesta relação de consumo.

O interesse pela temática surgiu após acompanhar uma publicação na rede social Twitter, onde se tratava de imagens de uma publicidade indireta realizadas pela influenciadora Virginia Fonseca, feitas de uma forma sutil, induzindo o consumidor a erro. Portanto, visou-se elucidar a seguinte problemática: “qual a responsabilidade civil do influenciador digital?”.

As informações apresentadas neste estudo mostram-se de grande relevância social, visto que, com o progresso das relações jurídicas provindos do Direito Digital, desse modo, visto que os consumidores são pessoas vulneráveis que tem de se defenderem e mesmo sem uma normatização direcionada, precisam da regulamentação específica, como forma de resguardar os seus direitos, no que compete às relações de consumo.

No que tange a estrutura do trabalho, o primeiro tópico apresenta a relação jurídica de consumo, abordando o seu conceito e elementos. Posteriormente apresentar-se-á uma contextualização geral acerca da publicidade enganosa, verificando assim, a sua incidência e aplicabilidades. O último tópico aborda a temática proposta, verificando a possibilidade de responsabilidade civil por parte do influenciador digital. Por último, apresenta-se a conclusão, lembrando os principais pontos apresentados no decorrer da pesquisa.

Para a elaboração desta pesquisa, utilizou-se o método teórico bibliográfico, a partir da análise de cunho qualitativo, dentro do ramo do Direito do Consumidor, de artigos científicos e pareceres jurídicos, com a intenção de buscar formas de soluções sobre a problemática desencadeada.

RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO: CONCEITO E ELEMENTOS

A relação de consumo é conceituada como uma relação jurídico-obrigacional que liga o fornecedor ao consumidor, cujo objeto de fornecimento é um produto ou a prestação de um serviço. Esses elementos que compõe a relação consumerista são fundamentais, visto que, sem a presença destes a relação não será enquadrada como de consumo. Portanto, para que uma relação de consumo seja constituída, é necessária a união de dois requisitos essenciais, sendo: uma das partes deve se enquadrar no conceito de fornecedor e a outra de consumidor, ou seja, onde uma deseja adquirir um produto ou a prestação de um serviço, enquanto a outra tem esse produto ou serviço para oferecer (TARTUCE, 2014).

De acordo com Cardoso (2016), a relação jurídica de consumo é uma relação social que foi juridicizada, e em que os sujeitos (coletivos ou individuais, pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, nacional ou estrangeira), em cada polo, chamados de fornecedor e consumidor e que se relacionam a propósito de objeto (objeto da relação jurídica), um bem da vida, ou seja, bens ou serviços alvos de interesse, do ato de consumo (negócio/ato jurídico de consumo).

A evolução histórica do Código de Defesa do Consumidor (CDC) é fundamental para compreender a incidência do mesmo na aplicabilidade das relações de consumo, uma vez que, é através do CDC que a vulnerabilidade do consumidor é estabelecida, a definição dos elementos que fazem parte da relação de consumo e toda a proteção da categoria social do consumidor. Em épocas passadas, as pessoas estabeleciam as relações de consumo, considerando a aquisição ou uso de determinado serviço ou produto com a destinação final, suas obrigações condutas eram estabelecidas para serem cumpridas por ambas as partes (DIAS, 2018).

Inicialmente tudo se dava de forma simples, e aos poucos surgiam os primeiros códigos que visavam regulamentar as relações de consumo. Segundo Oliveira (r), existem registros que os interesses dos consumidores no século XIII A.C, estavam assegurados pelo Código de Massú, que previa pena pela de multa e punição, assim como, a de ressarcimento de danos aqueles que adulterassem gêneros alimentícios, ou entregassem coisa de

espécie inferior àquela acertada, bem como, procedessem à venda de igual natureza por preços diferentes (TARTUCE, 2014).

Segundo Dias (2018), no Código ode Hamurabi, dentre vários outros assuntos, tratava-se sobre o preço, quantidade e qualidade dos produtos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi um marco importante para o direito do consumidor, que foi consequência da revolução francesa, no ano de 1789, pois reconheceu o consumidor como cidadão, titular de direitos individuais, essa perspectiva foi importante para a evolução histórica, servindo como suporte para as inovações legislativas advindas do Estado.

Em 1º de agosto de 1905, foi promulgada na França, a primeira lei que tratava sobre fraudes e falsificações de mercadorias, principalmente, aquelas destinadas a alimentação, expressando a preocupação do Estado com o consumidor. Enquanto o mercado sobrevivia com base em uma grande demanda reprimida, o consumidor continuava sendo desconsiderado como parte fundamental do processo de relação de consumo. A proteção ao consumidor se expandiu em alguns países a partir 1960. Principalmente, em decorrência do surgimento de associações de consumidores na sociedade, desenvolvendo o tema, e permitindo inovações legislativas em prol do consumidor. Na década de 70, surgiu no Brasil, a Associação de Defesa do Consumidor, localizada em Porto Alegre - RS, que foi responsável pela edição da importante Revista do Consumidor (GARCIA, 2011).

A Organização das Nações Unidas (ONU) passou a se preocupar com o tema, e em dezembro de 1969, aprovou a Resolução nº 2.542, que dispõe a Declaração das Nações unidas sobre o progresso e desenvolvimento social, onde o consumidor passou a ser objeto de preocupação por parte dos legisladores nos Estados Unidos. A ONU editou a resolução nº 39/248, em abril de 1985, em que abordou normas de proteção ao consumidor, além de amenizar as diferenças entre fornecedores e consumidores, ao propor que os países protegessem adequadamente os consumidores (GASPARETTO et al., 2019).

Porém, foi através da Constituição Federal de 1988, que se obteve o devido o reconhecimento para um novo sujeito de direitos, os consumidores, seja individual ou coletivamente. O Estado efetiva a sua proteção, assegurando a titularidade de direitos constitucionais fundamentais (art. 5º, CF), além de uma legislação codificada especial (art. 48, ADCT) e ainda, a consagração da Defesa do Consumidor como princípio da Ordem Econômica (art. 170, CF) e a garantia institucional da existência da efetividade do Direito do Consumidor.

Ao elencar os direitos do consumidor, o legislador faz questão de destacar que são alguns direitos básicos, ou seja, aqueles que servirão como base para orientar e instrumentalizar a relação de consumo (GARCIA, 2011). Com a promulgação da lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, efetivou-se os direitos dos consumidores, influenciando na mudança da forma como as relações de consumo passariam a ocorrer. Houveram diversas mudanças nas regras do direito civil, adequando-as para uma sociedade de consumo. Desta forma, foram estabelecidas novas regras para orientar os contratos e a prestação de serviço, com o intuito de proteger o consumidor de eventuais abusos por parte de fornecedores.

Somado a isto, se regulamentou a oferta de serviços e produtos e a publicidade dos mesmos, oferecendo um limiar ético para essas atividades. E assim o Código de Defesa do Consumidor se tornou um instrumento de defesa da sociedade, assegurando direitos como proteção à saúde, a vida e a segurança contra riscos provocados pelo fornecimento de produtos e serviços incluindo a proteção contra a publicidade abusiva e enganosa (TARTUCE, 2014). O consumidor passou a ser visto como parte vulnerável da relação de consumo, conforme dispõe o artigo 4º do referido instrumento

O princípio da vulnerabilidade do consumidor decorre de duas premissas, a primeira de ordem técnica onde o fornecedor se sobrepõe ao consumidor, por de ter o monopólio das informações relacionadas a cada produto ou serviço. A segunda de ordem econômica, onde na maioria das vezes o fornecedor possui maior capacidade econômica do que o consumidor. Diante da aplicabilidade deste princípio, denota-se a relevância de uma legislação específica para regulamentar a relação de consumo (MARQUES et al., 2018).

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor a relação de consumo se solidificou como um vínculo jurídico, ou o pressuposto lógico do negócio jurídico celebrado conforme as normas estabelecidas pelo CDC ponto final essa relação jurídica passou a ser analisada pela ótica da presença de elementos, sendo estes, objetivos e subjetivos (DIAS, 2018).

Os elementos objetivos englobam o negócio celebrado entre as partes, como um elemento para concretizar e formalizar o vínculo jurídico, e o bem, seja imóvel, móvel, incorpóreo ou corpóreo, objeto mediato da relação jurídica (produto ou serviço). Já os elementos subjetivos, envolvem o devedor, o credor e o consensualismo que deve existir entre estes como uma convergência de vontades para que o acordo seja pactuado sem vícios e sem prejuízos de igualdade entre os sujeitos envolvidos na relação consumidor e fornecedor (DIAS, 2018).

Segundo Marques et al., (2018) o CDC não conceitua claramente o que seria a relação de consumo, fazendo referência apenas aos elementos objetivos e subjetivos, colocando estes como parâmetro para caracterizar este tipo de relação jurídica independentemente do tipo contratual celebrado pelas partes. A ausência de qualquer um destes requisitos descaracteriza a relação jurídica de consumo, afastando-a do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

O consumidor é definido como toda pessoa jurídica ou física que adquire serviço ou produto como destinatário final, sendo assim, para consumo próprio ou da sua família. Caracteriza-se ainda como consumidor equiparado, aqueles que são vítimas de algum fato danoso ocorrido, desde que, tenham sofrido quaisquer tipos de dano, inclusive moral as pessoas determinadas ou não, expostas à oferta, às práticas comerciais abusivas, à publicidade, além das vítimas de acidentes de consumo (MARQUES et al., 2018).

Marques et al., (2018) observam que, o conceito de consumidor é aplicado a diversas classes de consumidores, portanto, os autores afirmam que a tutela oferecida pelo CDC ao consumidor não se restringe unicamente ao contrato. A defesa do consumidor abrange a fase pré-contratual, onde o fornecedor é vinculado as condições contratuais, bem como, as informações divulgadas por ele à coletividade através de mensagem publicitária, e após contratual, nos casos de responsabilidade pelo vício ou fato do produto e do serviço.

Neste contexto, entende-se como consumidor qualquer pessoa física ou jurídica desde que ao utilizar o adquirir determinado produto ou serviço haja como destinatário final, utilizando-o ou adquirindo-o para si mesmo ou sua família, ou seja, não comercialize o produto ou serviço. O CDC apresenta como fornecedor, toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, estrangeira ou Nacional, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de montagem, criação, importação, transformação, distribuição ou comercialização de produtos ou a prestação de serviços (BRASIL, 1990).

O referido rol de tipos de fornecedores, principalmente no que tange aos serviços, deve ser combinado com o artigo 12 do CDC, que inclui não apenas o fabricante, o construtor, o produtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, como também aqueles que protegem, manipulam, formulam, acondicionam ou apresentam o produto. Outra questão muito importante em relação ao fornecedor, é que nos serviços de natureza pública, tornam-se fornecedores de uma relação de consumo, soube tutela da Lei, a união, os estados, os municípios os partidos políticos, as autarquias as empresas públicas, as sociedades de economia mista, dentre outras.

São elencados como formadores da relação de consumo, os produtos ou serviços que são intitulados como objetivo final da relação de consumo, visto que, a mesma procura satisfazer o consumidor seja através da entrega de um produto ou pela realização de um serviço. O Código de Defesa do Consumidor traz a definição de produto em seu artigo 3º, parágrafo 1º, "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (BRASIL, 1990)". Quanto aos serviços, o CDC conceituou-o em seu art. 3º, § 2º.

Ante ao exposto, nota-se que as relações de consumo ter passaram por mudanças significativas novas ferramentas para incentivar o consumo surgiram, e uma destas é a utilização da publicidade, como forma direta de atingir o maior número de consumidores, objetivando convencê-los a comprar um produto ou/e compartilhar um comportamento ou aderir a uma ideia (MARQUES et al., 2018).

Assim como qualquer outra atividade lícita, a publicidade está submetida a legislação brasileira, desde a Constituição Federal, ao Código de Defesa do Consumidor, até chegar à legislação específica da atividade, como por exemplo, o código de Autorregulamentação Publicitária do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, que é tido como principal referência em termos de normas éticas no meio (BARBOSA et al., 2019).

Publicidades ilícitas: contextualização geral

A publicidade pode ser vista como uma forma de divulgação de informações cujo objetivo é incentivar os consumidores a adquirirem produtos ou serviços no mercado consumidor (TARTUCE; NEVES, 2014). Os autores defendem que o objetivo da publicidade é conscientizar o consumidor sobre a existência de um produto ou serviço e incentivar o consumo, ou seja, além de tornar o produto público, também visa induzir o consumidor a comprar aquele determinado produto ou serviço.

Para Jezler (2017), a publicidade é tão importante que, é protegida pela Constituição Federal, pois, movimenta a economia, ajuda a criar novos empregos e informa o consumidor sobre determinadas informações. A publicidade está intrinsecamente ligada à liberdade de expressão, no entanto, esta liberdade apresenta algumas limitações. Foi a partir da criação do Código de Defesa do Consumidor que a publicidade foi regulamentada, com o intuito de adequar o desenvolvimento econômico e a proteção do consumidor.

Fernandes (2005) destacou que o consumismo é uma das principais características da sociedade atual, que faz com que as pessoas queiram comprar uma variedade de produtos e serviços, não apenas aqueles que são realmente necessários, mas é importante que os consumidores possam obter produtos que estão disponíveis no mercado venda, que é feita através da mídia.

No entanto, essa publicidade não serve apenas para informar o consumidor da existência de um determinado produto, mas também para convencê-lo e incutir em sua mente que a compra do produto é essencial. O CDC conceitua publicidade enganosa em seu artigo 37, §1 e §3.

O CDC não exige que o anunciante engane intencionalmente, nem exige que o anúncio cause danos de qualquer natureza, desde que transmita uma característica que o produto não possua, e não informe o consumidor da decisão de ir ou não comprar o produto. É importante notar que nem todos os recursos do produto são essenciais. É importante ressaltar que, dado o conhecimento dos consumidores, nenhum negócio será realizado (Fernandez, 2005).

É importante que os anunciantes forneçam publicidade clara e informações precisas para que suas interpretações sejam inquestionáveis para que os consumidores possam exercer a livre crença na conveniência de comprar ou não comprar o produto (JEZLER, 2017).

Segundo Fernandes (2005) quando se trata de publicidade enganosa por ação, existe uma atuação comissiva do agente, sua ação deve estar apta a induzir o consumidor ao erro. Por exemplo, quando determinada publicidade afirma que um veículo vem com determinado acessório, quando na verdade, esse acessório não existe.

Já na publicidade enganosa por omissão, Tartuce (2014) destaca que, o agente deixa de informar elementos essenciais do produto que poderiam fazer com que o consumidor não quisesse mais adquiri-lo, como por exemplo, ao anunciar um produto de cuidados com a pele informando que este produto possui vários benefícios, que na verdade não possui, este é um tipo de publicidade enganosa por ação ponto final já o anúncio deixando de informar que esse mesmo produto é prejudicial para determinado tipo de pele, é um exemplo de publicidade enganosa por omissão. O art. 37, §2º conceitua a publicidade abusiva.

De acordo com Tartuce (2014) a publicidade abusiva é ilícita por ter como conteúdo o abuso de direito. Esse tipo de publicidade vai contra os valores sociais, para que ela seja caracterizada é necessário considerar os valores da comunidade e o senso comum.

Para Jezler (2017) a publicidade abusiva é aquela que diz respeito aos valores ambientais, utilizando a fragilidade e o medo dos consumidores, induzindo um comportamento prejudicial à saúde, que é discriminatória, dentre outros, esse rol é meramente exemplificativo visto que, a publicidade enganosa é aquela que atinge os valores protegidos pela sociedade, e que esses valores não são estáticos, eles mudam com o passar do tempo.

Ao decidir, julgador deve analisar uma questão que está dotado de subjetividade, pois, não há conceito exato sobre o que seria abusivo. Sendo assim o juiz deve analisar se aquela publicidade realmente afetou os valores defendidos pela sociedade, e não aqueles valores que lhe são próprios (JEZLER, 2017). O autor ressalta que, também são consideradas abusivas algumas práticas de publicidade, que tem o condão de influenciar crianças, uma vez que, esse público é dotado de extrema fragilidade.

Nos dias atuais, existem publicidades online onde crianças influenciam outras crianças a comprar determinado produto. A publicidade de um determinado produto que alguns influenciadores divulgam voltados para

o público infantil, podem ser considerados um exemplo de publicidade abusiva, pois, conforme relatado anteriormente, este público é considerado mais vulnerável. E quando essa influência é feita através da internet, a vulnerabilidade se torna ainda maior, já que muitas vezes, os pais não possuem controle do material que os filhos têm acesso (JEZLER, 2017).

O CDC traz em seu artigo 36, o princípio da identificação da mensagem publicitária e conseqüente, onde proíbe a publicidade oculta, ou velada. "Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal" (BRASIL, 1990).

Para Dias (2018) o objetivo deste princípio é garantir que o consumidor tenha sempre a consciência de que determinada mensagem publicitária visa oferecer um produto ou um serviço que não se trata apenas de uma opinião pessoal de quem está oferecendo. Geralmente, as mensagens publicitárias podem ser identificadas com facilidade pelos consumidores, visto que, é possível identificar determinada marca o fornecedor. O local onde essas mensagens são exteriorizadas ao público, também contribui para que o consumidor identifique que se trata de uma publicidade paga.

Mas, existem alguns tipos de publicidade onde essa intenção de venda não está tão clara, transparecendo se tratar de uma opinião neutra e desinteressada, sem que seja revelado, seja pelo seu conteúdo ou forma, o caráter publicitário (DIAS, 2018). Neste ponto, é importante destacar que, esse tipo de publicidade viola o princípio da identificação da mensagem publicitária.

Essa mensagem oculta pode ser considerada um tipo de publicidade enganosa, já que o rol do artigo 37 do CDC é meramente exemplificado, podendo essa indução a erro se dar por qualquer outro modo, incluindo a sua apresentação. Portanto, o erro não está na informação prestada, mas na falta de possibilidade de o consumidor reconhecer aquela mensagem como uma mensagem publicitária (DIAS, 2018).

Assim como na publicidade enganosa, aqui os influenciadores induzem o consumidor a erro, já que eles passam a ideia de que aquela mensagem nada mais é do que uma opinião pessoal, sim qualquer tipo de interesse comercial, quando na verdade, é uma publicidade paga. Nesse aspecto, a credibilidade e confiança que os influenciadores possuem é utilizado como forma de alavancar as vendas do produto, sem que isso aparente ser uma publicidade. Quando um influenciador indica um produto pelas suas qualidades, sem apresentar claramente para os seus seguidores que aquilo é uma publicidade paga, ele está induzindo o consumidor acreditar que é uma opinião pessoal, e isso caracteriza a prática de publicidade oculta (SIMAS; SOUZA JUNIOR, 2018).

No que tange a publicidade testemunhal, esta pode ser definida como aquela em que o consumidor é levado a acreditar na existência, crença ou experiência de uma pessoa distinta de anunciante, que pode ser um especialista, uma celebridade (TARTUCE, 2014). Este é um dos tipos de publicidade com maior persuasão sobre os consumidores, visto que, é dada maior credibilidade a opinião de uma pessoa diferente do anunciante, sendo ainda mais persuasiva se a sua opinião vier de alguém com grande visibilidade, como é o caso das celebridades. Esse tipo de publicidade ocorre quando o testemunho guarda conexão com a atividade profissional da celebridade. É possível citar como exemplo, o caso das blogueiras de maquiagem, quando elas falam de algum produto de beleza, também é necessário que a celebridade expõe um juízo de valor sobre determinado produto, caso não o faça, ela estaria configurando apenas como porta voz do anunciante (BENJAMIN; MARQUES, 2013).

Para Dias (2018) essa publicidade testemunhal também está vinculada ao princípio da veracidade, sendo assim, caso não reflita os verdadeiros benefícios e resultados daquele produto, ou a sua experiência real, essas celebridades também responderão por publicidade enganosa.

No caso dos novos meios de comunicação, como: YouTube, Twitter, blogs, também é necessário garantir a aplicação dos princípios da veracidade e da identificação da mensagem publicitária. Porém, é necessária a natureza promocional das declarações, é essa natureza que garantirá a incidência da legislação consumista (JEZLER, 2017).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL

Sabe-se que a elaboração do Código de Defesa do Consumidor não é concomitante ao surgimento da figura do influenciador digital, tendo em vista que, esse profissional teve sua aparição apenas na sociedade atual. O

influenciador digital é visto como um profissional da "web" que através das suas postagens nas redes sociais, consegue disseminar ideias e vender produtos, atingindo uma grande quantidade de usuários que se tornam possíveis consumidores, de forma rápida e eficaz (HENRIQUE, 2020).

Segundo Dias (2018) com o auxílio das redes sociais, os influenciadores digitais passaram a criar vários conteúdos com caráter publicitário com o intuito de conduzir ao consumo de produtos, marcas ou serviços específicos. A partir de então, as empresas passaram a ver esse tipo de publicidade como um meio eficaz para atrair e aproximar os consumidores ao uso de serviços e produtos indicados por outros supostos consumidores". Tendo em vista que ao ver uma propaganda feita por outra pessoa que não possui vínculo com uma empresa, subentende-se que, o sujeito que faz a indicação, utilizou e aprovou o serviço o bem, e não está ganhando nada em troca dessa divulgação.

Dias (2018) complementa afirmando ainda que, atualmente, a internet se tornou uma atividade do cotidiano das pessoas. Anunciar nesse meio digital passou a ser tarefa obrigatória para as empresas que buscam um diferencial para sua marca, bem como, promover produtos ou serviços com maior acuracidade, direcionando-os para públicos-alvo específicos.

A rede social que comporta o maior número de influenciadores digitais atualmente, é o Instagram, um aplicativo que conquistou internadas, além de expor a vida das pessoas através de posts, possui uma grande aceitabilidade e é de fácil acesso, portanto, quando se tem um grande número de seguidores, as publicações feitas atingem uma proporção grande em número de usuários (HENRIQUE, 2020).

No referido aplicativo os influenciadores digitais se destacaram quando passaram a mostrar seus afazeres diários, o seu estilo de vida, seus produtos favoritos, dentre outras coisas do seu cotidiano, e logo ganharam visibilidade, pois influenciam diretamente a vida daquele que se propõe a segui-lo, acompanhando diariamente as suas indicações de produtos e serviços, as suas dicas passando a consumir em razão da indicação feita pelo profissional da web (HENRIQUE, 2020).

Com a disseminação das redes sociais, os influenciadores digitais passaram a utilizar a publicidade para divulgar produtos ou serviços, essa prática é conhecida como publicidade testemunhal já apresentada anteriormente, na qual, ao fazer a divulgação, o mesmo manifesta a sua opinião sobre o que está divulgando, causando ao consumidor a sensação de que não se trata de uma propaganda paga por um fornecedor ou anunciante, e sim de uma mera indicação (DIAS, 2018).

A internet se tornou uma porta aberta para que a divulgação de propagandas em várias formas, inclusive enganosa, seja divulgada, principalmente nas redes dos influenciadores. Ou seja, nem sempre as regras determinadas pela legislação ou por órgãos de autorregulação publicitária são cumpridas. Conforme declara Dias (2018, p.136):

O conteúdo gerado por terceiros na Internet é frequentemente identificado por comentários, artigos, blogs, posts com comentários, arquivos publicados em mídia digital (podcasts), fotos ou vídeos. Esses conteúdos espontâneos e autênticos estão além do escopo dos padrões de publicidade. No entanto, se as empresas solicitarem, endossar, incorporar, distribuir ou promover ativamente para fins de publicidade conscientemente, elas devem se qualificar como comunicações de marketing, e as empresas de publicidade são igualmente responsáveis pelo material comunicado pelos influenciadores de marketing. Os problemas surgem quando a natureza dessa publicidade não é clara o suficiente para os consumidores, enganando-os sobre a verdadeira origem e natureza de uma postagem, foto, comentário, link ou artigo "pago". Essas informações, chamadas de publicidade, são obrigatórias, fiquem identificadas como "publicidade" pelos consumidores, evitando-se sua confusão com editoriais, críticas ou depoimentos espontâneos de terceiros, sempre que seu contexto forma ou conteúdo não se possa facilmente identificar tal natureza publicitária.

A fragilidade na análise da responsabilidade dos influenciadores digitais está no fato de que, nem sempre os postes feitos possuem caráter publicitário, em muitos casos, o que se tem é uma simples demonstração de

conteúdos, autênticos e despretensiosos. Mas, se os posts foram feitos através de uma parceria paga pelo fornecedor anunciante, devem identificar explicitamente o seu caráter publicitário.

A publicidade digital deve ser claramente identificável pelo consumidor, deve respeitar as normas autorregulamentares e legais, isso quer dizer que, a relação existente entre o fornecedor anunciante e o influenciador digital deve ser clara, caso isso não ocorra, esse tipo de publicidade pode ser visto como enganosa e velada, mesmo que as afirmações sobre os produtos e serviços sejam verdadeiras (WATANABE, 2020).

Dias (2018 p.46) conceitua publicidade enganosa como "aquela responsável pela veiculação de caráter publicitário que induz o consumidor ao erro quanto as características de determinado produto ou serviço anunciado". Isso faz com que o consumidor fique em estado de erro, diante da mancha. Os influenciadores digitais são definidos pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação publicitária (CONAR) como os propagadores da publicidade testemunhal, portanto, assumem condição de celebridades garantidoras dos produtos e serviços indicados.

Guimarães (2001) defende que as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, devem ser aplicadas às celebridades, inclusive no que diz respeito a responsabilidade em caso de violação dos direitos do consumidor, pois, os influenciadores digitais são pessoas públicas ou famosas que possuem grande notabilidade e são integrantes da cadeia de consumo.

Segundo o autor, para a celebridade responder pelos danos causados em decorrência da sua informação, deve ser ter um benefício, seja ele qual for. Em regra, esse benefício está no cachê recebido previamente ou no ganho ao participar das vendas, mas, haverá ainda, a responsabilidade da personalidade mesmo que a remuneração seja destinada a um órgão que esteja diretamente ligado a ela, como por exemplo: um artigo comercial para a empresa Honda, feito pela filha de Juscelino Kubitschek, cuja remuneração foi destinada a Fundação JK, ou ainda, quando a personalidade doa o cachê para uma instituição de caridade (GUIMARÃES, 2001).

Tendo em vista o poder de persuasão que os influenciadores digitais exercem sobre seus seguidores, usuários da internet através da propagação de seus posts, bem como, a vantagem econômica que recebem, entende-se que a responsabilidade dos influenciadores digitais é objetiva, devido aos princípios da boa-fé e da solidariedade, e a proteção da parte mais vulnerável da relação consumerista, que é o consumidor (TARTUCE; NEVES, 2017).

Nos casos de publicidade testemunhal, exceto se elas próprias induzidas em erro pelo anunciante o profissional de publicidade, as celebridades são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em decorrência da propagação das mensagens publicitárias e ilícitas, desde que o mesmo receba algum benefício decorrente da publicidade (TARTUCE; NEVES, 2017).

Assim sendo, caso as qualidades atribuídas aos produtos e serviços não condizem com a realidade, a indicação feita pelo influenciador digital confronta diretamente os princípios da boa fé e da confiança, assegurados no CDC. A boa fé encontra-se prevista como cláusula geral nos contratos de consumo .

O princípio da boa-fé é o norteador máximo do Código de Defesa do Consumidor e serve como base para toda a conduta contratual que traz a ideia de cooperação respeito e fidelidade nas relações contratuais. A boa-fé deve estar presente também em anúncios publicitários, pois é através da publicidade que o consumidor tem um primeiro contato com o produto e serviço que deseja adquirir (DIAS, 2018). O princípio da confiança encontra-se descrito no CDC .

Para Theodoro Júnior (2017) a confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto no vínculo contratual como instrumento determinante para atingir aquilo que deseja, talvez seja um produto ou serviço. Tem-se um exemplo aquele consumidor que vê a postagem de um determinado influenciador digital, e neste post, o mesmo indica um determinado produto, aufere suas qualidades, propaga que utiliza e indica, porém, esse influenciador recebeu uma determinada quantia do fornecedor anunciante, para indicar o produto. Neste caso, se o produto apresentar defeito, o consumidor pode responsabilizar de forma solidária ou fornecedor anunciante e o influenciador digital.

Esse tipo de publicidade desencadeia um comportamento no consumidor, em nível consciente e inconsciente, causando uma resposta imediata devido ao conceito pré-existente que se tem daquela pessoa ou

grupo que está testemunhando a favor do produto, agregando-lhe valores como sucesso admiração, riqueza, juventude, beleza, tradição, etc. (CARVALHO, 2019).

Nos perfis do Instagram, a questão da publicidade é muito delicada, pois se trata da exposição da vida pessoal do influenciador digital, ou seja, as postagens são elaboradas com base no seu dia-a-dia, exibindo seu estilo de vida, suas ideias, vontades e muitas vezes produtos que usam e a prova. Ao verificar que o influenciador utiliza essa ou aquela marca se sentirá mais predisposto a adquirir o mesmo produto ou serviço, ou pelo menos tomará ciência de uma marca que antes não conhecia (BARBOSA et al., 2019).

Segundo Carvalho (2019) a responsabilização advinda dos que fazem a veiculação da publicidade, o fornecedor anunciante tem a sua responsabilidade bem clara, pois é ele quem paga, prepara e dirige a veiculação do anúncio, sendo o maior beneficiário e responsável pelos eventuais danos causados aos consumidores de maneira objetiva, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade, sem a necessidade de apurar a existência de dolo ou culpa.

A responsabilidade do influenciador digital consiste no encargo de assumir as consequências de um ato. A legislação consumista, prevê solidariedade da cadeia de fornecimento, de modo que todos aqueles que estejam envolvidos no ato publicitário, sejam responsabilizados caso haja abusividade e enganosidade. “Aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou desvantagens dela resultantes” (GUIMARÃES, 2001 p. 85).

Na maioria das situações onde o profissional da “web” faz indicações de produtos ou serviços, ele recebe algum benefício econômico, e como consequência a causa de danos, deve assumir as consequências do ato praticado. Neste contexto, o que se espera tem um digital influencer é cautela e boa-fé para praticar atividades publicitárias. Pois, sabe-se que as informações e a exposição de produtos ou serviços encontram-se dentro de uma intenção negocial, e conseqüentemente, deve pessoa que a fornece, e que tem interesse próprio, agir de forma a não causar danos ao destinatário (GASPARETTO et al., 2019).

Essa concepção repassa pelos valores de confiança, lealdade e boa-fé, indispensável para uma relação jurídica consumerista. Dada a recorrência da participação de pessoas famosas em publicidades, o código de ética publicitário dispõe:

O anúncio que abrigar o depoimento de pessoa famosa deverá, mais do que qualquer outro, observar rigorosamente as recomendações do Código.2.2. O anúncio apoiado em testemunhal de pessoa famosa não deverá ser estruturado de forma a inibir o senso crítico do consumidor em relação ao produto. 2.3. Não será aceito o anúncio que atribuir o sucesso ou fama da testemunha ao uso do produto, a menos que isso possa ser comprovado.2.4. O Anunciante que recorrer ao testemunhal de pessoa famosa deverá, sob pena de ver-se privado da presunção de boa-fé, ter presente a sua responsabilidade para com o público. (CONAR, 2021, s/p).

É importante lembrar que, os influenciadores possuem liberdade de criação, este é um dos motivos do sucesso das parcerias com fornecedores. A forma como a mensagem consegue ser transmitida e gera uma maior aceitação dos seguidores, é ocasionada pelo conteúdo autêntico produzido e pela propagação que estes posts assumem, conseguindo se disseminar em questão de segundos, atingindo assim, um grupo extenso de usuários, que ao realizar a compra ou utilizar o serviço indicado, se tornam consumidores. Com a propagação das postagens sem a indicação de que se trata de uma publicidade paga pelo fornecedor, os seguidores são conduzidos a acreditar que o post aborda uma indicação, uma opinião desinteressada (DIAS, 2018).

Segundo Dias (2018) em muitos casos, isso ocorre porque os leitores não se interessam por textos patrocinados respostas, através da sessão de comentários. Havendo claramente uma predileção por parte dos seguidores, pelas publicidades que não são fruto de uma relação contratual. Além disso, para o próprio fornecedor é mais interessante que o consumidor acredite que se trata de uma indicação onde o “blogueiro”, na posição de consumidor, aprovou o produto, ou seja, um reflexo da sua experiência positiva, do que como inserção de anúncio publicitário postado a partir de um acordo comercial.

Onde existe a aparência de uma informação neutra e desinteressada a publicidade se torna mais capaz e influente, atingindo seu principal objetivo no mercado de consumo. É obrigação do influenciador digital deixar explícita a sua relação comercial com a empresa do produto divulgado ponto final na prática, alguns influenciadores utilizam a tag "publi" ou "publipost" para fazer a identificação correta, mas ainda assim, são constantes os casos onde o caráter publicitário é ocultado, violando os preceitos dispostos pelo Conar e a lei nº 8.078/90 (GASPARATTO, 2019).

Segundo Bastos (2019) para que seja imputada a responsabilidade ao influenciador digital, deve-se verificar se foi concretizada a publicidade antijurídica é necessário apurar se os princípios que balizam a atividade publicitária foram violados. Dias (2018 p.79) afirma que:

Existem mensagens onde a função é promover o consumo de certo bem ou serviço não está claramente identificada, exibindo a aparência de uma mensagem neutra ou não proveniente do fornecedor do produto sobre o qual discorre, e nesses casos, pode se tornar mais eficaz e influente sobre o seu receptor. Essas publicidades são chamadas de ocultas, camufladas ou clandestinas e seu estudo pela doutrina brasileira ainda se demonstra incipiente, embora o tema seja de grande relevância, em face dos efeitos danosos que estas mensagens podem causar aos consumidores.

Portanto, trata-se de uma espécie de publicidade enganosa pois conduz o consumidor ao erro em relação a origem das indicações feitas pelo influenciador digital. Por consequência, este influenciador, deve ser, junto ao fornecedor anunciante responsável objetiva e solidariamente responsabilizado pelos anúncios ilícitos. Sampaio e Miranda (2021) prelecionam e sua obra que o Superior Tribunal de Justiça (STF) vem entendendo que a responsabilidade relacionada à publicidade se estende aqueles que veiculam e aqueles que aproveitam dela.

O Conar possui regimentos que imputam a responsabilidade e as pessoas envolvidas no processo publicitário, desta forma, o art. 3º dispõe que "todo anúncio deve ter presente responsabilidade do anunciante, da agência de publicidade e do veículo de divulgação junto ao consumidor (CONAR, 2020)", e no art. 15, dispõe sobre o respeito ao padrão ético de conduta "sejam Anunciantes, Agências de Publicidade, Veículos de Divulgação, sejam Publicitários, Jornalistas e outros Profissionais de Comunicação participantes do processo publicitário (CONAR, 2020).

Não se pode olvidar que a confiança e a boa-fé objetiva são princípios de ordem pública e a quebra destes preceitos gera a responsabilidade sem culpa, o que em regra, está presente em relação a oferta ou a publicidade. Sabe-se que o influenciador digital integra a cadeia de consumo junto ao fornecedor anunciador, portanto, deve se atentar a estes princípios (SAMPAIO; MIRANDA, 2021).

É justamente com a violação direta destes princípios que se encontram regulamentados no CDC que, se apura a responsabilidade objetiva, uma vez que, os influenciadores estão em vantagem quando comparados aos consumidores que são a parte vulnerável da relação de consumo (SAMPAIO; MIRANDA, 2021). A responsabilidade prevista no artigo 7º, parágrafo único, do CDC dispõe sobre a solidariedade na cadeia de consumo tendo mais de um autor A ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo (BRASIL, 1990)".

A incidência da solidariedade advém do princípio da confiança, com todos coobrigados pelo dever de reparar os danos aos consumidores. Sendo assim, ao acelerar pela responsabilidade objetiva dos influenciadores digitais, tem-se como base que eles: a) fazem parte da cadeia de consumo, junto ao fornecedor anunciante, respondendo solidariamente pelos danos causados; b) recebem vantagem econômica e c) se relacionam diretamente com os seus seguidores, que a partir do momento que adquirem o produto ou serviço indicado pelo influencer dentro da publicidade, torna-se consumidor. Portanto, deve ser caracterizada a relação de consumo, devidamente regulamentada pelo CDC (HEMRIQUE, 2020).

Desta feita, Nunes (2021) destaca que, é fundamental que todos os consumidores se atentem às compras de produtos e a utilização de serviços, tomando como base a propaganda de um influenciador digital, uma vez que, atualmente a fragilidade perante a era tecnológica é exacerbada, fazendo com que a praticidade e a pressa em adquirir algo, leve a um consumo prejudicial. Devendo se atentar a forma como os posts são divulgados nas redes sociais.

CONCLUSÃO

Nos dias atuais, os influenciadores digitais são utilizados como ferramenta de publicidade de produtos e serviços oferecidos pelas marcas. Essas marcas enxergam os fãs e seguidores desses influenciadores como possíveis consumidores. Toda relação de confiança criada por esses digitais influencers se torna um campo fértil para a publicidade, visto que, essa confiança depositada no influenciador torna mais fácil o induzimento dos seus seguidores a determinado comportamento. O Brasil não possui qualquer legislação que regulamente especificamente a publicidade realizada pelos influenciadores digitais, porém, não é razoável que uma determinada conduta que acabe causando um dano fique sem qualquer tipo de responsabilidade.

Desse modo, deve-se fazer um cortejamento aos princípios e legislações já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como no caso do Código de Defesa do Consumidor. Por ser o consumidor a parte mais vulnerável dessa relação jurídica, ainda mais no caso analisado no presente trabalho, visto que, realmente existe um vínculo, uma relação de confiança entre o influenciador digital e seu público, não pode-se supor que esse mesmo consumidor, que a todo momento tem seus direitos resguardados pelo CDC possa sofrer prejuízos, sem que haja responsabilidade por parte daqueles que participaram da cadeia de fornecimento, principalmente, sem haver a responsabilização daquele que diretamente o induziu para a aquisição daquele determinado produto ou serviço.

É fato que, o ordenamento jurídico pátrio, já protege os direitos do consumidor, como a parte mais vulnerável da relação de consumo, além de estabelecer limites quanto às práticas abusivas, como é o caso da publicidade ilícita, desta forma, mesmo não havendo previsão expressa quanto ao caso dos influenciadores digitais, não há dúvidas de que, essas mesmas limitações se aplicam a eles.

Desta forma, diante do exposto, resta claro a necessidade de responsabilização dos influenciadores digitais em razão da posição de garantidores apresentada frente aos seus seguidores, em decorrência da relação de confiança estabelecida, do recebimento de benefícios e dos diversos princípios apresentados anteriormente. Da mesma forma, por serem parte da cadeia de consumo, o presente trabalho sugere que a responsabilidade seja objetiva e solidária, nos termos do artigo 7º, parágrafo, do Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Maria Augusta et al. O impacto da utilização das redes sociais pelos digital influencers como ferramenta de marketing das empresas varejistas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO, 1., 2017.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.
- CARDOSO, B. C. Influência das redes sociais da digital influencer no comportamento de seus seguidores. (Trabalho de conclusão de curso) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/148529>. Acesso em: 25 ago. 2022.
- CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Representação n. 139/20. [2020]. Desinchá; Rafaella Kalimann. Julgamento set. 2020. Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=5564>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- FERNANDES, Adriana Figueiredo. A publicidade enganosa e abusiva e a responsabilidade dos envolvidos. Monografia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro- PUC, Rio de Janeiro, 2005. p. 10. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10136/10136.PDF>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2011
- GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 19, n. 1, p.65-87, 9 abr.

2019. Centro Universitário de Maringá. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87>. Acesso em: 20 ago. 2022.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HENRIQUE, Máira Moura Barros. Responsabilidade civil das celebridades digitais na publicidade do Instagram. Revista Caderno Virtual. Brasília, v. 1, n. 46, p. 104-130, 26 maio 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/4162/1805>. Acesso em: 20 ago. 2022.

JEZLER, Priscila Wândega. Os influenciadores digitais na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita. Monografia. Universidade Federal da Bahia Faculdade de Direito, Bahia, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/25019/1/JEZLER%2C%20Priscila%20W%C3%A2ndega%20-%20Influenciadores%20digitais.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva; MIRANDA, Thainá Bezerra. A responsabilidade civil dos influenciadores digitais diante do Código de defesa do consumidor. Revista dos Tribunais: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 30, n. 133, p. 175- 204, jan. 2021. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/3441>. Acesso em: 20 ago. 2022.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.

56 RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ALIENAÇÃO PENAL

Mylene Manfrinato dos Reis Amaro
Bruna de souza de Oliveira

RESUMO: O presente artigo tem como intuito analisar a incidência da responsabilidade civil na alienação parental. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: em que medida a responsabilidade civil pune a prática da alienação parental? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo torna-se possível afirmar que a lei não consegue ser totalmente eficaz, uma vez que só protege quem efetivamente procurar proteção por parte do judiciário. Para tanto, foram estudados instituto da família; dos princípios do direito de família; do poder familiar; do instituto da responsabilidade civil; espécies de responsabilidade civil; da alienação parental. O objetivo geral deste artigo científico é conceituar identificar e combater a alienação parental no seio da família. Além, de identificar as práticas e ações possíveis, as implicações jurídicas, os meios de prova, a dificuldade das partes em lidar com o conflito familiar que surge, e o reconhecimento pelo judiciário de sua existência e aplicação das sanções previstas em lei. Os objetivos específicos do texto, que refletem na estrutura em três seções a) avaliar as mudanças oriundas do instituto da família, por meio do estudo dos novos núcleos familiares; b) investigar o instituto da responsabilidade civil por meio de seus pressupostos e espécies; c) perquirir como a responsabilidade civil é capaz de responsabilizar os atos de alienação parental. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que a lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 prevê punições para aquele que insistir na prática de tal ato que gera inúmeras consequências psicológicas para criança e que prejudica o convívio afetivo familiar que de fato é direito da criança e do adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação parental; Direitos da Personalidade; Responsabilidade civil.

ABSTRACT OU RESUMEN: This article aims to analyze the incidence of civil liability in parental alienation. The problem that guides the research can be summarized in the following question: to what extent does civil liability punish the practice of parental alienation? Based on the data collected from a set of research carried out on the subject in the area of Law, reflected in the bibliography that supports the present study, it becomes possible to affirm that the law cannot be fully effective, since it only protects those who effectively seek protection from the judiciary. For that, the family institute was studied; the principles of family law; of family power; the institute of civil liability; types of civil liability; of parental alienation. The general objective of this scientific article is to conceptualize identifying and combating parental alienation within the family. In addition to identifying possible practices and actions, the legal implications, the means of proof, the difficulty of the parties in dealing with the family conflict that arises, and the recognition by the judiciary of its existence and application of the sanctions provided for by law. The specific objectives of the text, which are reflected in the structure in three sections: a) to evaluate the changes arising from the family institute, through the study of the new family nuclei; b) investigate the civil liability institute through its assumptions and species; c) to investigate how civil liability is capable of making acts of parental alienation responsible. The research method used was the hypothetical-deductive, through the use of bibliographic and documental research technique. It is concluded that law nº 12.318, of August 26, 2010, provides for punishments for those who insist on the practice of such an act that generates numerous psychological consequences for the child and that harms the affective family life that in fact is a right of children and adolescents.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Parental alienation; Personality Rights; Liability.

1 INTRODUÇÃO

A Família é à base da sociedade brasileira; embora o Estado não interfira diretamente em sua formação e constituição, são garantidos os valores morais, éticos e sociais e a personalidade de seus membros, inclusive dos filhos menores. A prática da alienação parental pode acarretar uma síndrome conhecida como SAP - Síndrome da Alienação Parental - por isso é responsabilidade de todos evitar as práticas que possam desencadeá-la, e o judiciário, ao fornecer jurisdição, tem feito um pesado dever de punir a alienação. Pretendemos escrever este artigo, abordando o conceito de alienação parental, apresentando possíveis condutas típicas, a forma como as provas são admitidas em juízo, o entendimento do tribunal, os danos que a criança sofre e o reconhecimento do judiciário da alienação parental.

As principais leis trouxeram grandes mudanças no ambiente familiar, mas a sociedade, onde as pessoas estão dinamicamente conectadas, traz novos direitos, novas famílias, que ainda não são protegidas pela norma. Portanto, a alienação parental passou a ocorrer nos processos litigiosos de Guarda, Divórcio e Dissolução de Sociedade de Fato, ou seja, assunto relativo ao Direito de Família que passou a ocorrer com maior incidência devido às modificações do instituto da família.

Portanto o termo família merece um olhar mais abrangente nos dias atuais, pois existem inúmeras formas de organização social consideradas como família já que o modelo de família patriarcal, a que considera o homem como chefe começou a mudar no final do século XIX e início do século XX, em grande parte devido ao poder do feminismo.

No patriarcado há poder masculino, dominação masculina e submissão feminina: é o poder ou autoridade do pai. Este sistema foi combatido pelo movimento feminista na década de 1970. Toda criança e adolescente tem direito a uma família saudável que lhes proporcione condições para uma boa educação em todos os aspectos. Os pais são responsáveis por manter a imagem um do outro em caso de ruptura conjugal, união estável ou tutela.

Os pais não podem ser os carrascos de seus próprios filhos. Os filhos menores não são espólios de guerra, não contestados por seus pais, mas pessoas em estágio de desenvolvimento que precisam de amor, afeto, respeito, atenção; portanto, devem ser protegidos do desgaste natural das disputas legais. Nenhuma das partes pode alienar filhos como os dos pais do outro.

2 DO INSTITUTO DA FAMÍLIA

O Código de 1916 defendia que a família estava ligada apenas a dois pontos fundamentais; o casamento formal e a consanguinidade, mas ao longo dos anos a realidade social trouxe uma nova concepção de família sendo completamente diferente da realidade anterior que era focado apenas no sexo e na procriação. Atualmente a nova concepção do direito de família tem se pautado em valores, como afetividade amor e o carinho.

Diante disso para Gonçalves (2017, p.31) a família possuía uma autoridade na qual o homem, era o comandante e a mulher era apenas uma subordinada, não tendo está o direito de decisão. Mas a sociedade mudou, e em consequência disso o direito também, direitos antes que eram considerados inadequados e inexistentes hoje são acessíveis a todos os cidadãos, independentemente de gênero, raça ou cor. O autor ainda dispõe que o direito de família possui forte influência do direito canônico, "(...) como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio" (GONÇALVES, 2017, p. 32).

Atualmente, o direito de família possui um conceito mais amplo, que abrange os mais diversos modelos de família, sendo elas as famílias paralelas, simultâneas, monoparental, anaparental e a própria união estável. Isso evidencia que atualmente as relações famílias modificaram-se alcançando todas as pessoas que se unem em núcleos de afetividade com o intuito de compartilhar de uma família.

Diante disto não possível limitar o conceito de família nos dias de hoje, pois essas famílias são baseadas no afeto que possuem independente da maneira que são formadas, tendo todos os seus membros o dever de agir com responsabilidade frente ao seu núcleo familiar.

2.1 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios que regem o direito de família não são leis em si, porém são mecanismos que facilitam a criação de uma legislação e que auxiliam os profissionais da área jurídica na interpretação dos fatos sociais, sendo necessário interligações para respostas mais efetivas. Nesse sentido, existe uma gama de princípios que possuem o condão de nortear as relações familiares com a finalidade de proporcionar o bom e perfeito desenvolvimento dos núcleos familiares.

O primeiro princípio consiste na dignidade da pessoa humana, esse princípio possui previsão no artigo 1º, III, CF, considerado como “alicerce da norma jurídica” pois a dignidade é essencial para o Estado Democrático de Direito servindo como um amparo de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Isso porque, “(...) a dignidade vem retratar o conteúdo do imperativo Kantiano, segundo o qual o homem há que ser considerado como um fim em si mesmo, jamais como meio para obtenção de qualquer outra finalidade” (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2010, p.69)

Outro princípio de importância para o direito de família é o da Afetividade, previsto na Constituição Federal, por meio dos artigos 226 §4º, 227, caput, § 5º c/c § 6º, e § 6º. Tal princípio é base fundante das relações familiares, devendo ser presente seja no casamento formal, na família paralela, na família simultânea, na família monoparental, na família anaparental, e na união estável.

A convivência familiar também consiste em um princípio que dispõe que os membros de um núcleo familiar precisam relacionar-se para a construção de bases sólidas que favorecem o desenvolvimento dos membros familiares, principalmente em relação aos menores vulneráveis que necessitam de forma enfática dos genitores para sua formação (LOBÔ, 2008, p. 52-53).

Já o princípio da liberdade, previsto no artigo 22, § 7º da Constituição Federal e Código Civil Artigo 1.513, proíbe a interferência de qualquer pessoa ou do Estado na constituição familiar, isso significa dizer que as pessoas possuem liberdade de formar famílias como bem entender, conforme dispõe o art. 1.565 do Código Civil, onde enfatiza o direito ao livre planejamento familiar.

Outro princípio basilar do direito de família é o do pluralismo familiar, previsto no §§ 3º e 4º do art. 226 da Constituição Federal, vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

Ou seja, a constituição adotou a ideia do pluralismo matrimonial reconhecendo diversas entidades familiares modificando a ideia anterior de que era formada apenas por meio do matrimônio, sendo o novo modelo baseado na afetividade, independente da forma que se revestir.

Já por meio do princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros prevista no art. 226, §5º da Constituição Federal e artigo 1.511 do Código Civil a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal formada pelo casamento ou pela união estável, ou seja, um deve auxiliar o outro independente para o desenvolvimento saudável do núcleo familiar. Tem-se também o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que vem frisar a importância de um lar tranquilo e a garantia de proteção, conforme artigo 227, Constituição Federal.

Por fim, o último princípio que será analisado é o da solidariedade familiar, que consiste no dever que os genitores assumem para contribuir com sustento, assistência material e moral e tudo que se faça necessário para

a manutenção e sobrevivência da prole, portanto o lar pode ser definido como solidariedade, pois é um local de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado.

2.2 DO PODER FAMILIAR

O Poder familiar é o antigo pátrio poder ou pátria potestas sendo um termo latim e significa, literalmente, "pai de família" e reconhecendo que é exercida por ambos os pais, a expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar no Código Civil de 2002. Os direitos da família são os direitos e obrigações dos pais para com seus filhos, portanto, as famílias são ajustadas para buscar uma convivência pacífica entre seus membros.

Conforme exposto no Código Civil, artigo 1.631:

Art. 1631- Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurada a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (BRASIL, 2003).

A legislação também prevê encargos em relação aos bens de menores e casos de suspensão do poder familiar, mas neste caso é temporário e depende de decisão do judiciário como perda desse poder em definitivo devendo estar sempre de acordo com constitucionais da dignidade da pessoa humana como aos princípios do Estatuto da Criança e Adolescente de proteção integral e do melhor interesse para a criança e adolescente.

3 DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Direito tem como finalidade regular as relações interpessoais, tornar a sociedade pacífica por meio de normas e técnicas de solução de conflitos, prevenindo assim a desordem e o crime. Sem a lei, a sociedade estaria em um processo de constante competição e, no verdadeiro caos e sempre prevaleceria a lei do mais forte.

Nesse sentido, a responsabilidade civil nasce como forma de reparar o dano sofrido por uma conduta de outra pessoa. Maria Helena Diniz conceitua este instituto como:

Aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causados a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal" em outras palavras é a maneira com que se obriga uma pessoa reparar dano a outrem. (DINIZ, 2011, p. 51),

Entretanto, quem causa danos contra alguém ou contra o patrimônio tem o dever jurídico de reparar, tendo que assumir as consequências de tal fato e conseqüentemente fazendo a reparação do dano que foi causado. Portanto, a responsabilidade civil é o resultado de consequências legais que levam ao descumprimento do dever e o responsável é o causador do dano, cabendo ao lesado decidir se tem ou não direito a exigir a indenização conforme art. 927 do Código Civil de 2002, "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

A responsabilidade civil tem como preceito a restituição, ou seja, a restituição do lesado ao estado em que se encontrava antes do ato ou omissão a responsabilidade civil está presente em diversas áreas do direito, porém o enfoque principal nesse presente artigo é a responsabilidade civil dentro das famílias.

Cita-se que:

Conceituado o termo "responsabilidade civil", como instituto do Direito Civil, a responsabilidade civil ganhou fundamental importância no Direito, após sua evolução no direito moderno. Sua capacidade de refletir nas atividades humanas através de sua aplicabilidade nos diferentes ramos do direito, fez com que surgissem diferentes posicionamentos jurídicos doutrinários a seu respeito. (DINIZ, 2009, p. 33/34).

Para Gonçalves (2017) a maior evolução que teve no âmbito da responsabilidade civil foi com o Lex Aquiliaque que trouxe à tona responsabilidade civil extracontratual com a equiparação entre o dano causado e a sanção imposta. Ademais:

É na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico (GONÇALVES, 2003, p. 05).

Portanto, o ápice da responsabilidade civil foi com o surgimento da Lex Aquilia, que é a reparação do dano causado pelo descumprimento do contrato.

3.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Quatro são os elementos da responsabilidade civil, sendo a conduta, dano, nexos de causalidade e culpa. O primeiro elemento é a conduta humana para que aconteça um ato ilícito, e entende-se por conduta o comportamento humano voluntário através de uma ação ou omissão que cause consequências jurídicas.

Maria Helena Diniz (2005, p. 43) como:

“A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.”

Ou seja, o “dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, 2006).

O segundo elemento é o nexos de causalidade que figura como protagonista da responsabilidade civil. É um elo lógico entre uma determinada ação e o dano que o agente sofre. Sem uma análise desse vínculo, é impossível determinar a causa do dano. Ou seja, é uma interpretação da situação, pois cada pessoa tem sua personalidade e sente o dano de uma forma.

Por sua vez, o terceiro elemento da responsabilidade civil é o dano esse elemento está ligado à ideia da figura do “causador do dano”, que se tratando do profissional do bem-estar, essa pessoa pode ser você na atuação de sua profissão. No entanto, é importante identificar, de forma clara, quais são as características desse dano. Seu conceito pode ser expressado da seguinte forma: “(...) mal que se faz a alguém; prejuízo ou deterioração de coisa alheia; perda” (BUENO, 1991, p. 189). Por outro lado, agora na esfera jurídica, o conceito de dano pode ser tido como “(...) Toda ofensa ou diminuição do patrimônio moral ou material de alguém, resultante de delito extracontratual ou aquiliano, ou produzido pela natureza” (NUNES, 1994, p. 288-289).

Portanto, para que alguém seja responsabilizado é necessário à análise dos elementos citados acima, inclusive no âmbito do direito de família e por consequência na alienação parental.

3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Além dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, tem-se também suas espécies que podem ser dimensionadas da seguinte forma: responsabilidade civil subjetiva, objetiva, contratual e extracontratual.

A responsabilidade subjetiva é aquela que depende de comprovação de que o agente causador do dano agiu de forma dolosa (intenção de agir) ou culposa (negligência, imprudência ou imperícia), sendo a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro.

Cita-se que:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano. (GONÇALVES, 2017, p. 48/49).

Portanto, a responsabilidade subjetiva também é conhecida como teoria da culpa, evidenciando assim a importância do dolo ou culpa, neste quesito a culpa que se encaixa é em sentido estrito que resulta de imprudência negligência ou imperícia; diferentemente do dolo, que se dá pela vontade do agente em praticar ou não o ato

Ademais,

Conforme demonstrado, a responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia). (TARTUCE, 2017, p. 479).

Já na responsabilidade civil objetiva o indivíduo que causou o dano irá responder independentemente da existência de culpa ou dolo. Isto é, são obrigações que decorrem de previsão legal. Não pode todas as circunstâncias serem penalizadas por meio objetivo. Neste contexto, o que se busca na responsabilidade civil objetiva é tão somente o nexo de causalidade entre o fato ilícito e o dano, ficando de fora a discussão em torno da culpa. Nas palavras de Roberto Senise Lisboa (2010, p. 275), essa espécie de responsabilidade civil é entendida como “aquela que é apurada independentemente de culpa do agente causador do dano (...)”.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (1995, p. 18) enfatiza sobre o assunto que, “nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida por lei. Em outros, é de todo prescindível”.

O artigo 927 do Código Civil diz que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Responsabilidade civil contratual e extracontratual são outras duas espécies de responsabilidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro responsável por ditar e delimitar regras de reparação contra danos. A responsabilidade civil extracontratual é aquela que advém da violação de um preceito legal por uma atuação de uma conduta ilícita do indivíduo transgressor que ocasionou para ocorrência de dano a outrem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 60).

Nesta modalidade, não necessita da existência de um contrato preestabelecido entre duas partes, ou seja, na ocasião que seja um atendimento emergencial e seu paciente esteja inconsciente, e não possa expressar sua vontade, temos um exemplo de responsabilidade civil extracontratual, pois está fora de uma relação em que as partes possuam discernimento para acordarem sobre as cláusulas contratuais, apenas uma é capaz disso. No entanto, é importante, em situações como essa, você sempre estar pautado na ética e nos princípios da bioética, para não cometer algum ilícito que seja passível de reparação. Esse tipo de responsabilidade é previsto nos artigos 186 a 188 e 927 a seguir do Código Civil e corresponde à violação de preceitos legais sem a existência de conexão jurídica prévia ao ato ilícito entre o indivíduo causador do dano e outrem (GONÇALVES, 2005).

Isso é, existe a responsabilidade de reparar o dano mesmo que não haja uma obrigação decorrente de lei ou contrato preestabelecido pelas partes (causador do dano e vítima). Por sua vez, a responsabilidade civil

contratual, como o próprio nome diz, advém da relação jurídica entre pessoas e um contrato. Este é o instrumento que irá regular o objeto que está sendo contratado, ou seja, serão estipulados os direitos e deveres das partes em relação ao contrato. Essa modalidade é prevista por meio dos artigos 395 e seguintes e 389 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2005), na responsabilidade civil contratual, uma das partes contratantes não cumpre com o estipulado em contrato, ocasionando, assim, o dever de indenizar.

4 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

O conceito legal da alienação parental está disposto no artigo 2º da Lei 12.318/10 que dispõe que o alienador se aproveita da vulnerabilidade do menor com intuito de atingir o outro membro da relação familiar, tal ato caracteriza-se com o afastamento do filho de um dos genitores ou titular de custódia.

[...] 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, 2010a).

Portanto, este comportamento passou a surgir com o aumento do rompimento dos vínculos conjugais, como exemplo o divórcio. Porém, o fim da conjugalidade não consiste no fim da família, tanto que a separação não justifica o distanciamento paterno ou materno. Isso significa dizer, que muito os pais devem preservar o relacionamento em comum.

Portanto deve haver uma maturidade de ambos para que aceitem e compreendam o fim do relacionamento de forma que seja interrompido de forma mais pacífica possível sem causar prejuízos a criança ou jovem, pois já é difícil lidar com as mudanças e tudo se torna mais difícil ainda com a alienação parental, e isso costuma ocorrer quando uns dos genitores não aceitam essa separação, ou não aceitam o novo relacionamento do ex-companheiro (MOLINARI & TRINDADE, 2014, p. 24).

Diante disto, o alienador influencia a criança a exprimir emoções falsas, a manipular as situações e pessoas, até mesmo para obter vantagens seja pedindo dinheiro ou algum brinquedo e se o alienante não corresponde a tal atitude a criança ou adolescente se enfurece pois a fala do alienador é sempre crítica para com a criança ou jovem, o alienante faz a criança acreditar que o ex-companheiro é ruim e molda a situação da forma que ela deseja de forma que a criança nem saiba mais o que é verdade ou mentira “senão a constituição/desconstituição que fez a refração à imagem parental do alienado” (MOLINARI & TRINDADE, 2014, p. 26).

Deste modo a criança se sente com a responsabilidade de defender o alienador pois ela toma isso como verdade, adotando assim uma postura agressiva em relação a outra parte prejudicada o que acaba resultando na perda de um vínculo fundamental de forma que o alienado pode se tornar um estranho para o filho (ROSA, 2008).

4.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENITOR ALIENANTE

Conforme exposto nos termos do artigo 2º, “caput”, da Lei nº. 12.318/10 (BRASIL, 2010) a alienação parental é uma violência psicológica, considerada como doença mesmo não estando não constando no Código Internacional de Doenças (CID), pois o alienador se aproveita da vulnerabilidade do menor com intuito de atingir o outro membro da relação familiar. Conforme Corrêa da Fonseca (2006, p. 164), [...] a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia [...]. Portanto quando identificado tal ato é necessário a responsabilização do praticante de tal conduta.

Dessa forma no artigo 6º, inciso I da Lei nº. 12.318 (BRASIL, 2010) traz sanções de tais atos como:

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.

Neste caso Segundo Cury, Silva e Mendez (2010) a advertência vem com intuito de conscientizar o alienador, por isso é aplicada primeiramente em atos que não houver alta gravidade, é uma espécie de admoestação verbal dando uma oportunidade de reconhecer tal ato perverso e não cometer tal ato novamente.

Nos termos do artigo 6º, incisos II e III da lei 12.318/10, constatada a alienação parental o magistrado poderá propor a ampliação do regime de convivência familiar em favor do genitor alienador e a fixação de multa, com intuito de favorecer o genitor prejudicado e uma forma de restabelecer o convívio pacífico entre a criança, e a multa como medida coercitiva para facilitar o cumprimento do direito as visitas e coibir as condutas do alienador, o magistrado conforme termos do artigo 6º, incisos IV e da lei 12.318/10 pode determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, com intuito de reverter os danos causados por tal situação e em casos mais severos determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão.

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.

Diante disto, se mesmo assim o alienante dificultar ou até mesmo tentar mudar de domicílio ou cidade para dificultar as sanções impostas cabe ao juiz determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente ou em casos mais extremos, o juiz pode determinar a suspensão do poder familiar e retirar a guarda do menor do genitor alienante.

4.2 CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Diante dos princípios constitucionais que regem o direito de família. O Estado tem o dever de proporcionar uma maneira que a alienação parental não aconteça, e caso exista no meio familiar deve ser erradicada.

Diante disso a Lei 12.318/10 regulamenta, em seu artigo 6º, as consequências da caracterização da responsabilidade civil nos casos de alienação parental. A convivência é um direito dos filhos, independentemente do conflito existente entre os pais, portanto por responsabilidade civil entende-se que é derivada da agressão “a um interesse eminentemente particular”, pois o genitor alienante se aproveita da situação para atingir o outro, desta forma consequentemente submete o infrator “ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior da coisa”.

A reparação civil pode ser compensatória, punitiva ou se voltar à desmotivação social da conduta lesiva (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 65).

Tais atos são identificados nas duas classificações de reparação civil, sendo, dano material e o dano moral, o primeiro caracteriza-se a ofensa aos bens patrimoniais e dano moral ocorre quando o direito personalíssimo é afetado, na alienação parental para que o alienador tenha a obrigação de indenizar as vítimas é utilizado elementos da responsabilidade civil subjetiva, conduta, nexos causal, culpa e dano visto que é “decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 57).

A conduta pode ser comissiva, quando é baseada na ação, como na implantação de falsas memórias no qual o alienador critica o outro com intuito da criança ou adolescente acreditar que o alienador é uma pessoa ruim, caracteriza uma atitude comissiva, já que introduz mentiras na mente da criança e do adolescente, não respeitando sua relação com o genitor alienado (BRAMBILA, 2010, p. 52).

Ou omissiva, quando é realizada partir de um não fazer. Entretanto, o nexo de causalidade é o elo entre a conduta e o dano, quando o alienador usa a criança ou adolescente como forma de vingança diante o genitor alienado, consequentemente causa a ela a Síndrome da alienação Parental, portanto é caracterizado o elo entre a

conduta e o efeito, é possível identificar a culpa diante da intenção de prejudicar e romper a relação já existente entre o progenitor e filho, tal intenção pode ser identificada através do comportamento da criança e comprovada com laudos psicológicos.

Diante disto, analisando o dano, as vítimas tem o direito de pedir reparação civil pelos danos que lhe foram causados, patrimonial ou extrapatrimonial, visto que o alienador pode causar até danos irreversíveis se não forem identificados e solucionados a tempo, portanto a vítima pode pedir a reparação por esses danos suportados e o Poder Judiciário não pode ficar inerte quanto a essa situação como forma de proteção dos princípios do direito de família e da própria dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A família passou por uma evolução no qual o enfoque atualmente não é apenas o sexo e a procriação como antigamente, a nova realidade social trouxe uma nova concepção de família e essa nova concepção de direito de família tem se pautado em diversos valores sendo, afetividade, amor e carinho de tal modo que não é possível limitar o conceito de família, já que atualmente é baseado no afeto independente do seu núcleo familiar.

Outrossim, os princípios vem com o intuito de facilitar a criação de uma legislação e auxiliar os profissionais da área jurídica na interpretação de fatos sociais para respostas mais efetivas, os princípios possuem a finalidade de proporcionar o bom e perfeito desenvolvimento das famílias e o direito tem como finalidade regular as relações interpessoais, tornar a sociedade mais pacífica por meio de normas e técnicas de solução de conflitos e nesse sentido a responsabilidade civil vem com como forma de reparar o dano sofrido pela conduta de outra pessoa.

Diante do exposto, quem causa danos contra alguém ou contra o patrimônio tem o dever de repará-lo assim como a alienação parental, na qual o alienador se aproveita da vulnerabilidade do menor com intuito de atingir o outro membro da relação familiar e causando inúmeras consequências psicológicas na criança ou adolescente pois a alienação parental é uma violência psicológica, considerada como doença, portanto quando identificado tal ato é necessário a responsabilização do praticante de tal conduta com tal ato perverso, sendo sanções leves como admoestação verbal, multas com intuito do alienante não cometer tal ato novamente, se não solucionado pode ocorrer a suspensão do poder familiar com intuito de concertar tais prejuízos causados e dependendo do dano a vítima tem o direito de pedir reparação civil pelos danos considerados irreversíveis se não puderem ser solucionados a tempo.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito civil: famílias. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2010.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. Comentários à Lei da Alienação Parental (Lei nº. 12.318/2010). AMASEP – Associação de Assistência às Crianças Adolescentes e Pais Separados. 06 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.amasep.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=125:comentarios-a-lei-da-alienacao-parental-lei-no-123182010&catid=35:artigosexternos&Itemid=120>. Acesso em 20/08/2022.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75875&norma=102644>. Acesso em: 18 jun. 2022.

Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRAMBILA, Juliana. A responsabilidade civil na síndrome da alienação parental. 2010. 65 f. Monografia (Grau de Bacharel em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2010.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 18 jun. 2022.

- CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coord.). COSTA, Antonio Carlos Gomes da, et al. (Org.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 11. Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.
- COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 12 Ed. São Paulo: Saraiva, 1998
- . ECA (1990). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 18 mai. 2022.
- FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome da alienação parental. Disponível em: . Acesso em: 04 ago. 2022.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm. Acesso em: 18 mai. 2022.
- _____. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. D.O.U.
- MORAES, Luiz Felipe Rodrigues. Alienação Parental. Ponta Grossa: Faculdade Estadual de Ponta Grossa/PR. Setor de Ciências Jurídicas. Departamento de direito das Relações Sociais. 2002. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental%2003_11_2011.pdf> - Acesso em 20/08/2022.
- NADU, Amílcar. Lei 12318/2010. Lei da Alienação Parental. Comentários e Quadros Comparativos Entre o Texto Primitivo do PL, os Substitutivos e a Redação Final da Lei 12.318/10. Blog Direito Integral. Disponível em: <<http://www.direitointegral.com/2010/09/lei-12318-2010-alienacao-parental.html>>.
- Oliven, L. (2010). Alienação parental: A família em litígio (Dissertação de Mestrado). Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro
- OLIVEIRA, Regis (de). Projeto de lei nº ____ de 2008. Dispõe sobre Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/601514.pdf>> . Acesso em 20/08/2022.
- Rosa, F. (2008). A síndrome de alienação parental nos casos de separações judiciais no direito civil brasileiro (Trabalho de Conclusão de Curso). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- PODEVYN, François. Síndrome de Alienação Parental. 04/04/2001. Disponível em: . Acesso em 20/08/2022.
- TARTUCE, Flavio. DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - 12 Ed. Editora Forense, 2017.
- LÔBO, Paulo. Direito civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.
- Trindade, J. & Molinari, F. (2014). Reflexões sobre alienação parental e a escala de indicadores legais de alienação parental. In C. Rosa & L. Thomé (Orgs.), O direito no lado esquerdo do peito: Ensaio sobre direito de família e sucessões (pp. 23-33). Porto Alegre: IBDFAM.

57 REVENGE PORN: UMA NOVA MODALIDADE DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Ricardo Da Silveira e Silva
Alessandra Dos Santos Lopes

RESUMO: O presente trabalho pretende estudar um dos vários crimes que ocorre no meio virtual, o crime de Revenge Porn, que se constitui em uma nova modalidade de violência de gênero. O crime concretiza-se no indevido compartilhamento de imagens íntimas das vítimas, sem o seu consentimento, sendo que a maioria das vítimas são mulheres, que confiaram no seu companheiro a ponto de se deixarem ser fotografadas. Em geral este delito é praticado por ex-companheiro, ex-namorado, ex-marido, com o intuito de vingança ou humilhação, depois do fim de um relacionamento, através da internet. O estudo é sobre a evolução legislativa, até chegar na Lei 13.718/18, eis que depois de muito tempo sendo enquadrado como crimes contra a honra, foi tipificada a ação dos criminosos como crimes sexuais. Também é objeto de estudo alguns dos diversos casos de mulheres que sofreram com a pornografia de vingança, tendo a sua intimidade e privacidade violada, e sucedendo consequências terríveis e contínua para as vítimas, chegando a pensarem ou até mesmo cometerem suicídio, para cessarem com toda a humilhação.

PALAVRAS-CHAVE: Pornografia de vingança. Violência de gênero. Lei 13718/18.

ABSTRACT OU RESUMEN: The present work aims to describe one of the several crimes that happens in the virtual environment, being the crime of Revenge Porn, thus emerging a new modality of gender violence. The crime is the improper sharing of intimate images of victims, without their consent, where most are women, who trusted their partner to the point of letting them be photographed. In general, this crime is committed by an ex-partner, ex-boyfriend, ex-husband, with the intention of revenge or humiliation, usually after the end of a relationship, mainly through the internet. It discusses the legislative evolution, until reaching Law 13.718/18, where after a long time being framed as crimes against honor, the actions of criminals were typified as sexual crimes against the vulnerable. It also brings some of the different cases of women who suffered from revenge pornography, having their intimacy and privacy violated, and with terrible and continuous consequences for the victims, coming to think or even committing suicide, to cease with all the humiliation.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Revenge porn. Gender violence. Law 13718/18.

1 INTRODUÇÃO

O assunto é imprescindível, pois trata – se de um malefício virtual, onde com o aumento da ferramenta virtual, surgiu novas práticas de crimes, na qual criminosos utilizam a internet como ferramenta para a praticar delitos.

O objetivo é demonstrar que o ambiente virtual, tornou – se essencial, mas que devemos usar com cuidado, que por trás dos crimes cibernéticos, poderá existir uma consequência arrasadora para a vítima. São casos graves, as consequências que existem são os mais terríveis possíveis, ocorrendo até o suicídio, então a Lei 13718/18 vem criminalizar a conduta, e traz uma pena maior. A legislação traz o recado de que é possível responsabilizar agressores na internet.

Será utilizado o método técnico bibliográfico, que consiste na análise de artigos científicos e doutrinas que tratam sobre o assunto.

Com o grande avanço da tecnologia da informática e das relações sociais virtuais, surgem também benefícios e malefícios, sendo esses malefícios os crimes cibernéticos que vem aumentando bastante. Com a pandemia, devido ao isolamento social, as pessoas estavam usando cada vez mais as ferramentas digitais, tornando – se um grande desafio, pois quanto mais usam essas ferramentas, mais estarão sujeitando a determinados crimes, e um desses crimes, será o objeto de pesquisa do presente trabalho: a pornografia de vingança.

No primeiro capítulo irá tratar sobre a evolução história e a importância da lei do crime de pornografia de vingança, onde no Brasil, em 2018, o Revenge Porn tornou – se crime, tipificado na Lei 13.718/18, incorporando o Art. 218-C do Código Penal.

No segundo capítulo irá tratar sobre a violência de gênero, onde esse crime constitui-se na divulgação de imagens ou vídeos íntimos, de cunho sexual, sem o consentimento da vítima, com a finalidade de constranger e vingar – se da vítima. Normalmente quem comete esse tipo de crime são homens, geralmente ex-parceiros que, magoados ou raivosos com o fim do relacionamento afetivo.

Já no terceiro e último capítulo, será abordado as consequências para a vítima e também alguns casos que aconteceram, onde esse crime atinge moralmente a psicologicamente a vítima, e com isso causando muitas vezes consequências terríveis e inesperáveis, a quem sofre esse tipo de violência no espaço cibernético.

2 REVENG PORN

O crime entendido como Revenge Porn consiste em exposição de fotos e/ou vídeos íntimos de outrem sem o seu consentimento, em geral contendo cenas de cunho sexual e que mesmo quando gravadas de forma consentida, não tinham os envolvidos intenção de divulgá-las publicamente. Após o fim do relacionamento, uma das partes divulga as cenas íntimas na internet como forma de "vingar-se" da pessoa com quem manteve-se o relacionamento.

Com isto, a pornografia de vingança pode ser definida como a divulgação de imagens sexuais, fotográficas ou audiovisuais por uma pessoa, que tem ou já teve um vínculo afetivo com a vítima. E apesar de, muitas vezes, apesar de o material ser filmado com o consentimento dela ou mesmo por ela concedido (sexting), a exposição do material é feita sem a permissão dela, o que configura o crime. (GOMES, 2014, p. 16).

Diante disso, o principal quesito está relacionado a vontade do indivíduo que espalha esse conteúdo, por motivo de vingança, divulgando o material na intenção de prejudicar outrem com quem teve um relacionamento mais íntimo.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A IMPORTÂNCIA DA LEI 13.718/18

Há alguns anos o delito conhecido hoje como Revenge Porn era enquadrado como crime contra a honra, sendo difamação ou injúria, previstos nos artigos 139 e 140 do Código Penal, onde as penas podem chegar até um ano de detenção, com isso é considerado crime de menor potencial ofensivo.

Sobre o crime de difamação o doutrinador Bitencourt, ensina:

O bem jurídico protegido é a honra, isto é, a reputação do indivíduo, a sua boa fama, o conceito que a sociedade lhe atribui. A tutela da honra, como bem jurídico autônomo, não é um interesse exclusivo do indivíduo, mas da própria coletividade, que se interessa pela preservação desse atributo, além de outros bens jurídicos, indispensáveis para a convivência harmônica em sociedade (Bitencourt, 2019, p. 873).

Com o passar do tempo teve um avanço histórico em relação as leis que visam proteger a mulher.

Houve a promulgação da Lei 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que visa a proteção da mulher contra a violência doméstica. Em seu artigo 7º, II, dispõe que “a violência psicológica é entendida como qualquer conduta que cause danos emocional” o que, em tese, tornaria cabível o enquadramento à pornografia de vingança, por causa de todos os danos que a vítima enfrenta.

Os crimes sexuais cibernéticos são relativamente novos no Brasil, e como consequência, a proteção legal também é recente, mas com o passar do tempo, leis estão sendo criadas para punição desses atos, o que deixa claro que a internet não é mais uma terra sem lei.

Em 2012 foi introduzida no ordenamento jurídico a Lei 12.737/12 conhecida como Lei Carolina Dieckmann, a qual incluiu o art. 154-A no Código Penal e que trouxe uma inovação legislativa. A lei trata-se sobre a mulher que teve as suas redes invadidas, ou seja, um crime digital de invasão, de quebra do sigilo, seja porque a vítima colocou isso em uma nuvem e essa nuvem foi invadida, ou porque deixou esse aparelho em uma assistência técnica e esse crime foi cometido.

Em 2014 foi aprovada a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil, que estabelece os deveres, direitos, garantias e princípios do uso da internet no Brasil. Existindo denúncia de conteúdo ilícito, gerado por terceiros, ocorrendo violação de intimidade, pela publicação não autorizada, de materiais que contenham cena de nudez ou ato sexuais e o provedor não tornar o conteúdo indisponível, será responsabilizado subsidiariamente.

No Brasil a partir de 2018 a divulgação sem consentimento de material íntimo na internet é crime, conhecido como revenge porn ou pornografia de revanche ou de vingança.

Buscando punir esse crime gravíssimo, foi introduzida em nosso ordenamento jurídico a Lei 13.718/18 e como resultado alterando o Código Penal Brasileiro, tipificando os crimes de importunação sexual, ocorrendo a inserção do Art. 218-C do CP que:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de 36 vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (BRASIL, 2018)

Relevante explicar que o agressor é punido quando não possui o consentimento da vítima na divulgação, mesmo que ela aceite ser filmada ou fotografada.

É importante destacar também que:

Aumento de pena § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. (BRASIL, 2018).

É considerável esclarecer que quando existe conteúdo envolvendo crianças e adolescentes, a tipificação do crime será pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, em seu Art. 241-A e Art. 241-B:

Art. 241-A dispõe sobre a oferta, troca, disponibilização, transmissão, distribuição, publicação ou divulgação de material que contenha sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente, com pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos e multa.

Art. 241-B abrange também a posse ou armazenamento, por qualquer meio, do referido material contendo criança ou adolescente, com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. (Brasil, 1990)

Esses artigos só foram incluídos em 2008, pela Lei 11.829, trazendo assim vários verbos para criminalizar as ações, contidas nesses referidos artigos da Lei.

O presente trabalho abordará alguns casos, para demonstrar a consequência desse crime de vítimas de pornografia, com vítimas que tiveram conteúdo íntimo divulgado sem o consentimento. A forma como a sociedade lida com esse tipo de crime, em que as vítimas têm a intimidade e a privacidade violada, influencia muito na vida e nas atitudes que as vítimas irão ter, para com elas mesmas, chegando algumas até mesmo a cometer o suicídio.

A evolução legislativa foi um marco essencial para o enfrentamento desta violência, precisamente porque a internet não é terra sem lei, e de que é possível responsabilizar agressores na internet, em especial no âmbito cível, através do Marco Civil, no caso dos provedores, se não tornar o conteúdo indisponível.

A lei 13.718/18, trouxe a alteração no código penal, tipificando esse tipo de violação principalmente contra a mulher, ou seja, enquadrar de forma mais facilitada este tipo de conduta criminosa e tendo a pena mais onerosa de quando era enquadrado como difamação ou injúria, assim conseguindo proteger melhor principalmente as mulheres, que são a maioria das vítimas, (como verão a seguir), desse tipo de situação considerada vexatória.

2.2 VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Com o avanço da utilização da internet, onde muitas vezes é usada para malefícios, sendo os crimes cibernéticos, evidenciando os crimes sexuais virtuais, surgiu uma nova modalidade de violência de gênero, em que pode ocorrer de diferentes formas, sendo uma delas a pornografia de vingança, uma versão moderna e tecnológica da violência contra a mulher, que é uma forma de repressão moral e social à liberdade sexual feminina.

A lei não faz distinção da vítima, se ela é mulher ou homem, ela nivela todo mundo na mesma posição, que é o ideal hoje para o sistema jurídico, mas normalmente quem comete esse crime, são homens, geralmente ex-companheiros, ex-maridos ou ex-namorados, que se utilizam como componente o término de um relacionamento, que infelizmente ele não aceita, e se dizem magoados ou raivosos, e buscam vingança, e com isso a maior parte das vítimas são as mulheres.

Acontece muito ainda, das pessoas dizerem que a mulher “mereceu”, ter sua imagem íntima divulgada, porque não tomou as corretas “providências” com o seu parceiro, trazendo assim prejuízos para a mulher, sendo a mudança de trabalho, escola e até mesmo de cidade, afastamento de pessoas consideradas próximas, intenso sofrimento psicológico e o mais grave, pensamento suicida e em alguns casos, as vítimas acabam cometendo o suicídio.

Em 2005, foi criado no Brasil, o site SaferNet, organização sem fins lucrativos ou econômicos e com atuação nacional, com o intuito de amenizar os graves problemas relacionados ao uso indevido da internet para a prática de crimes e violações contra os direitos humanos.

Importante destacar que em 2021, a Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, criada pela ONG SaferNet, recebeu e processou 8.174 denúncias anônimas dos vários tipos de violência ou discriminação contra mulheres. (SAFERNET 2022).

E entre os anos de 2018 a 2021 a ONG SaferNet, atendeu cerca de 1.762 pessoas, que tiveram suas imagens íntimas expostas, um dos vários tipos de violência que as mulheres sofrem, dentre desse total de 1.762 pessoas, aproximadamente 70% das vítimas, eram mulheres. (SAFERNET 2022).

Com base na pesquisa de denúncias da ONG SaferNet, é perceptível essa desigualdade nos casos de Revenge Porn/pornografia de vingança entre homens e mulheres, e com isso concluir como ainda está enraizado o patriarcalismo na sociedade Brasileira, onde a mulher era e ainda é muitas vezes colocada em um nível inferior ao homem, sendo o crime de pornografia de vingança, um exemplo de uma sociedade patriarcal, onde a culpa sempre recai sobre a mulher, porque foi ela que tirou a foto ou deixou ser fotografada, mesmo por uma pessoa que ela tinha um relacionamento e confiava em seu parceiro, onde ignoram de forma errônea, que a culpa é do agressor, que foi quem divulgou as imagens íntimas, e é ele quem está cometendo um delito gravíssimo.

A escritora Vitoria Buzzi, diz em uma das suas entrevistas, sobre a maioria das vítimas serem mulheres, nesse tipo de delito:

As mulheres, portanto, além de serem a maioria das vítimas, são vítimas justamente porque são mulheres. A pornografia de vingança só encontra bases para ser usada como um instrumento de humilhação justamente por esse fator – a exposição sexual da mulher é vergonhosa e humilhante porque a sexualidade da mulher, de modo geral, é vista como anormal, errada, vergonhosa e humilhante. (BUZZI, 2015).

Embora esse delito não seja as mulheres as únicas vítimas deste tipo de violência, pode verificar-se que é praticada sobretudo contra elas, sendo possível observar uma questão de gênero. A ministra Nancy Andrighi, reconheceu que a divulgação imagens íntimas, sem consentimento é uma forma de violência de gênero:

A 'exposição pornográfica não consentida' da qual a 'pornografia de vingança' é uma espécie, constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.679.465-SP, Terceira Turma, julgado em 13/03/2018. DJe 19/03/2018).

Portanto, a disseminação de imagens de cunho sexual, não consensual, mais o contexto de inovações tecnológicas, vinculado a cultura patriarcal, possibilitou a configuração de uma nova manifestação de violência contra a mulher. Por estarem inseridas em um contexto social, onde reprime sua sexualidade e lhes culpa pela agressão, as mulheres acabam tornando-se as principais vítimas, e com isso resultando em graves consequências, mudando completamente seu modo de viver (GUIMARÃES, 2019, pg. 49).

Diante disso, a sociedade acusa que a culpa é da mulher/vítima por consentir fazer uma filmagem ou fotografia da mesma em situações íntimas, e com isso, desconsiderando que a culpa seja do ofensor, sendo isso uma forma errônea. Pois é comum ouvir que a vítima poderia ter evitado tal situação, se não tivesse consentido com tal ato, usando isso como uma justificativa. Não se pode culpabilizar a vítima/mulher, porque a coletividade não sabe o que a vítima/mulher passou para que essas imagens íntimas tenham sido divulgadas.

Como foi mostrado na pesquisa do site SaferNet, onde aproximadamente 70% das vítimas atingidas pelo crime de Revenge Porn são mulheres. Segundo Guimarães e Dresch:

Houve um significativo aumento dos casos em que mulheres têm vídeos e/ou fotos íntimas divulgados na rede mundial de computadores – internet – por parceiros ou ex-parceiros que, na maioria dos casos, não se conformam com o fim do romance ou término do relacionamento. Em seus atos de violação, objetivam atingir a integridade moral e psíquica da mulher. Em suas percepções de mundo, a exposição da mulher em atos de natureza sexual servirá para denegri-la socialmente e, considerando que a sociedade ainda exige da mulher – e não do homem – uma postura sexual 9 mais pudica, contida e moralmente adequada aos padrões sociais e religiosos dominantes, o autor da exposição alcança, com bastante facilidade, o seu intento. (GUIMARÃES; DRESCH, 2014, p.8).

Contudo, o principal autor da pornografia de vingança é o homem, sendo a mulher tinha uma confiança no seu parceiro no momento da gravação do conteúdo íntimo e ele, por vingança pelo fim do relacionamento afetivo, trai a confiança de sua parceira e divulga esse conteúdo na internet, causando uma violência moral e psicológica, sendo uma violência de gênero. A grande maioria dos parceiros, com a intenção de manter o relacionamento, usam dessas imagens íntimas como forma de chantagem, para alcançar seu objetivo de continuar a relação, mesmo isso sendo algo que a mulher não deseja mais.

É importante ressaltar também, que o Revenge Porn é uma forma de violência continuada, pois ao ser espalhado na internet, o conteúdo volta a aparecer vez ou outra na rede, e isso persegue as vítimas em vários momentos de sua vida.

Como foi exposto, a propagação de conteúdo íntimo não consentido, majoritariamente ocorre em desfavor das mulheres. Gomes discorre que a exposição pode ser entendida como uma forma de violência de gênero:

A análise desses dados permite que a pornografia de revanche seja considerada uma forma de violência de gênero, pois, como foi visto, as vítimas são, de modo majoritário, jovens mulheres. Dessa forma – assim como em estupro, na violência doméstica e em perseguições de cunho pessoal – na pornografia de vingança são violados parâmetros legais e sociais para a promoção da igualdade de gênero. (GOMES, 2014, pg. 17)

No entanto, o correto não é culpabilizar a vítima/mulher, e exigir que ela se adeque em um mundo sexualmente hierarquizado, mas sim que a sociedade entenda o comedimento que é a dominação e a vulgarização do sexo feminino.

Sendo assim, revenge porn/pornografia de vingança, como foi exposto, pode ser considerada uma nova modalidade de violência de gênero, porque com a divulgação na internet, de fotos ou vídeos íntimos da vítima, sem

o seu consentimento, por motivo de manter o relacionamento ou por vingança de seu companheiro, causa-lhe um preocupante dano existencial.

2.2 CONSEQUÊNCIAS PARA A VÍTIMA

A pornografia de vingança é um crime mais comum do que se pode imaginar, ocorre em grupo de WhatsApp, na própria sala de aula, em grupo de trabalho, em sites na internet e entre outros.

O que não cabe em nenhum artigo, inciso ou parágrafo, é o dano principalmente psicológico que esse tipo de crime causa às vítimas. Cada uma reage de uma forma, quando a sua imagem é exposta, sem a sua autorização e as consequências que existem são os mais terríveis possíveis, ocorrendo até o suicídio por algumas.

Esse tipo de crime acaba com a vida moral e psicológica da mulher, que exige grandes esforços, muita força de vontade para que essa mulher possa se reconstruir novamente, e não só dela, essa reconstrução é de toda a família, que sofre essa dor também, porque ao ser espalhado na internet, o conteúdo poderá surgir novamente, e com isso a vítima poderá ter consequências em vários momentos de sua vida.

Além da exposição e constrangimentos sofridos quando da divulgação de sua imagem, os danos à honra sofridos são prejudiciais, como consequência de tal disposição e humilhação, a exposição da vítima a comentários grosseiros, perda de emprego e até mesmo relatos de vítimas que tiram sua própria vida.

Pialarissi discorre sobre a personalidade sequestrada pelo dano existencial que se apossou do ser:

Exilada dos outros e de si mesma, a saúde física e emocional vai se fragilizando, a pessoa não se reconhece mais como parte integrante da sociedade, humilhada, sequestrada, o desânimo, a falta de vontade de viver se instala e a faz romper definitivamente com os motivos que antes alimentavam as suas expectativas do cotidiano e a faziam prosseguir. A sua personalidade foi sequestrada, o dano existencial se apossou do ser (PIALARISSI, 2014, p. 125).

Não é só o ato da divulgação de imagens que tem que ser considerado, mas o transtorno que acarreta para a vítima, pois é um ato que gera dano emocional, diminuição da autoestima, problema com os seus familiares, passa por dificuldades nas suas amizades, constrangimentos físicos e virtuais. As medidas tomadas pelas vítimas poderão incluir: acabar com todos os perfis de redes sociais, mudança de escola, emprego e até mesmo cidade, a procura por ajuda com os tratamentos psicológicos, e o pior de todas as providências que algumas vítimas tentam é o suicídio, onde quer que todo o sofrimento e a situação vexatória acabe.

Um incidente eletrônico causa maior dano, pois ocorre em geral de forma covarde, sem chance de defesa, além de criar consequências que se perpetuam, pois, a Internet é global e é difícil limpar totalmente uma informação dela. Por mais que haja retratação, uma publicação roda o mundo em poucos minutos, ou seja, merece punição exemplar, e tem sido comum o juiz determinar aumento de pena quando ocorreu no meio digital. (Pinheiro, 2021, p. 230).

As vítimas/mulheres que sofrem esse tipo de situação, tendo suas imagens íntimas divulgadas, são culpabilizadas pela violência a qual elas estão sofrendo, tornando-se alvo de gozação, são inferiorizadas como humanas e constantemente tornando-se vítimas de outras violências, especialmente de cunho sexual e moral.

O autor do crime não estará cometendo apenas uma vingança contra a sua parceira, pois todas as pessoas que tem um vínculo com a vítima irão sofrer junto.

Quanto mais gente, mais oportunidades, e mais riscos, pois a sociedade vive em rede, em uma grande comunidade digital na qual o comportamento de um gera consequências para todos. (PINHEIRO, 2021, p. 103).

Por mais que o crime seja tipificado, é necessário que a sociedade se conscientize. Pois o julgamento das pessoas para com a vítima pode ser o estopim para que chegue ao extremo e ocorra o suicídio. O patriarcalismo ainda é muito presente na sociedade, pois as mulheres são repreendidas tratando-se de questões sexuais, e ainda recai sobre a mulher uma visão negativa.

Diante disso, é perceptível a desmoralização da vítima, pois todos seus atos e atitudes, tornam-se o centro de discussões, e são tomados como a verdadeira causa da violência sofrida.

Alguns, dentro de vários casos de pornografia de vingança, como cada vítima, sendo elas: Rose Leonel, Thamis Natalie Mayumi Sato, Julia Rebeca dos Santos e Giana Laura Fabi, reagiram quando tiveram sua intimidade violada e divulgadas através da internet, sem o consentimento das mesmas, por um ex-companheiro ao qual confiavam.

O caso da Rose Leonel, uma pessoa conhecida em Maringá (PR), pois tratava-se de uma apresentadora de um programa de televisão e colunista social da mesma cidade, Rose Leonel namorou por quase quatro anos com Eduardo Gonçalves Dias, e após três meses de ter rompido seu relacionamento, seu ex-noivo então divulgou imagens íntimas, pra várias pessoas sendo colegas de trabalho, familiares e populares da cidade, ela recebeu a notícia por ligação de um amigo, que perguntou “Rose, o que está acontecendo?”, e desde então sua vida mudou drasticamente. Quando terminamos, em outubro de 2005, ele me ameaçou e disse que se eu não ficasse com ele, destruiria a minha vida. Não imaginei como seria essa destruição, disse Leonel em uma entrevista. (Garcia, 2014)

As fotos de Rose, eram dela sem roupas, espalhadas pelo seu ex-noivo, que não aceitou o fim do noivado, e por vingança, divulgou esse conteúdo e ainda insinuou na internet que ela era uma garota de programa. Em uma entrevista ela declarou que muitas pessoas, tanto homens quanto mulheres, ainda a recriminam pelo o que aconteceu, infelizmente. (Justi, 2013)

Depois de quase quatro anos de namoro, percebi que ele não se dava bem com os meus dois filhos e que um possível casamento não daria certo. Aí resolvi terminar de vez. Ele ficou totalmente transtornado e me ameaçava por telefone quase todos os dias. (Justi, 2013)

As imagens íntimas divulgadas, viraram assunto em toda a cidade. A jornalista soube da intenção de Eduardo, através do e-mail do mesmo, de divulgar as suas fotos, em uma de suas entrevistas, ela discorre sobre isso:

Como eu ainda tinha a senha dele, acessava o e-mail quase todos os dias só pra ver como ele estava. Em um desses acessos descobri uma negociação com um técnico de informática, onde ele perguntava como deveria proceder para publicar fotos minhas e quanto custava. Depois de 15 dias de negociação, ele pagou R\$ 1 mil em aparelhos, que facilitariam a publicação das fotos. (Justi, 2013)

Além da divulgação das imagens sem o seu consentimento, foi fornecido os dados pessoais dela, como os telefones pessoais e do trabalho e o pior de todos, os telefones de seus filhos. Rose disse que sofreu um assassinato moral e psicológico, seus telefones não paravam de tocar e que viu também a vida de seus filhos desabando. (Garcia, 2014)

Por ter seu telefone divulgado, Rose começou a receber várias ligações de terceiros, assediando-a e perguntando o valor que ela cobrava pelo “programa”, pois quando seu ex-noivo divulgou as imagens, deu a entender que ela era garota de programa.

Rose teve várias consequências, com a atitude do seu ex-noivo, pois perdeu seu emprego como colunista social, desenvolveu depressão e era humilhada, sempre que saía de sua casa. Além de sofrer essas consequências, seus filhos que na época eram menores também sofreram juntos, sendo que o filho mais velho precisou mudar-se para a Europa.

Após o encerramento do primeiro processo, que Rose moveu contra o ex-noivo na Justiça, ele chegou a persegui-la de carro pela cidade. Em outro processo que ela moveu contra Eduardo, ele foi condenado a pagar R\$ 30.000,00 de indenização, mas ela não aceitou e tentou recursos, pois o valor arbitrado não é compatível, devido os vários transtornos que ela sofreu, perdeu emprego e ainda foi julgada/culpabilizada pela sociedade em geral, por ceder as fotos ao seu companheiro na época em que namoravam. Esse é o grande problema da internet, não tem como dimensionar os estragos que a ação vai ocasionar na vítima. Rose disse que se sentiu aliviada quando a sentença que condenou seu ex-noivo saiu, pois diante disso ficou claro para a sociedade que a vítima era ela e o culpado da situação era Eduardo. (Justi, 2013)

Rose criou e mantém uma ONG Marias da Internet, na qual tenta ajudar e dar auxílio a outras vítimas, que vivencia esse crime de pornografia de vingança. Em entrevista ela diz sobre o que é ser vítima desse crime e de todo o sofrimento que teve que passar:

Crimes como esses acabam com a vida da vítima. É um crime que não se apaga. A imagem sempre vai estar na internet, já foi espalhada. Posso te dizer que, depois de passar por isso, a pessoa morre, moralmente e até fisicamente, em casos de adolescentes que não resistem a todo esse julgamento da sociedade, por exemplo. Meu objetivo é dar alento, dar a mão, dizer: 'Olha, eu estou aqui e já passei por isso. Quero ajudá-la a salvar sua vida (Gimenes, 2014)

A sociedade coloca a culpabilização do crime na vítima, por ter sido exposta. Mas muitos não querem saber quem divulgou as imagens de cunho sexual, ou melhor do criminoso.

Rose se tornou um símbolo de combate à pornografia de vingança. Foi uma das primeiras brasileiras a ganhar uma causa de indenização, onde sua privacidade foi violada, pois um conteúdo íntimo seu foi divulgado sem o seu consentimento. Em entrevista ela diz que está se recuperando a cada dia:

Ainda estou recomeçando. Tento reaprender a cada dia como me portar em sociedade, a recuperar a autoestima e, acima de tudo, a viver. É um processo longo, eu não posso afirmar que já consegui. Mas, graças a Deus, tenho conseguido superar a cada dia. É um exercício constante que exige muita paciência. (Justi, 2013)

Outro caso discutido também, é da adolescente Thamiris Natalie Mayumi Sato, uma jovem que na época tinha 21 anos, era estudante de letras na Universidade de São Paulo (USP), e o seu ex-namorado Kristian Krastanov, um estudante Búlgaro com 26 anos, ambos estudantes do mesmo curso e na mesma universidade. No mês de julho do ano de 2013, ela decidiu terminar o relacionamento, pois eles brigavam muito e era um namoro desgastante. Então no referido mês, o seu ex-namorado, começou com as ameaças e chantagens, de divulgação de suas fotos nuas na internet, caso eles não reatassem o relacionamento. (Tomaz, 2013)

Ele começou a criar vários perfis falsos nas redes sociais e colocar fotos nua de Thamiris, inclusive em sites de pornografia. Diante disso, e dos assédios, as ações dele se configura como um stalker, que significa um ato de perseguição obsessiva ao outro, causando de danos psicológicos a violência física nas vítimas.

Diante das ameaças de morte que Thamiris estava sofrendo, ela resolveu agir, fez um boletim de ocorrência na delegacia de polícia da mulher, mas ele reagiu com mais ameaças, onde espalhou fotos nua de sua ex-companheira, compartilhando de forma não consentida, como uma forma de vingança, por ela não reatar o relacionamento.

Em um dos seus depoimentos, ela diz que confiava nele e que mesmo se o relacionamento acabasse, ele não a prejudicaria:

Foi normal ser fotografada durante nossa intimidade. Não sei se é fetiche ou fantasia, mas tínhamos uma relação de confiança forte. Aquilo ficaria entre nós. Tirar as fotos foi uma vontade dos dois. Sou segura com meu corpo, não tenho vergonha dele nem da minha sexualidade. Quando ele pediu para eu enviar por email, fiquei mais desconfiada. Ele dizia que nunca faria nada para me prejudicar, mesmo se nosso namoro acabasse. Falou que podia confiar nele, que queria lembrar de mim durante as férias, que era quando ele voltava para Ribeirão Preto. Como ele disse que nunca iria me prejudicar, mesmo se a gente terminasse, mandei. Confiei nele. (Claire, 2013)

Diante de toda humilhação que estava passando, pois, as pessoas estavam colocando a culpa nela, e não no ex-namorado, que era o verdadeiro culpado, por publicar suas fotos sem a sua permissão, e quebrar a confiança dela, porque ela confiou nele quando resolveu mandar as fotos íntimas apenas para o mesmo.

Thamiris recebeu muitas mensagens, de pessoas desconhecidas falando sobre o seu corpo, e diante disso, teve vontade de morrer, pela situação vexatória que o seu ex-companheiro a fez passar, e além dessa situação ela trancou a faculdade de letras, porque não tinha condições psicológicas para continuar os seus estudos e por medo das perseguições e ameaças que o Kristian Krastanov continuava fazendo contra a mesma.

Depois de todo o constrangimento que passou, Thamiris resolveu agir e publicou na rede social um desabafo como vítima de Revenge Porn:

O que vou escrever agora me deixa extremamente desconfortável. Eu não queria esse tipo de exposição, mas depois de ter toda a minha intimidade exposta pelo meu ex-namorado Kristian Krastanov, e receber mais de 100 mensagens de pessoas desconhecidas, vou dar uma única resposta [...]. Foi em julho que as ameaças começaram “eu vou colocar suas fotos nua e vídeos na internet etc”. Mas sinceramente, quão ridículo e baixo é ameaçar e mendigar amor e atenção com chantagens? [...]. (Tomaz, 2013)

Foi após uma reportagem exibida no programa fantástico, que ela criou coragem e tratou sobre o assunto na sua rede social, resolveu escrever o seu depoimento pois seu perfil estava muito visitado, e já não aguentava mais receber mensagens de pessoas que ela não conhecia, falando sobre o seu corpo. Quando postou achou que seria ignorada, e não imaginava que teria tanta repercussão. Após a publicação, recebeu auxílio de seus familiares e amigos.

Mais um caso, que infelizmente trouxe um fim trágico, foi de uma adolescente com o nome de Julia Rebeca dos Santos de apenas 17 anos na época do crime, sendo que infelizmente ela acabou cometendo suicídio.

A primeira hipótese que foi dita era que própria adolescente havia filmado a relação, que logo em seguida compartilhou com quem ela confiava. Mas há outra hipótese também, que a polícia suspeita que uma quarta pessoa tenha gravado o vídeo e divulgado nas redes sociais. (Araújo, 2013)

O advogado da família disse na época do ocorrido, que o fato de quem compartilhou o vídeo precisa ser esclarecido:

Queremos saber se realmente há uma quarta pessoa com os jovens porque existe a possibilidade de ter sido ela a responsável pelas filmagens e pela divulgação do vídeo. Por isso é muito importante identificar quem era este indivíduo. Caso essa suspeita não seja confirmada, a polícia quer descobrir quem fez as imagens, quem vazou e por que cometeu este ato (Araújo, 2013).

Julia teve um vídeo seu divulgado sem a sua autorização, em que aparece em uma relação íntima com o seu namorado e uma amiga do casal, e ela infelizmente resolveu interromper a sua vida, por causa da repercussão de seu vídeo. Ela foi encontrada morta em seu quarto, por uma tia, sendo que ela se encontrava com um fio de uma prancha alisadora enrolada em seu pescoço.

Envergonhada por ter seu vídeo divulgado, escreveu em sua rede social uma despedida para a sua mãe, no qual dizia que a amava e pedia desculpas, e uma última mensagem deixada por ela foi, que estava com medo e achava que era um tchau para sempre. (G1, 2013)

Segundo suas colegas de sala, Julia no início era uma menina muito alegre, sorridente e também ligada à família, mas depois da indevida divulgação do vídeo, ficou deprimida, distante e quieta, não conversava com ninguém, isso estava sendo uma das consequências que Julia estava passando como vítima do crime de Revenge Porn.

Julia começou demonstrando em sua rede social os seus sentimentos, que estava cansada, envergonhada e que estava enfrentando um momento muito difícil, postava também alguns desabafos. Após vários atos de coação contra ela, infelizmente não aguentou tanta violência psicológica e acabou praticando o suicídio, por causa da grande repercussão que teve seu vídeo. (G1, 2013)

Depois de todo o ocorrido várias pessoas ainda continuaram culpabilizando a adolescente, por ter filmado a relação íntima.

Dona Ivânia Sails, que era mãe de Julia, disse que não sabia o que estava acontecendo com a sua filha. Em uma de suas entrevistas diz que o ato de divulgar a imagem de sua filha, foi uma violação e que não sabia o que estava acontecendo com a sua filha. “Ela não demonstrou nada, nada. Todo adolescente tem o direito de ser adolescente. Eles são inconsequentes mesmo. Essa exposição toda, do vídeo, da imagem da minha filha, é uma violação” (G1, 2013)

Outro fato importante, é que na época em que Júlia teve seu vídeo divulgado, ela tinha apenas 17 anos, sendo considerada adolescente, de acordo com o Artigo 2º da Lei 8.069/90:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. (Brasil, 1990).

A delegada Cristiane Vasconcelos informou que a polícia está atrás de crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que é divulgar vídeo contendo cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes. (G1, 2014)

Sendo assim, relacionado ao crime cometido contra ela, seria respaldado pela lei do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – 8.069/90, de acordo com o Artigo 241-A e 241-B, sendo a pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos para quem divulgar fotografia/vídeo, envolvendo criança ou adolescente e se armazenar fotografia de criança ou adolescentes, a pena será reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Entretanto, já se passaram quase 9 (nove) anos da morte de Júlia e não há nenhuma notícia sobre o responsável pela divulgação das imagens.

Outro caso que também teve bastante repercussão e que infelizmente teve o fim trágico em que cometeu o suicídio, foi a Giana Laura Fabi, uma adolescente de 16 anos, que residia na cidade de Veranópolis (RS), ela teve sua imagem em que aparece mostrando os seios divulgada na internet, sem o seu consentimento. (CARTACAPITAL, 2013)

Um garoto de 17 anos, que também é considerado adolescente para o ECA, disse que era amigo de Giana, e que na época do ocorrido disse à polícia que não namorava a jovem. Ela trocava mensagens via Skype, e dentro de várias mensagens, a pedido do colega de escola, ela acabou tirando seu sutiã e mostrando os seus seios na Webcam, e ele na hora deu printscreen (comando pelo qual a pessoa “fotografa” a tela de seu computador).

O irmão dela disse em uma reportagem que supõe que ele teria divulgado a imagem de Giana por vingança: Eu não tenho certeza, mas ouvi comentários de que possa ter sido um jogo na internet. Tu tá online no Skype com várias pessoas e quem perde tem que mostrar uma parte do corpo. Aí ela perdeu, mostrou e na hora deram um printscreen. Ele guardou essa foto como uma carta na manga para chantagear: ela começou a namorar outro, ele foi lá e fez isso (DIP, AFIUNE, 2013).

O rapaz que divulgou a foto, confirmou que enviou a imagem íntima para alguns conhecidos/amigo seu, mas a partir daí, a imagem teve grande repercussão e foi compartilhada por várias pessoas.

Charline Fabi, uma prima de Giana, recebeu a foto em seu celular através do WhatsApp, e no mesmo instante ligou para sua prima, pra poder avisá-la e saber como ela estava. Segundo relato de Charline, sua prima parecia espantada. Depois de algumas horas, elas começaram a conversar através do Facebook, e começou a dar indícios que ia tirar a própria vida, dizendo que ia fazer uma besteira porque não queria fazer sua família passar vergonha. A prima de Giana não acreditou, pois ela nunca havia feito e/ou falado esse tipo de situação, e pedia para ela parar de falar aquelas coisas. Depois disso, a adolescente postou uma mensagem de despedida em sua rede social. “Hoje de tarde eu dou um jeito nisso. Não vou ser mais estorvo para ninguém”. (DIP, AFIUNE, 2013)

Charline tentava ligar para a sua prima, só que ela não atendia, então resolveu ligar para os seus pais, para os seus pais poderem ligar para os pais de Giana. Então Jonas Fabi, que morava ao lado, pulou o muro e adentrou a casa, encontrando o corpo de sua irmã enforcado com um cordão de seda.

Jonas disse em entrevista que a atitude de sua irmã, tenha sido por medo de como sua família poderia reagir:

Ela disse pra prima que não queria que a família sentisse vergonha e sofresse por um erro dela. A nossa família é bem conhecida, e a cidade é pequena, meio bocuda, bastante gente inventa

coisas. Às vezes você faz uma coisinha e acabam aumentando. De repente isso até influenciou, pelo fato das pessoas todas se conhecerem, daí acaba espalhando rápido. (DIP, AFIUNE, 2013).

Após toda a humilhação e vergonha que Giana passou, depois que tirou a sua própria vida, desconhecidos escreveram em seu perfil do Facebook, que ela mereceu aquilo, pois resolveu mostrar-se nua para outra pessoa. Como sempre a culpa é da mulher, nunca o homem tem culpa, em uma sociedade onde o patriarcalismo ainda é enraizado. (NOGUEIRA, 2014).

O motivo que a fez cometer o suicídio, foi a divulgação de suas imagens íntimas na internet, onde aparece mostrando os seios, foi compartilhado sem o seu consentimento, e com isso teve que enfrentar as consequências de humilhação e vergonha.

Marcos Fabi, pai da vítima disse um pouco sobre a sua filha e o que ela teve que passar. “Ela era uma menina 100% alegre. Nunca teve depressão e nem nada do tipo, era rodeada de amigos. Só que também era muito decidida. Ela se aterrorizou e acabou tomando essa decisão”. (ZYLBERKAN, 2013).

As vítimas de pornografia de vingança, passam por várias consequências, chegando a mudar completamente sua rotina, algumas mudam de escola, outras saem do trabalho, outras mudam de cidade e a consequência mais devastadora é o suicídio, pois nesse caso as vítimas sentem como se sua honra fosse destruída, e sua intimidade e privacidade fossem violadas, por pessoas que elas mais deveriam confiar, como um ex-companheiro.

Como Giana tinha 16 anos, e assim como Julia, ambas eram adolescentes, o crime seria enquadrado no Artigo 241-A e 241-B da Lei 8.069/90, conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), mas também não deixa de ser Revenge Porn/pornografia de vingança, pois confiaram nas pessoas que amavam e por elas, eram consideradas fiel, e por vingança ou chantagem, para obter algo, divulgaram suas imagens íntimas, sem o seu consentimento, através da internet.

Como foi descrito, duas adolescentes enfrentaram esse tipo de delito que é o Revenge Porn/pornografia de vingança, mas são vários os adolescentes que sofreram com os crimes cibernéticos. A ONG SaferNet atendeu cerca de 2.478 pessoas em 2021 que pediram ajuda por violações que sofreram na internet, em que quase 1% eram crianças, considerado até 12 (doze) anos e 24% eram adolescentes, entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Entre os anos de 2020 à 2021 teve um aumento de quase 24% de adolescentes que sofreram com os crimes cibernéticos (SaferNet, 2022).

O que precisa ser entendido, é que nos dias atuais é considerado crime fazer divulgação de fotografia ou vídeo de cunho sexual, sem a autorização das pessoas envolvidas, e que a vítima desse tipo de crime é na maioria mulher, que necessita de respeito, e infrator/criminoso é quem divulgou esse conteúdo por vingança ou chantagem.

Como foi descrito, a culpa sempre recai sobre a vítima, e nunca sobre o criminoso, mesmo sendo ela sofrendo com várias consequências, desde humilhação e chacota até mesmo pensar, e alguns casos cometerem suicídio.

A Lei 13.718/18 trouxe a tipificação da conduta do crime de pornografia de vingança, e também uma ideia de punibilidade e foi importante justamente para trazer uma atenção maior para quem pratica esse tipo de ação, pois realmente é considerado um crime muito grave para quem sofre essa violação de intimidade/privacidade.

3 CONCLUSÃO

Por isso tudo, Revenge Porn ou pornografia de vingança foi tipificado como um crime e é considerado uma nova modalidade de violência de gênero, pois o patriarcalismo/machismo ainda está enraizado em nossa sociedade desde o início dos tempos.

A evolução da tecnologia foi algo muito importante, ao longo da história da comunicação, principalmente no tempo de pandemia, mas como teve vários benefícios, existiu também malefícios, sendo o crime de revenge porn, um dos vários crimes cibernéticos existentes.

Como foi bastante pontuado, esse crime entendido como pornografia de vingança, trata-se da divulgação de conteúdo íntimo, não consentido, na maioria das vezes cometido por ex-parceiros que após o relacionamento

íntimo chegar ao fim, por vingança ele divulga na internet as imagens que obteve, gerando assim várias consequências para as vítimas, onde elas chegam a pensar no suicídio ou alguns casos, como visto no trabalho, acabam cometendo o suicídio, como uma forma de cessar toda a humilhação que estavam sofrendo.

A disseminação da imagem acaba viralizando rapidamente, pois em questão de segundos é compartilhado para várias pessoas. A internet trouxe esse poder do conteúdo ser alcançado por várias pessoas de forma instantânea.

Antes a pornografia de vingança era enquadrada como crimes contra a honra, pois não tinha uma legislação específica para este tipo de crime, e era considerado uma violação à imagem, honra e intimidade da vítima e também era apontado como crime de menor potencial ofensivo, mas com os avanços tecnológicos e com o grande aumento de casos, a legislação Brasileira vem adaptando aos poucos, para tentar combater esse tipo de delito, criminalizando a prática de Revenge Porn, reconhecendo como crime a divulgação de cena de estupro, sexo ou pornografia, sem o consentimento da vítima, e tornando assim a penalização mais gravosa.

A Lei 12.965/14 conhecida como o Marco Civil da Internet, trouxe responsabilização para os provedores também, que se forem omissos nas notificações de retirada por parte da vítima, nos casos de nudez, eles responderam subsidiariamente.

Como demonstrado em dados e levantamento disponibilizados em sites, fica perceptível que as vítimas, são a maioria mulheres, e esses crimes cibernéticos prejudicam a imagem da mulher intensamente, pois as vítimas costumam ser duramente criticadas, pela disponibilização do conteúdo, que conseqüentemente acaba sendo divulgado, de forma não consentida, e com isso acaba sendo usada para deboches e chacotas, e a consequência é a humilhação e sofrimentos que a vítima tem que suportar.

Os sofrimentos das vítimas são permanentes. Como é algo vazado na internet, existe a possibilidade de em alguns anos essa imagem poder ser compartilhada novamente.

A grande repercussão que acontece na exposição de conteúdo íntimo, no meio virtual, acaba acarretando em várias mudanças para a vítima, sendo no ciclo familiar, no trabalho, nas amizades, e com isso acontecem várias consequências terríveis, seja afetiva, emocional e/ou psicológica.

Foram objeto de estudo casos de algumas das várias mulheres que tiveram sua imagem exposta, sem o seu consentimento. São casos que tiveram grande repercussão na época que aconteceram. Rose Leonel e Thamiris Sato são casos em que após o relacionamento chegar ao fim, por vingança, os seus ex-companheiros compartilharam fotos delas. Mas após todo o acontecimento, elas conseguiram contar suas histórias, e mostrar que a vítima, na verdade eram elas, mesmo depois de todo o sofrimento que tiveram que suportar.

Já Julia Rebeca Dos Santos e Giana Laura Fabi, ambas as adolescentes, acabaram cometendo o suicídio, como uma forma de cessar toda a humilhação que elas estavam sofrendo.

A intenção expondo os casos, é para mostrar, que na verdade as vítimas eram as mulheres, que confiaram e amaram os seus ex-companheiros, a ponto de deixar serem filmadas, e com isso elas acabaram sofrendo com toda a humilhação, ao ponto de cometer suicídio, em alguns casos. E os criminosos eram os homens, que tiveram a coragem de divulgar as imagens de pessoas que confiaram neles.

Importante salientar que a internet não pode ser mais considerada uma “terra sem lei”, pois tentam cada vez mais criminalizar os delitos que ocorrem no espaço virtual.

A indenização que as vezes são impostas, não repara os danos causados na vítima, pois são várias as consequências que sofrem, ao ponto de cometerem suicídio, como foi exposto.

Diante de tudo o que foi exposto, não é só a prática do crime de revenge porn que necessita de mudança, mas sim as pessoas, pois o patriarcalismo ainda está enraizado em nossa sociedade, onde sempre é a mulher a culpada pelas ações, em que na verdade são as vítimas.

É necessário tratar com urgência sobre esse mais novo crime de violência contra a mulher, para assim conseguir uma mudança, pois as consequências são perpétuas na vida da vítima, e com isso tentar impedir essa violência que surgiu no ambiente cibernético.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO, Gilcilene. Polícia suspeita que vídeo de sexo com jovem foi feito por uma 4ª pessoa. 2013. Disponível em: G1 - Polícia suspeita que vídeo de sexo com jovem foi feito por uma 4ª pessoa - notícias em Piauí (globo.com) Acesso em 27 de agosto de 2022

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 10º Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 06 de agosto 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em 06 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm Acesso em 06 de agosto 2022.

BRASIL. Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm Acesso em 06 de agosto 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em 06 de agosto 2022.

BRASIL. Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm Acesso em 06 de agosto 2022.

BUZZI, Vitória de Macedo. 2015. Entrevista com autora do livro "Pornografia de Vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro". [Entrevista cedida a Historikerin]. Disponível em: <https://cientistasfeministas.wordpress.com/2015/09/11/entrevista-com-autora-do-livro-pornografia-de-vinganca-contexto-historico-social-e-abordagem-no-direito-brasileiro/> Acesso em 13 de agosto de 2022.

CARTACAPITAL. Quem é culpado pelo suicídio da garota de Veranópolis?. 2013. Disponível em: Quem é culpado pelo suicídio da garota de Veranópolis? - CartaCapital Acesso em 27 de agosto de 2022

CLAIRE, Marie. Pornografia de revanche, o relato da vítima: "Ele não esperava que eu tivesse força para expor o caso", diz estudante que teve fotos nuas compartilhadas por ex. 2013. Disponível em: https://marie658.rssing.com/chan-11170734/all_p35.html Acesso em 27 de agosto de 2022

COSTA, Givago Richard Braga Carneiro da. Uma Reflexão sobre o Direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas nas redes sociais da internet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6398/Umareflexao-sobre-o-direito-a-intimidade-a-vida-privada-a-honra-e-a-imagem-daspessoas-nas-redes-sociais-da-internet>. Acesso em 20 de agosto de 2022

CONSULTOR JURÍDICO. Artigo de revista jurídica. Pornografia de vingança é violência de gênero, afirma Nancy Andrighi, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/pornografia-vinganca-violencia-genero-afirma-nancy> Acesso em 13 de agosto de 2022.

DIP, Andrea. AFIUNE, Giulia. Adolescentes falam do suicídio das meninas que tiveram imagens íntimas expostas na internet e revelam como é amadurecer em um mundo em que o virtual é real. 2013. Disponível em: Como um sonho ruim - Agência Pública (apublica.org) Acesso em 27 de agosto de 2022

G1. Mãe de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de 'violação'. 2013. Disponível em: G1 - Mãe de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de 'violação' - notícias em Piauí (globo.com) Acesso em 27 de agosto de 2022

G1. Um ano após vídeo íntimo vazar na internet, polícia ainda busca suspeitos. 2014. Disponível em: G1 - Um ano após vídeo íntimo vazar na internet, polícia ainda busca suspeitos - notícias em Piauí (globo.com) Acesso em 27 de agosto de 2022

GARCIA, Carolina. "Sofri um assassinato moral, perdi tudo", conta vítima de cyber vingança. 2014. Disponível em: "Sofri um assassinato moral, perdi tudo", conta vítima de cyber vingança (geledes.org.br) Acesso em 26 de agosto de 2022

GARRETT, Filipe para o TechTudo. Crimes cibernéticos: entenda o que são e como denunciar. 2021 Disponível em <https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/08/crimes-ciberneticos-entenda-o-que-sao-e-como-denunciar.ghtml> Acesso em 13 de agosto de 2022

GIMENES, Erick. 'Fui assassinada', diz mulher que criou ONG contra 'vingança pornô'. 2014. Disponível em: G1 - 'Fui assassinada', diz mulher que criou ONG contra 'vingança pornô' - notícias em Norte e Noroeste (globo.com) Acesso em 25 de agosto de 2022

GOMES, Marilise Mórtaqua. As Genis do século XXI: análise de casos de pornografia de vingança através das redes sociais. Monografia orientada pela prof.^a Cristiane Henriques Costa. Faculdade Federal do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/4441/1/MGomes.pdf> Acesso em 07 de agosto de 2022

GOVERNO FEDERAL. 2016. Mulheres são principal alvo da pornografia de vingança. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias-spm/noticias/mulheres-sao-principal-alvo-da-pornografia-de-vinganca> Acesso em 13 de agosto de 2022

GUIMARÃES, Bárbara Linhares; DRESCH, Márcia Leardini. Violação dos Direitos à Intimidade e à Privacidade como Formas de Violência de Gênero. Percurso. Curitiba, v1, n. 14, 2014. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/833/619> Acesso em: 13 de agosto de 2022

JUSTI, Adriana. Após fotos íntimas pararem na web, mulher diz sofrer preconceito diário. 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2013/08/apos-fotos-intimas-pararem-na-web-mulher-diz-sofrer-preconceito-diario.html> Acesso em: 27 de agosto de 2022

LANA, Alice de Perdigão. Mulheres Expostas: revenge porn, gênero e o Marco Civil da Internet. Curitiba; GEDAI/UFPR, 2019. EDIÇÃO EM FORMATO DIGITAL ISBN (E-book): 978-85-67141-27-5. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/03/revenge-porn-marco-civil-dainternet.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2022

NOGUEIRA, Kiko. A mulher que se tornou o primeiro símbolo da luta contra o "pornô-revanche". 2014. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/a-mulher-que-se-tornou-o-primeiro-simbolo-da-luta-contr-o-porno-revanche/> Acesso em 27 de agosto de 2022.

PIALARISSI, Marli Aparecida Saragiotto. O sequestro da personalidade como núcleo do dano existencial no revenge porn. In: Encontro Nacional do Conpedi, 23, 2014, Florianópolis. Anais. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 117-146. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=148> Acesso em: 24 agosto 2022.

PESSOA, Marcus. 11 CASOS DE CYBERBULLYING RECENTES NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS. 2021. Disponível em: <https://marcuspeessoa.com.br/11-casos-de-cyberbullying-recentes-no-brasil-e-suas-consequencias/#more-25209> Acesso em 27 de agosto de 2022

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. 7º Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RESKALLA, Aline. Casos Thamiris Sato e Júlia Rebeca, dois finais bem diferentes. 2013. Disponível em: Casos Thamiris Sato e Júlia Rebeca, dois finais bem diferentes (aldeiaglobal.net.br) Acesso em 27 de agosto de 2022

SAFERNET. 2018. Exposição do outro na web por vingança. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/pornografia-de-revanche> Acesso em 13 de agosto de 2022

SAFERNET, Indicadores Helpline. As principais violações para quais os internautas Brasileiros pedem ajuda. Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/helpline/helplineviz/pt/> Acesso em 23 de agosto de 2022

SAFERNET. Indicadores da Central de Denúncias de Crimes Cibernéticos. Disponível em <https://indicadores.safernet.org.br/index.html> Acesso em 23 de agosto de 2022

SERRANO, Martim Bouza. Reveng Porn: A pornografia como vingança. 2018. Disponível em: <https://observador.pt/opiniao/revenge-porn-a-pornografia-como-vinganca/> Acesso em 18 de agosto de 2022

SILVEIRA, Neil; SOUSA, Mirian Lima; MELO, Antonia Morgana de A. Jorge. Crimes cibernéticos e invasão de privacidade à luz da lei Carolina Dieckmann. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61325/crimes-ciberneticos-e-invasao-deprivacidade-a-luz-da-lei-carolina-dieckmann>. Acesso em 18 de agosto de 2022

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, de acordo com o Marco Civil da Internet. Revista Fórum de Direito Civil - RFDC, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 3, set. / dez. 2015. Disponível em:

<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/12/A-responsabilidadecivil-do-provedor-de-aplicacoes-de-internet.pdf>. Acesso em 21 de agosto de 2022

TOMAZ, Kleber. Jovem denuncia ex-namorado por ameaça e desabafa contra foto nua. 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/11/jovem-denuncia-ex-namorado-por-ameaca-e-desabafa-contra-foto-nua.html> Acesso em 27 de agosto de 2022

ZYLBERKAN, Mariana. Sexo e internet: quando a exposição pode levar à morte. 2013 Disponível em: Sexo e internet: quando a exposição pode levar à morte | VEJA (abril.com.br) Acesso em 27 de agosto de 2022

58 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

TATIANA MANNA BELLASAMA E SILVA
FRANCIELE CÂNDIDO DOS SANTOS

RESUMO O presente trabalho tem como objetivo demonstrar algumas formas de violência obstétrica que ocorre contra a mulher, praticado por algum profissional em instituições de saúde, em momentos relacionados antes, durante ou depois do parto, e até mesmo no aborto. O objetivo geral do presente trabalho é abordar a questão do momento que era para ser único na vida da mulher, que acaba se tornando um pesadelo, considerando as possíveis condutas dos profissionais por mera dominação. A violência obstétrica não está diretamente ligada a uma violência física, mas também, psicológica, verbal, moral e até mesmo sexual. No entanto, quando falamos em violência, automaticamente se pensa em punição ao agressor, mas, quando o assunto é violência obstétrica, verifica-se ausência de legislação específica no Brasil, sendo este punido indiretamente pelo Código Civil. Assim, o presente estudo permitiu analisar que há falhas e grandes lacunas a serem resolvidas e preenchidas, pois os maus-tratos, a negligência e até mesmo os crimes que ocorrem em uma instituição hospitalar, não é algo novo, a ponto de justificar a morosidade legislativa em tipificar as condutas ilícitas no Código Penal Brasileiro, para que assim se tenha “força” para barrar e punir o agressor. A metodologia utilizada para elaboração do presente trabalho se deu através de pesquisas bibliográficas e artigos científicos, para realizar a coleta de informações diante da problemática apresentada.

PALAVRAS-CHAVE: Violência obstétrica; Omissão legislativa; Punição ao agressor.

ABSTRACT The present work aims to demonstrate some forms of obstetric violence that occurs against women, practiced by a professional in health institutions, at related moments before, during or after childbirth, and even in abortion. The general objective of the present work is to address the issue of the moment that was supposed to be unique in a woman's life, which ends up becoming a nightmare, considering the possible behaviors of professionals by mere domination. Obstetric violence is not directly linked to physical violence, but also psychological, verbal, moral and even sexual. However, when we talk about violence, we automatically think of punishing the aggressor, but when it comes to obstetric violence, there is a lack of specific legislation in Brazil, which is indirectly punished by the Civil Code. Thus, the present study allowed us to analyze that there are flaws and large gaps to be solved and filled, since mistreatment, negligence and even crimes that occur in a hospital institution is not something new, to the point of justifying the delay. legislation to typify illegal conduct in the Brazilian Penal Code, so that it has “strength” to stop and punish the aggressor. The methodology used for the elaboration of the present work was done through bibliographical research and scientific articles, to carry out the collection of information in the face of the presented problem.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Obstetric violence; Legislative omission; Punishment to the aggressor.

1 INTRODUÇÃO

A violência obstétrica ocorre através de atos praticados por profissionais da saúde contra paciente mulheres, em decorrência de algum procedimento realizado em âmbito hospitalar. Tal violência, não se delimita apenas em atos, vai além desta esfera, considerando o sofrimento causado a vítima naquele momento, bem como os traumas acarretados e bens jurídicos violados.

O objetivo geral da presente pesquisa foi o de demonstrar algumas condutas praticadas por profissionais da saúde que acarretam em sofrimento e traumas as suas vítimas, além de violações de bens jurídicos que após anos de luta foram reconhecidos pela sociedade.

Por sua vez, além de demonstrar brevemente algumas condutas praticadas por profissionais de saúde, objetivou-se abordar também, especificamente, a problemática da violência obstétrica no Brasil, considerando que embora o mundo tenha se desenvolvido em vários aspectos, ainda há casos de violência obstétrica no país, independentemente de os direitos das vítimas estarem tutelados e amparados pela Constituição Federal.

Sabe-se que, bem jurídico são valores éticos sociais que deveriam ser tutelados e protegidos de forma eficaz. Nesta seara, demonstrou-se a definição do que é bem jurídico tutelado, bem como, analisou-se brevemente os direitos fundamentais da vítima de violência obstétrica.

Não obstante, abordou-se o conceito, formas que caracterizam a violência obstétrica praticada contra a mulher, gestante, ou parturiente, que possuem a proteção do princípio da dignidade da pessoa, que é considerada a base do Estado Democrático de Direito, que é inerente a todo ser humano, conforme previsto na Constituição Federal.

Por fim, o problema da pesquisa está consubstanciado no seguinte questionamento, a responsabilidade civil entre médico e paciente, demonstrando o possível enquadramento legal para agressores, não obstante, abordando a importante questão sobre a ausência e negligência do Estado Brasileiro em não ter tipificado penalmente a violência obstétrica.

A metodologia empregada foi pesquisas bibliográficas e pesquisas em artigos científicos, para realizar a coleta de informações diante da problemática apresentada, considerando que tais metodologias seriam capazes de alcançar e demonstrar qualificadamente a problemática em questão.

2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Desde a Revolução Francesa a mulher vem tentando ano após ano, década após década, ocupar o mesmo espaço que o homem e mostrar para sociedade que sua capacidade vai muito além do que as limitações impostas pela antiga e atual sociedade machista.

Partindo de uma parte da evolução histórica, nos anos 50, chamado no Brasil de “Anos Dourados”, foi um período de ascensão da classe média. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Brasil verificou um crescimento urbano e uma industrialização sem precedentes. Em consequência, as condições de vida, nas cidades, diminuíram muitas das distâncias entre o sexo feminino e o sexo masculino. (PRIORE, 2002, p. 608)

Nas famílias, reafirmava-se a natureza da mulher, ser mãe, esposa e dona de casa. Os homens ainda tinham a autoridade, e a mulher ideal ainda era esculpida, a partir dos papéis femininos tradicionais. A mulher que não seguisse a vocação feminina, que era a maternidade e a vida doméstica, estaria indo contra a sua própria natureza. (PRIORE, 2002, p. 608 e 609).

Certamente, as mulheres alcançaram certa liberdade, em diversos pontos de suas vidas. Isso se deu, em muito, por conta das mudanças de certos padrões culturais, ocasionados pela industrialização dos “Anos Dourados” (VALLE, 2020, p. 23)

No ano de 1910, ocorreu um avanço significativo, visto que a professora Leolinda Daltro fundou o Partido Republicano Feminino, que era exclusivamente de mulheres. Como naquele período, as mulheres não possuíam direitos políticos, a luta maior das militantes foi “[...] pelo reconhecimento das mulheres como cidadãs plenas e passíveis de participar das pugnas eleitorais”. (KARAWJCZYK, 2014, p. 72).

Não obstante, os direitos femininos cresceram ainda mais no ano de 1962, conforme aduz Valéria Cenci Valle (2020):

Em 1962, foi promulgada a Lei nº 4.121/1962 ou Estatuto da Mulher Casada, que foi responsável por revogar e modificar diversos artigos nitidamente machistas do Código Civil de 1916. Seguindo na mesma direção de evolução dos direitos da mulher, foi aprovada no ano de 1977 a Lei nº 6.515/1977 ou Lei do Divórcio, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do

casamento. Por conta desta lei, freou-se, em grande parte, os preconceitos desferidos contra as mulheres “desquitadas”, retirando destas o rótulo de “réprobas”.

Com o passar dos anos, a sociedade foi avançando quanto à proteção e promoção dos direitos das mulheres, houve em 1979 a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW – baseada na DUDH e na Carta das Nações Unidas (PIMENTEL, p.14, 2013)

Tal convenção registra a preocupação no fato de que mulheres em situações de pobreza têm acesso mínimo à saúde, Lima et al. Dupas (2021) esclarece que, assim como à satisfação de outras necessidades e que as diversas formas de discriminação contra a mulher violam os princípios de igualdade de direitos e do respeito a dignidade da pessoa humana, dificultando a sua participação na sociedade e o desenvolvimento de suas potencialidades em total plenitude.

Por sua vez, em 1988, a Constituição Federal promulgou que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, de acordo com Lima et al. Dupas (2021):

Diante disso, vislumbra-se a nova ordem imposta pela Constituição de 1988 rompendo com antigos paradigmas e dando abertura para a proteção das minorias sociais, com a identificação dos direitos essenciais e fornecimento dos instrumentos garantidores. Dentre essas minorias, encontram-se as mulheres, que a partir do reconhecimento de igualdade formal, sem qualquer distinção, obtiveram maior visibilidade, proporcionando o debate sobre a posição que ocupam na sociedade e a criação de políticas públicas específicas.

Logo após, ocorreram outros encontros, como a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada em 1994 no Cairo – tendo como registro a consideração dos direitos reprodutivos das mulheres como uma categoria dos Direitos Humanos – e a reunião para a adoção dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio em 2000, que continha dentre as principais metas a redução da mortalidade infantil e a melhora da saúde materna (LEWIN; PRATA; LEITE; SOUZA; TEIXEIRA, p.04, 2019)

Já no século XXI, Valéria Cenci Valle (2020), informa que foi finalmente promulgado o atual Código Civil, garantindo à mulher todos os direitos que lhe foram negados, no antigo Código e, também, os que não foram abarcados, na elaboração do Estatuto da Mulher Casada.

E ainda, a autora destaca que o Código Civil de 2002 atendeu aos direitos elencados, na Constituição Federal de 1988, principal fonte de igualdade entre os sexos, visto que reconheceu as mulheres como iguais aos homens (VALLE, 2020)

As mudanças civis foram significativas, Pasinato et al. Santos (2008) esclarece que mesmo assim, a violência contra a mulher era crescente e merecia atenção. À vista disso, em 1985, criou-se a primeira delegacia da mulher, que atendeu, de imediato, um grande número de mulheres em situação de violência, mostrando que esse problema existia, era grave e carecia de um atendimento policial especializado.

Culturalmente e fisicamente, a mulher vem sendo inferiorizada e a situação piora quando é violentada, em razão de costumes e tradições questionáveis, sob o prisma dos direitos humanos (VALLE, 2020)

Apesar da Constituição Federal de 1988 garantir a igualdade formal de todo ser humano perante a lei, essa afirmação não mais bastava, uma vez que, a mulher continuava a sofrer formas de violência inclusive em seus próprios lares. (NUCCI, 2020, p. 850).

Embora tenha sido promulgado em 2006 a Lei nº 11.340/2006 ou Lei Maria da Penha, criada como forma de coibir as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, apresentando mecanismos de proteção à condição do sexo feminino, principalmente nas relações domésticas (VALLE, 2020) as grandes mudanças garantidas por lei não foram e não é suficiente para coibir a violência cometida contra mulher.

Diante do grande número de homicídios contra mulheres, foi sancionada, no ano de 2015, a Lei nº 13.104/2015, que altera o artigo 121 do Código Penal, elencando o feminicídio como circunstância qualificadora (BRASIL, 2015; MENDES, 2020, p. 165).

Valéria Cenci Valle (2020) aduz que dentre as evoluções mencionadas anteriormente, no ano de 2018, com o advento da Lei nº 13.718/2018, passou-se a tipificar o crime de importunação sexual, diante dos acontecimentos de assédio vivenciados por mulheres no dia a dia. Em vista disso, desde o ano de 2018, a conduta de satisfazer a lascívia diante da prática de ato libidinoso, passou a ser criminalizada.

Mencionadas evoluções foram extremamente necessárias, para a garantia efetiva de direitos femininos e, também, para evitar que se voltasse o desrespeito e desigualdade, como até, então, a mulher era tratada (VALLE, 2020)

Diante disso, pode-se dizer que a mulher conseguiu grande avanço, proteção e reconhecimento legislativo, no entanto, embora a luta tenha subido alguns degraus, na atualidade a mulher, por ser vulnerável em determinadas situações, ainda é vítima de violência, e conforme será abordado no presente trabalho, vítima de violência obstétrica.

3 A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO

Diante do histórico da teoria do bem jurídico, é clara a percepção de que a sua conceituação não pode ser fechada, ou seja, não há como, a partir do simples conceito de bem jurídico, concluir automaticamente o que deve ou não ser criminalizado. O bem jurídico aqui deve ser considerado “fundamentalmente como padrão crítico com o qual se verifica a legitimidade da função do direito penal no caso concreto” (BECHARA, 2009).

Entender o bem jurídico é fundamental para o entendimento do papel do Direito Penal, uma vez que este último tem como função principal a proteção de tais bens. Perceber os contornos essenciais do bem jurídico é, portanto, a chave para compreender sobre quais limites o Direito Penal é construído. (SILVA, 2011)

Para Zaffaroni e Pierangeli (1997), bem jurídico penalmente tutelado “é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas”.

Na doutrina pátria, há destaque para o conceito de Assis Toledo (1991) que defende que “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito penal seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. (PRADO, 2011)

Assim, pode-se afirmar que bem jurídico trata-se de valores ou interesses de uma pessoa que é protegido por lei, que a partir de então, será utilizado como base penal para que o Estado adote normas penais incriminadoras protegendo tais direitos.

Desta forma, resta claro que “a noção de bem jurídico decorre das necessidades do homem surgidas a experiência concreta da vida” (PRADO, 2011).

Portanto, a pessoa que violar um bem jurídico alheio, atentar contra um direito à vida humana, será punido.

O bem jurídico penal, tem como função, na percepção de Prado (2011), a função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado, a função teleológica ou interpretativa, função individualizadora, e por fim, a função sistemática.

A função garantidora ou limitadora do direito de punir do Estado, de acordo com Luigi Ferrajoli (1995), é considerada o garantismo penal, que consagra o bem jurídico como garantia pelo princípio da lesividade ou ofensividade, sendo sintetizado como um dos dez axiomas do seu sistema de garantias: “Nullum crimen sine injuria”.

Verifica-se que a teoria do bem jurídico é capaz de fornecer os requisitos para a determinação da concessão de tutela penal, ou seja, ao estudá-la, o legislador tem acesso ao entendimento do que faria um simples “bem” poder ser reconhecido como um “bem jurídico penal”, principalmente se considerarmos o Direito Penal inserido em um Estado Democrático de Direito, com garantias constitucionais a serem observadas. (SILVA, 2011)

Diante disso, indubitável reconhecer o caráter da Constituição também como objeto importante para a Teoria do Bem Jurídico e sua função garantidora e limitadora. Uma vez que ela é o marco importante para entender os valores considerados de extrema importância para a sociedade e os quais os poderes têm o dever de proteger. (SILVA, 2011)

Já a função teleológica ou interpretativa, é a que é considerada como o núcleo de tipo, uma vez que todo delito ameaça a um bem jurídico. O bem jurídico, assim, seria importante instrumento de interpretação da norma penal, pois a caracterização do tipo penal se daria em torno dele. (PRADO, 2011)

Assim, pode-se afirmar que o bem jurídico, nessa teoria, é de suma importância para o direito penal, tendo em vista que, com sua ausência, não seria possível a existência de tipificação, considerando que sem sua existência não há o que se falar em proteção.

Nessa seara, tem-se a função individualizadora, momento em que se utiliza de graus de lesões, para que então, haja um parâmetro de fixação de pena base, para que assim, haja penalização de diferentes formas, considerando as possíveis formas e níveis de lesões que uma pessoa possa vir a sofrer.

Por fim, a função sistemática, que nada mais é do que a parte especial categorizada de acordo com o bem jurídico ferido. Esta função diz respeito exatamente à classificação dos tipos penais, uma vez que a depender do bem jurídico lesionado, a sua tipificação se dará em capítulo especial responsável por este (PRADO, 2011)

O bem jurídico visto nesta posição seria o guia da atividade estatal. Não havendo bem jurídico de relevância clara e passível de proteção do estado, não haveria também justificativa para a sua proteção, principalmente com o instrumento penal. (SILVA, 2011)

O princípio da dignidade da pessoa é um dos mais importantes princípios jurídicos usados para definir os direitos fundamentais.

De acordo com José Afonso da Silva (1998, p. 92) a partir desse princípio que se desdobram todos os outros direitos fundamentais, garantidos no ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa, expresso no inciso III do art. 1º da Constituição de 1988, assegura à mulher a garantia de um tratamento saudável e seguro sem intervenções que se assemelhem à tortura e a tratamento degradante.

Dispõe o inciso III do art. 5º da Constituição Federal que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, onde se extrai o direito à integridade física, psíquica e moral, que por sua vez estão delineados no art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Constituição Federal elencou tal princípio com o objetivo de assegurar a pessoa o respeito a seus direitos perante a sociedade e do Estado.

Nesse sentido, Flávia Piovesan (2005, p. 54) aduz que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, pode-se dizer que o Estado possui o dever de criar todos os mecanismos para proteger os direitos fundamentais, para que a dignidade da pessoa não seja violada.

Destaca-se que os direitos humanos fundamentais são advindos desde sua concepção, até a sua morte.

A dignidade da pessoa é o direito de todo brasileiro, para que este seja respeitado, independente de quem seja, não ser prejudicado em sua existência, isto é, em sua vida, em seu corpo e na sua saúde, podendo então usufruir de uma esfera existencial própria.

No viés da violência obstétrica, a mulher deve ter liberdade para guiar seu parto, deve a cima de tudo ter autonomia para ser a protagonista de sua história e ter o poder de decidir sobre seu corpo e sua liberdade para dar à luz, tudo isso tendo acesso a um auxílio de saúde apropriado, seguro, competente, gentil, humanizado e digno.

Ressalta-se que não se trata apenas de agressão física, mas também, pelo fato de haver violação a liberdade de escolha da gestante e do seu direito de ter um parto digno e de seu agrado.

A violência sofrida pela mulher ocorre quando ela sofre alguma intervenção indesejada ou não consentida, quando seus direitos reprodutivos são afetados, momento em que, são violados os princípios constitucionais, que em tese, deveriam protegê-la.

O respeito a esses preceitos é, antes de tudo, um dever de solidariedade, que é a necessidade imposta pela própria vida em sociedade.

De acordo com Ingo Sarlet (2016, p.60) quando se fala nesse princípio, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna.

Assim, o Estado deve conceder a mulher o que é seu, de direito, não somente em seu parto, mas também no pré e no pós-parto, apoio de profissionais de saúde qualificados para atendê-las e serviços de saúde apropriados, que exerçam sua função com excelência, a fim de garantir o direito da puérpera e do seu bebê, assegurando o respeito ao princípio da dignidade da pessoa.

4 A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A violência obstétrica configura uma forma de violência contra a mulher, além de constituir um problema de saúde pública, afeta sua saúde física e mental, seus direitos sexuais e reprodutivos, assim manifestando-se como violência de gênero e violação dos direitos humanos. (HEIDARI; MORNO, 2017).

O conceito de violência obstétrica foi construído através do movimento de humanização do parto, no qual o termo foi criado pelo presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela, Dr. Rogelio Pérez D'Gregório, em 2010, e vem paulatinamente ganhando força dentro dos movimentos sociais preocupados com violências exercidas contra mulheres, em especial aquelas que lutam pela humanização da assistência materno-infantil. (D'GREGORIO, 2010)

Entende-se por violência obstétrica os atos exercidos por profissionais da saúde, “no que cerne ao corpo e aos processos reprodutivos das mulheres, exprimido através de uma atenção desumanizada, abuso de ações intervencionistas, medicalização e a transformação patológica dos processos de parturição fisiológicos” (ANDRADE, 2014, p. 1)

Da mesma forma, Lima et al. Dupas (2021) aduz que a violência obstétrica, como já mencionado, enquadra-se em um tipo de violência de gênero que assolas as mulheres gestantes, principalmente as que se encontram em situações de vulnerabilidade, no pré-parto, no parto e no pós-parto.

No Brasil, em hospitais públicos, submetidas ao SUS, os procedimentos se dão de forma extremamente cruel e desumana (DINIZ, 2005).

Em muitas das vezes com objetivo de acelerar o parto podem se apresentar de formas diversas, como a privação de alimentos, o uso de fórceps, a interdição à movimentação da mulher, a tricotomia (raspagem de pêlos), o uso rotineiro da ocitocina, a não utilização de analgesia quando tecnicamente indicada, a Manobra de Kristeller e a cesariana eletiva sem indicação clínica (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p.60).

A experiência se torna ainda mais dolorosa, uma vez que as usuárias do serviço são, em sua maioria, de baixa classe econômica e baixa escolaridade. Isto implica em estarem totalmente dependentes e obedientes aos profissionais de saúde que a assistem no momento, o que as leva a não questionar os procedimentos realizados, por terem medo de serem entendidas como questionando a autoridade médica, uma vez que consideram que esta é científica e logo a correta, ou a nem sequer entenderem a linguagem utilizada por eles. (AGUIAR, 2010)

Para a maioria das mulheres, resta a visão de que o parto é evento sofrido e extremamente doloroso, o que é intensificado pela má prestação no atendimento de hospitais públicos e pelas diversas intervenções e violências realizadas no parto normal, que é frequentemente reforçada por familiares, amigas e até pela própria mídia. Por este motivo, as mesmas veem na cesárea eletiva a solução para a prevenção do sofrimento, o que é apoiado por diversos médicos obstetras. (AGUIAR, 2010; DINIZ, 2005)

De acordo com o Dossiê da Violência Obstétrica “Parirás com dor” (2012):

A violência obstétrica de caráter psicológico se apresenta na ação verbal ou comportamental do ato, causando na mulher sentimentos voltados para a inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio. Materializa-se em forma de ameaça, chacota, piada, humilhação, grosseria, chantagem, ofensa, omissão de informação, 128 utilização de uma linguagem inacessível ao prestar informações, desconsideração ou falta de respeito pelo padrão cultural da parturiente.

Várias definições para o termo violência obstétrica têm sido propostas. (TESSER, KNOBEL, et al., 2015) destacam aquela apresentada na primeira legislação latino-americana, tipificando a referida violência. Sancionada na Venezuela, define esta violência como:

Qualquer conduta, ato ou omissão por profissional de saúde, tanto em público como privado, que direta ou indiretamente leva à apropriação indevida dos processos corporais e reprodutivos das mulheres, e se expressa em tratamento desumano, no abuso da medicalização e na patologização dos processos naturais, levando à perda da autonomia e da capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente a qualidade de vida de mulheres.

O dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio caracteriza essa violação de direitos como sendo: — todos os atos praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnicos administrativos de instituições públicas e privadas, bem como civis. (CIELLO, 2012)

Dispõe a Constituição Federal, o dever do Estado em reprimir a violência contra as mulheres, e a todos os cidadãos.

Como sujeito possuidor de direitos, a mulher, na condição de parturiente, possui várias garantias: a dignidade da pessoa humana estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, com base no Estado democrático de direito; princípio da igualdade disposto no artigo 5º, inciso I, visando a proteção de todas as formas de discriminação; princípio da legalidade previsto no art. 5º, inciso II, assegurando a autonomia da mulher, a proteção a vida, a saúde, acesso a segurança, maternidade e a infância baseado no princípio da beneficência.

De fato, a ação organizada do movimento de mulheres, no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, ensejou a conquista de inúmeros novos direitos e obrigações correlatas do Estado, tais como o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre os filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivo, etc. (BARSTED, 2001, p. 35, citada por PIOVESAN, 2008, p. 134)

De acordo com Maria de Fátima Cabral Barroso de Oliveira, um atual contexto histórico é suficientemente capaz de desmentir tal afirmação, bastando observar as instituições genericamente expostas para se concluir que estamos distantes da almejada justiça social. Como por exemplo, o termo “homem” ainda é utilizado para representar o “genérico”, o que é “importante”, garantindo que os grupos minoritários, como as mulheres, permaneçam “sem voz” nas instituições nacionais (OLIVEIRA, 2013, p. 12-14).

Segundo Carlos Roberto de Siqueira Castro (1983, p. 168):

O sexo feminino tem sido, na evolução da humanidade, independente do regime político ou ideológico dominante, o maior de todos os explorados, a escória da escória. O último dos últimos. Nem mesmo algumas sociedades primitivas, marcadas por festejado, mas discutível matriarcado, pouparam a mulher de sua sina inferior.

Ademais, a mulher, a gestante, ou a parturiente possuem a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, que é considerada a base do Estado Democrático de Direito, que é inerente a todo ser humano, conforme previsto na Constituição Federal.

Assim, pode-se dizer que, quando uma mulher está sob os cuidados de instituições de saúde, esta, deve ter seus direitos observados, considerando que, de acordo com o referido princípio, a pessoa que violar tal princípio violará o ordenamento jurídico brasileiro.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

Em distintas partes do mundo, inclusive no Brasil, muitas mulheres sofrem abusos, maus tratos e violência física e psicológica nas instituições de saúde, em especial no momento do parto, o que é muito preocupante. Por isso, 25 de novembro é lembrado como o Dia Internacional para a Eliminação da Violência contra as Mulheres (PAES, 2015, p.1)

De acordo com Fabiana Dal'Mas Rocha Paes (2015):

O sistema jurídico brasileiro já possui legislação genérica a respeito da violência obstétrica, embora não haja lei específica. Contudo, existe o Projeto de Lei 7.633/2014, em trâmite no Congresso Nacional, que dispõe sobre as diretrizes e os princípios inerentes aos direitos da mulher durante a gestação, pré-parto e puerpério e a erradicação da violência obstétrica. A legislação nacional brasileira contempla a proteção da mulher quanto à prática de violência obstétrica. Alguns casos de violência obstétrica podem ser considerados crimes tais como homicídio, lesão corporal, omissão de socorro e crimes contra a honra.

Atualmente, o Brasil não possui legislação federal específica que regulamente sobre a violência obstétrica. Por outro lado, destaca-se a Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017, do Estado de Santa Catarina, que possui o objetivo de assegurar a busca por mecanismos de combate à violência e abusos contra mulheres grávidas, no momento do parto e pós-parto.

A referida lei dispõe sobre a assistência ao parto humanizado, que garante a mulher o nascimento saudável da criança, tendo como objetivo a prevenção de condutas desnecessárias que possam causar riscos para a mãe e para seu filho.

Contudo, é o único ato normativo no Estado Brasileiro que apresenta um texto legal com definição sobre Violência obstétrica.

Dispõe o art. 3º, da referida Lei, que:

Art. 3º Para efeitos da presente Lei considerar-se-á ofensa verbal ou física, dentre outras, as seguintes condutas:

- I - tratar a gestante ou parturiente de forma agressiva, não empática, grosseira, zombeteira, ou de qualquer outra forma que a faça se sentir mal pelo tratamento recebido;
- II - fazer graça ou recriminar a parturiente por qualquer comportamento como gritar, chorar, ter medo, vergonha ou dúvidas;
- III - fazer graça ou recriminar a mulher por qualquer característica ou ato físico como, por exemplo, obesidade, pelos, estrias, evacuação e outros;
- IV - não ouvir as queixas e dúvidas da mulher internada e em trabalho de parto;
- V - tratar a mulher de forma inferior, dando-lhe comandos e nomes infantilizados e diminutivos, tratando-a como incapaz (SANTA CATARINA, 2017, p.01).

Verifica-se que o legislador ampliou a caracterização de violência obstétrica, não tipificando somente o conceito, como demonstrado acima, o texto de lei trouxe, como condutas que são vistas como violência obstétrica a possibilidades de a gestante ou a parturiente acreditar que precisa de uma cesariana para realizar o parto,

quando na verdade, não é o necessário, utilizando o agressor de riscos imaginários ou hipotéticos para mãe e ao bebê, por ser mero prazer.

No entanto, há de se demonstrar, também, que há falhas no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a ausência de normatização no Código Penal Brasileiro em relação a punição do agressor que comete violência obstétrica no Brasil, considerando que a ocorrência deste crime não é algo novo.

Com a ausência de punição concreta aos agressores, poderá ocorrer muitos equívocos, como por exemplo, a ausência de punição de um profissional de saúde que causou lesão a parturiente ou ao recém-nascido, bem como a morte de uma parturiente e de seu filho.

Existem países em que a violência obstétrica já é regulamentada, não deixando o agressor impune, como é o caso da Argentina e Venezuela.

Na Venezuela, em sua Lei nº 38.668 de 2007, são demonstradas as sanções penais aos que cometem violência obstétrica, verifica-se que no referido país a mulher é penalmente protegida desde o ano de 2007, e no Brasil, em pleno 2022, não há nenhuma regulamentação criminal a respeito.

Em suma, no Brasil, verifica-se que a vítima poderá requerer danos morais e materiais por meio do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, no Código Penal Brasileiro não há quaisquer artigos que tipifiquem a penalidade ao agressor.

Assim, pode-se dizer que se houvesse regulamentação expressa no Código Penal Brasileiro, haveria segurança e justiça em procedimentos relacionados a possível ocorrência de violência obstétrica, não deixando brechas favoráveis a impunidade ao agressor.

Portanto, cabe ao Estado, urgentemente, tutelar os direitos das mulheres que estão vulneráveis a possíveis condutas ilícitas de profissionais de saúde, a fim de garantir o direito de proteção e dignidade de todas as mulheres.

A responsabilidade civil decorre do dano causado a outrem, seja ele moral ou material, devendo-se restituir o bem ao estado anterior ao dano ocorrido, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá ser compensado. (OLIVEIRA, 2008).

Nesse sentido, a responsabilização civil do médico ocorrerá após a comprovação de culpa, podendo esta ser na modalidade dolosa ou culposa.

O dolo médico caracteriza-se quando este age consciente e com intenção de provocar o resultado danoso, ou quando age sabendo dos riscos de sua conduta. Já a culpa médica pode ser compreendida quando o médico atua sem a intenção de causar o dano, porém, age com imprudência, negligência ou imperícia. (OLIVEIRA, 2008).

De acordo com o Código Civil Brasileiro, o art. 186 e art. 927, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, bem como, aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, pode-se dizer que o profissional de saúde que violar ou causar danos ao paciente, incorrerá nas penalidades tipificadas nos artigos acima, quais sejam, a reparação civil do dano causado.

Além disso, há de se destacar o enquadramento do Código de Defesa do Consumidor, considerando, que quando houver falhas na prestação de serviços hospitalar, no caso médico e hospital, estes equipararão a prestadores de serviços de saúde, ou seja, além do Código Civil, há a garantia e defesa do Código de Defesa do Consumidor.

Podemos destacar como uma das condutas que conseguem enquadramento penal, constranger a mulher, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda, incorrendo este no art. 146 do Código Penal, a de ameaça a parturiente ou a puérpera, incorrendo o agente no art. 147 do Código Penal.

Outra queixa comum das vítimas de violência obstétrica é com relação a maus-tratos, muitas vezes lhe são negados alimento e água por longos períodos, mesmo após o parto, e ainda muitos profissionais não prestam um serviço de qualidade á parturiente. Sendo assim, se enquadrando na previsão do artigo 136 do Código Penal (MASSON, 2012 apud VELOSO; SERRA, 2016)

E ainda, os profissionais da saúde podem incorrer em alguns dos crimes contra honra, uma vez que é comum que a mulher seja agredida verbalmente quando se opõe as vontades que lhe são impostas. Nos casos previstos, se enquadrarão em calúnia disposto no artigo 138 do Código Penal; bem como em difamação, redação do artigo 139 do Código Penal e injúria com fulcro no artigo 140 do Código Penal (VELOSO; SERRA, 2016).

Ante ao exposto, havendo um dano causado por erro, negligência, imprudência ou imperícia médica, incorrerá o causador na responsabilidade civil com o dever de reparação, e ainda, sendo comprovado o nexo de causalidade, responderá, também, o hospital solidariamente, pelos atos do médico que atuou dentro de suas dependências, e em alguns casos, conforme demonstrado, em penalidades previstas no Código Penal.

Assim, não basta apenas possíveis enquadramentos legais no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor, a conduta ilícita praticada pelo agressor deve ser considerada e tipificada penalmente, demonstrando as possíveis condutas, de forma clara e objetiva, bem como sua punição a quem incorrer em tais violações.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta feminina pelos seus direitos ocorre há séculos, e como possível analisar, essa luta se arrasta até os dias atuais, considerando, que embora a sociedade tenha avançado em certos pontos, as mulheres ainda são vítimas de desrespeito, tendo seus direitos e sua dignidade violada.

A violência obstétrica na maioria dos casos ocorre em instituições de saúde, podendo ser manifestada de várias formas, sendo elas, sexual, psicológica, física e etc. Essas agressões, corriqueiras, demonstram que com a ausência de tipificação no Código Penal Brasileiro, a segurança e a ordem jurídica assegurada pela Constituição Federal a todos os cidadãos brasileiros fiquem desprotegidos.

A realidade brasileira é preocupante, considerando que o Estado não deu relevância alguma aos casos de vítimas de violência obstétrica. Embora exista alguns dispositivos legais, relacionados aos direitos da gestante, como a lei que prevê acompanhante de escolha da parturiente, há de ser observado que o seu cumprimento é ignorado, entre outros direitos constitucionalmente tutelados.

Existem vários fatores relacionados a violência obstétrica, mas destaca-se a questão de hierarquia e ausência legislativa, considerando que na relação médico e paciente, o paciente é considerado inferior a aquele, por não possuir conhecimentos específicos de o que pode ou não ser feito, e de que a mulher tem ou não direito, deixando a mulher em uma relação vulnerável diante da incerteza e impunidade.

Desta forma, a criação de um tipo penal é a única forma de garantir os direitos e a integridade física, psicológica e sexual de gestantes e parturientes, pois conforme demonstrado no presente trabalho a definição de bem jurídico e suas importâncias, a previsão criminal da violência obstétrica traria segurança e equilíbrio a sociedade, afinal, o bem jurídico em questão deve ser considerado “fundamentalmente como padrão crítico com o qual se verifica a legitimidade da função do direito penal no caso concreto” (BECHARA, 2009).

7 REFERÊNCIAS

AGUIAR, J. M. D. Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero. São Paulo. 2010.

ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Melo. Violência obstétrica: a dor que cala. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, Florianópolis, 2014. p. 1-7. Disponível em: < >. Acesso em: 02 de nov de 2019

BECHARA, A. E. L. S. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual. Revista Liberdades, Rio de Janeiro, n. 1, p. 16-29, maio-agosto 2009.

BRASIL. Leis e Decretos. Código civil. In: VADE MECUM. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < DEL2848compilado (planalto.gov.br)>. Acesso em 19 de setembro de 2022.

_____. Leis e Decretos. Lei n. 8.078/1990: Código de Defesa do Consumidor. In: VADE MECUM. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Leis e Decretos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: VADE MECUM. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: < Lei nº 11.340 (planalto.gov.br)>. Acesso em 19 setembro 2022.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: < L13718 (planalto.gov.br)>. Acesso em 19 de setembro de 2022.

BRASIL. Leis e Decretos. Lei n.17.097/2017: Violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Florianópolis: 2017. Disponível em: < http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2017.097%2C%20DE%2017%20DE%20JANEIRO%20DE%202017&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20implanta%C3%A7%C3%A3o%20de,no%20Estado%20de%20Santa%20Catarina.> Acesso em: 04 ago.2022.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional. Rede Virtual de Bibliotecas. Rio de Janeiro. 1983.

DINIZ, C. S. G. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. Departamento de Saúde Materno-Infantil da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2005.

D'GREGORIO, Rogelio Pérez. Violência Obstétrica: um termo novo para uma problemática antiga. Violência Obstétrica. [S.l.], 26 jan. 2016. Disponível em: <“Violência Obstétrica”: um termo novo para uma problemática antiga – Violência Obstétrica (wordpress.com)>. Acesso em 21 jun. 2022.

FERRAJOLI, L. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995

HEIDARI, Shirin; MORENO, Claudia García. Violência: uma barreira para a saúde e os direitos sexuais e reprodutivos. Questões de Saúde Pública Reprodutiva, [S.l.], ano 11, n. 10, p. 10-13, 2017. Disponível em: <http://www.srhm.org/wp-content/uploads/2018/04/2017-RHM-in-Portuguese.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

LEWIN, Ana; PRATA, Ana; LEITE, Denize; SOUZA, Paula; TEIXEIRA, Thais. Violência Obstétrica – Um Desafio para a Defensoria Pública na Promoção dos Direitos Humanos das Mulheres. 2019. Disponível em: <A violência obstétrica é mais uma faceta da violência de gênero que acomete a mulher (anadep.org.br)>. Acesso em: 12 de setembro de 2022.

LIMA, Monique Andrea de Sá Guimarães; DUPAS, Elaine. Violência obstétrica: violação aos direitos humanos das mulheres no pré-parto, parto e pós-parto. 2021. Disponível em: < 7WUwTPOBgV6YS2VL.pdf (conpedi.org.br)>. Acesso em 18 de setembro de 2022.

MENDES, Soraia da Rosa. Processo penal feminista. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. A responsabilidade civil por erro médico. ÂMBITO JURÍDICO. São Paulo, 2008. Disponível em: <A responsabilidade civil por erro médico – Âmbito Jurídico – Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br)>. Acesso em 04 ago. 2022.

PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. Estado tem o dever de prevenir e punir a violência obstétrica. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-dez-07/mp-debate-estado-dever-dever-prevenir-punir-violencia-obstetrica>>. Acesso em 25 jul.2022.

PARTO DO PRINCÍPIO - MULHERES EM REDE PELA MATERNIDADE ATIVA. Dossiê da Violência Obstétrica: "Parirás com dor". 2012. Disponível em: < Microsoft Word - Dossie Violencia Obstetrica PP.doc (senado.gov.br)>. Acesso em 19 de setembro de 2022.

PASINATO, Wânia; SANTOS, Cecília MacDowell. Mapeamento das delegacias da mulher no Brasil. Campinas: Pagu/Unicamp, 2008.

PIMENTEL, Silvia. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW 1979, 2013. Disponível em:< mecanismos_iteern_14jun.pmd (onumulheres.org.br)>. Acesso em: 12 de setembro de 2022

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54-55

PRADO, L. R. Bem jurídico-penal e Constituição. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRIORE, Mary Del. História das mulheres no Brasil. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2002

REDE, Parto Do Princípio. "Parirás com dor". Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em: < https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC_VCM_367.pdf> . Acesso em: 08 de jul. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2015. p. 60.

SERRA, Maiane Cibele de Mesquita; VELOSO, Roberto Carvalho. Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistagsd/article/view/1048>>. Acesso em: 04 ago.2022.

SILVA, D. C. A teoria dos direitos fundamentais e o bem jurídico penal: Análise da vinculação da teoria do bem jurídico penal à Constituição com fundamento na dogmática dos direitos fundamentais. Salvador. 2011.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, p. 92-94, 1988

TESSER, C. D. et al. Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. Rev Bras Med Fam Comunidade, p. 10. Disponível em: <Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer | Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade (rbmfc.org.br)>. Acesso em 22 jun.2022.

VALLE, Valéria Cenci. Direito, Mulher e injustiça: a naturalização das categorias culturais como forma de dominação. 2020. Disponível em: < <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/15748/1/TCC%20-%20VAL%3%89RIA%20CENCI%20VALLE.pdf>>. Acesso em: 15 set.2022.

WOLLSTONECRAFT, Mary. Reivindicação dos direitos da mulher. São Paulo: Boitempo, 2016.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RESUMO SIMPLES

GT 1: CIÊNCIAS CRIMINAIS

(PENAL, PROCESSO PENAL, CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL,
EXECUÇÃO PENAL, ETC)

1 A (IN)EFICIÊNCIA DO ESTADO NA EXECUÇÃO DA LEI PENAL

Professor: Alisson da Silveira Pedro (UNIFATECIE)
Anderson de Souza Okabayashi RA 79992 (UNIFATECIE)
Sergio Alves Ferreira Gomes RA 67753 (UNIFATECIE)

RESUMO: Este resumo visa avaliar a ineficiência do Estado na execução da lei, enquanto mediador e detentor do poder de correção do cidadão, com a seguinte pergunta: é possível a revisão no que tange a aplicação da lei? As instituições da lei sofrem por falta de legitimidade, causadas por ações que desconsideram a sociedade e causam desconfiança, fazendo com que sua voz não ecoe a participação popular. Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, refletida em bibliografias e na obra “Código de conduta” lançado em 2009 do diretor Felix Gary Gray, que dão sustentação ao presente estudo, é possível atestar que nosso sistema penal possui leis especiais que inviabilizam um processo de ressocialização eficaz, sendo a Lei de Execução Penal e a Lei de Crimes Hediondos passíveis de revisão. O filme demonstra a ineficiência do Estado ao punir pela conveniência daqueles que se instrumentalizam da lei. Em um sistema que intitulasse penal máximo contra uma sociedade com cidadania mínima, um Promotor de Justiça que se utiliza das “aberturas” que um processo criminal baseado em leis atrasadas, praticando a justiça de forma arbitrária. O objetivo geral consiste em avaliar a necessidade de uma revisão, com o intuito de garantir a segunda função da pena, que é a efetiva ressocialização do apenado. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa documental com análise de livros e artigos e cinematográfica. Conclui-se, portanto, que há a necessidade de revisão das leis que garantem a execução da pena no Brasil, visto que ao final da pesquisa ficou clara sua ineficaz aplicação

PALAVRAS-CHAVE: Revisão. Execução. Lei.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de; **Sistema penal Máximo x Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
AVENA, Norberto. **Execução Penal.** [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530987411.
RIBEIRO, Rafael. **A Aplicação da lei de execução penal e sua relação com a reincidência criminal:** Lavras, uni lavras 11-Mai-2022.

2 A CONDIÇÃO DEGRADANTE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Professor: Alisson da Silveira Pedro (UNIFATECIE)
Lucas Henrique Souza de Oliveira (UNIFATECIE)
Gabriel Henrique Back (UNIFATECIE)

RESUMO: O presente resumo tem por objeto a análise da condição em que se encontram os encarcerados no Brasil, gerando um debate acerca da atual situação do sistema carcerário e quais são as propostas de melhoria do sistema. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado com a seguinte pergunta: pode o Estado manter os apenados em condição degradante e desumana sob a justificativa de repressão à criminalidade? Com base em dados levantados pela análise bibliográfica e a análise cinematográfica da obra "PCC: poder secreto" lançada em 2022, que dá sustentação ao presente estudo, tornando possível analisar a real condição dentro do sistema penitenciário brasileiro, é possível perceber que, no Brasil, as violações aos direitos dos presos são recorrentes, permitindo-se afirmar que consubstancia-se em verdadeira afronta à dignidade e direitos humanos dos detentos. Políticas sociais ineficientes adotadas pelo Estado como forma de repressão à criminalidade resultam em uma crise carcerária, caracterizada pela superpopulação do sistema penitenciário tendo como consequência péssimas condições dentro desse sistema que supostamente possui função de ressocialização do preso. Este cenário não pode ser utilizado como justificativa em relação a repressão a criminalidade, pois desta forma é observado uma ineficácia na ressocialização do condenado. A série possibilita observar que a forma mais eficaz de repressão à criminalidade é garantir que os condenados possuam uma forma de retornar a sociedade, para isto é necessário que o sistema prisional garanta condições de vida adequadas e respeito aos direitos. O objetivo geral do texto consiste em analisar a atual situação do sistema carcerário e situação de vida dentro dele, mostrando formas de garantir os direitos básicos do cidadão preso. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, visto que foi utilizado pesquisa bibliográfica, documental e cinematográfica. É possível concluir que por conta da má administração estatal, que mantém pessoas em condições degradantes, estamos diante de um sistema carcerário deficiente, que contrapõe as ideias de direitos humanos e segurança pública, forçando-se uma discussão acerca da necessidade de reformulação do sistema prisional.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Carcerário. Ressocialização. Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS:

- JULIAO, Elinaldo Fernandes. **Sistema Penitenciário Brasileiro: Aspectos Conceituais, Políticos e Ideológicos da Reincidência**. 1. ed. São Paulo: Revan, 2020. 272 p. v. 1.
- SILVA, Manoel da Conceição. **O Brasil e a reeducação presidiária: a lei que não pune e não ressocializa**. 1. ed. São Paulo: CRV, 2020. 156 p. v. 1.
- GRECO, Rogerio. **Sistema Prisional**. 6. ed. [S. l.]: Impetus, 2021. 401 p. v. 1.

3 A DOCTRINA CRISTÃ NO MÉTODO APAC E A (IN)EFETIVAÇÃO DO DIREITO PERSONALÍSSIMO À LIBERDADE RELIGIOSA: UMA INTERSECÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E CÂRCERE

Orientador Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila – Unicesumar
Autor Luís Gustavo Candido e Silva – Unicesumar

RESUMO: A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, se trata de uma instituição privada, sem fins lucrativos, que cria um novo modelo de estabelecimento prisional, no qual os encarcerados possam cumprir suas penas privativas de liberdade a partir de uma metodologia própria, desenvolvida e apresentada inicialmente pelos idealizadores desta organização. A APAC encontra suas raízes no ano de 1972, com um grupo de missionários cristãos que buscava prestar assistência religiosa e evangelizar pessoas privadas de liberdade. A partir destas experiências, fora elaborado pelos idealizadores deste sistema um método próprio de cumprimento de pena composto por 12 elementos, que seriam capazes de garantir uma aplicação de pena efetiva, em conformidade com o ordenamento jurídico vigente. Este método, se centraliza no desenvolvimento de alguns elementos que são elencados como essenciais para o cumprimento de pena, sendo eles: a) participação da comunidade no cumprimento de pena; b) a ajuda mútua entre os presos, que neste sistema de cumprimento de pena são conhecidos por recuperandos, ou seja, recuperando ajudando recuperando; c) o desenvolvimento do trabalho pelos recuperandos; d) a espiritualidade; e) a assistência jurídica; f) a assistência à saúde; g) a valorização humana; h) a família; i) o desenvolvimento de voluntariado para trabalhar na APAC; j) a criação de estabelecimentos prisionais próprios, conhecidos como Centros de Reintegração Social (CRS); k) o mérito; l) e a jornada de libertação com cristo. Com o exposto, se observa que além de guarda relações com a doutrina cristã em sua origem, o método de cumprimento de pena criado pelo sistema da APAC traz como pilares de sua edificação o desenvolvimento da espiritualidade e a jornada de libertação com cristo, o que leva os indivíduos que cumprem pena privativa de liberdade neste sistema a se conectarem com ideais cristãos. Com isto, o trabalho a ser desenvolvido, possui como problema de pesquisa a análise sobre o método APAC e a efetivação do direito personalíssimo à liberdade religiosa. Para tanto, procura-se desenvolver a pesquisa por intermédio do método hipotético-dedutivo, com consultas bibliográficas sobre a forma de aplicação dos elementos metodológicos relacionados à doutrina cristã e seu impacto no cumprimento de pena dos recuperandos. Neste sentido, busca-se analisar inicialmente a história e os elementos de cunho cristão do método APAC, para que posteriormente se possa verificar a forma de aplicação dos mesmos e, por fim, relacioná-los à liberdade religiosa, compreendida neste estudo como um direito humano, fundamental e personalíssimo, visto que encontra tutela nas diversas esferas. Como principal hipótese de pesquisa, se procura compreender que tais elementos metodológicos podem funcionar como forma de (in)efetivação do direito à liberdade religiosa dos encarcerados.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade. Liberdade Religiosa. APAC.

REFERÊNCIAS:

DARKE, Sacha. Comunidades Prisionais Autoadministradas: O Fenômeno APAC (Self-Managed Prison Communities: The APAC Phenomenon). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 107, p. 257-276, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade anotação para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, 2005.

FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. **Os 12 elementos.** Disponível em: <
<https://fbac.org.br/os-12-elementos/>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável: APAC, a revolução do sistema penitenciário.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo:
Cidade Nova, 2011.

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

4 A ESPERA DE UM MILAGRE

Professora Me. Aline de Menezes Gonçalves – Unifatecie
Flávio Augusto Romanini – Unifatecie
Yorrane B Bovolim Cruz – Unifatecie

RESUMO: O resumo busca abordar e mostrar como a lei pode ser falha e como pode destruir a vida de uma pessoa inocente que teria uma vida toda pela frente. No longa Norte Americano "The Green Mile" traduzido como "À Espera De Um Milagre" conta a história de um carcereiro que desenvolve um relacionamento comovente com um preso que está no corredor da morte: John Coffey é um preso incomum, acusado de ter matado brutalmente duas gêmeas de nove anos. Ele tem tamanho e força para matar qualquer um, mas seu comportamento é completamente oposto à sua aparência. De acordo com o Jusbrasil, o número de sentenciados injustamente é de aproximadamente 42,9%, sendo um número bem alarmante e que precisa ser revertido. Esse caso fica mais preocupante quando se trata de um negro, o número total e a porcentagem vem aumentando ano a ano, com pouquíssimas exceções. Atualmente, são 429,2 mil pessoas negras privadas de liberdades, que representam 67,5% do total. Se comparando com a população carcerária branca, o número diminui a cada ano, chegando a um de 185,7 mil, 29% do total. A pergunta principal é: Por que isso acontece mesmo com a constituição assegurando vários direitos? A resposta é simples, mesmo com tantos avanços a lei continua sendo falha, e muitas vezes condena aqueles que tinha o dever de proteger. Uma pesquisa feita pela defensoria pública do Rio De Janeiro mostra que de 2012 a 2020 foram feitas 90 prisões injustas baseadas no reconhecimento por fotos, 81% são acusados negros e a ampla maioria eram suspeitos de roubos. Esses dados mostra como o cumprimento da lei deve ser mais rigoroso, para que casos como esses não voltem a se repetir.

PALAVRAS – CHAVES: Negro; Inocente; Lei;

REFERÊNCIAS:

Porcentagem de Sentenciados Inocentes:

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1608883/encarceramento-massivo-de-presumidos-inocentes-42-9/amp>

Porcentagem de Presos no Brasil:

<https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai>

Porcentagem de Pessoas presas injustamente por sua cor de pele:

<https://www.google.com/amp/s/oglobo.globo.com/rio/relembre-casos-em-que-inocentes-foram-presos-por-engano-pela-policia-no-rio-2-25386459%3fversao=amp>

5 A RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Eduardo Victor Francisco – UniFatecie
Joice Santana Zefirino – UniFatecie
Andressa Paula de Andrade – UniFatecie

RESUMO: O presente trabalho busca avaliar o sistema prisional brasileiro à luz da dignidade da pessoa humana. O problema do sistema carcerário brasileiro é de muita relevância e complexidade, uma vez que o país se encontra em um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional” quando o assunto é prisão. Se a pena de prisão ainda se mostra necessária em nossa sociedade, faz-se mister que haja um respeito mínimo aos direitos fundamentais dos apenados. A partir do filme *Carandiru (Dirigido por Héctor Babenco, 2003)*, propõe-se uma análise acerca da ressocialização do encarcerado. Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e a técnica de revisão bibliográfica. Os objetivos consistem em explorar, sinteticamente, as finalidades da pena e o descompasso entre o arcabouço teórico e os fatos/estatísticos do cárcere. Na análise da literatura e dados produzidos pelo o SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional), período de julho a dezembro de 2021, verifica-se uma hipertrofia do sistema carcerário, tendo como público-alvo, pessoas de pele preta e parda, bem como, com baixa escolaridade, o que sinaliza uma necessária análise racial e econômica sobre o encarceramento brasileiro. A par de tal situação, em relação aos fins preventivos da pena, notadamente o fim preventivo especial positivo consistente na necessidade de se “corrigir o sujeito” e adequá-lo às normas de convivência estatal. No entanto, o cárcere não parece ser o lugar mais adequado para tais finalidades e, menos ainda, diante das condições indignas, insalubres e inadequadas verificadas. A Constituição Federal de 1988, ao inserir em seu ordenamento a dignidade da Pessoa Humana, busca garantir aos cidadãos uma existência digna, afinal, as pessoas possuem “valor” e as coisas possuem “preço”, o que sugere que a pessoa possui um fim em si mesmo e não pode ser monetizada ou barganhada. Assim, conforme reconhecido pelo o Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 (MC), o sistema carcerário se encontra em um “estado de coisas inconstitucional”, consistente em uma massiva e crônica violação de direitos fundamentais e humanos. No filme *Carandiru*, baseado em fatos reais, sobretudo o massacre que ocorreu no dia 02 de outubro de 1991 que vitimou 111 detentos, revela uma verdadeira necropolítica carcerária, a saber, o cárcere é um espaço por excelência em que se pode determinar quem vive e quem morre aos olhos do Estado. Por outro lado, a presença mórbida estatal no sistema penitenciário, sempre se apresenta de maneira violenta, pela dor e pela ausência de qualquer limite constitucional, acaba por mobilizar um gregarismo e constituir facções criminosas a exemplo do Primeiro Comando da Capital (PCC), aprofundando ainda mais o problema. Conclui-se que há uma verdadeira inadequação entre os pressupostos teóricos e o quadro fático, funcionando o Estado como um violador de direitos fundamentais, decidindo o Estado quem vive e quem morre.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Carcerário. Ressocialização. Direitos Fundamentais

REFERÊNCIAS:

DE GIORGI, Alessandro. *Cinco teses sobre o encarceramento em massa*. Trad. Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; FILHO, Carlos Augusto Liguori; GRAVA, Guilherme Saraiva. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 283, jun./2016.

SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIERA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D’Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares das. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 04, 2015.

6 A RETRATAÇÃO DO ESTELIONATO EMOCIONAL NOS CINEMAS

Orientadora Me. Mylene Manfrinato dos Reis Amaro – UniFatecie
Adriela Sanches Alfredo – UniFatecie
Raquel Zuccoli Custódio – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar como o estelionato e a falsidade ideológica afetam a vítima e a sociedade brasileira. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: em que medida um golpe pode afetar um indivíduo e uma sociedade? O estelionato é considerado ato ilícito, bem como a falsidade ideológica, ambos são previstos no Código Penal Brasileiro, o primeiro se encontra no art. 171 e o segundo no art. 299. Com base nesses dados, é inexistente o estelionato se a vítima não sofrer prejuízo, além da vantagem ilícita, a qual se define por entrega do seu uso ou gozo no qual o agente tenha proveito. Como o crime de estelionato não exige grave ameaça ou violência e sim apenas da confiança do agente produtor do ato fraudulento, o prejuízo será proporcional com a confiança dada da vítima ao criminoso. Na minissérie “Inventando Anna” é mostrada a vida de uma golpista que afirma ser uma herdeira alemã, se tornando amiga de muitas pessoas com vida luxuosas, como ela afirmava ter na Alemanha. Com o carisma e confiança, Anna conquista seus amigos e passa a viver uma vida de luxo a base do dinheiro dos mesmos, os convence a comprar artifícios exorbitantes para ela, afirmando que irá pagá-los assim que sua herança for descongelada. Sendo assim, são mostradas as consequências vividas por suas vítimas e a destreza de Anna em seus atos. Os objetivos gerais do resumo são, a) analisar o pós ato de estelionato e seu reflexo nas vidas do autor e da vítima; b) identificar a relevância da prática delitiva perante o juízo competente; c) a atuação dos autores através das redes sociais. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, juntamente com a técnica de pesquisa bibliográfica documental. Conclui-se que há uma abordagem bem ampla acerca do que seria o estelionato, e que as condutas podem ser criminalizadas e tipificadas.

PALAVRAS-CHAVE: Estelionato; Falsidade Ideológica; Vitimologia.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. [Constituição de (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF: Presidência da República [1988].

Pontes, Gabriel Do Nascimento. **COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NA APLICAÇÃO DA PENA NO CRIME DE ESTELIONATO: O GOLPE DO BILHETE PREMIADO.**

FILHO, José Nabuco Galvão de Barros. **ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE O ESTELIONATO: A QUESTÃO DA PESSOA INDUZIDA EM ERRO.**

7 ABUSO POLICIAL E IMPUNIDADE

Prof.: Alisson da Silveira Pedro – UniFatecie
Acadêmico: Rômulo Henrique – UniFatecie

RESUMO: O presente resumo busca expor o abuso de poder e corrupção da força policial, retratado no filme Tropa de Elite. Fora da ficção, o Brasil sofre com diversos episódios rotineiros de abuso de poder e autoridade nas instituições dentro das periferias brasileiras. Acontece que, na polícia brasileira, carrega consigo grandes resquícios da Ditadura Militar, dentre eles encontram-se o autoritarismo, a violência externa e a arbitrariedade. O epicentro da maioria dos casos de abusos de autoridade são os bairros periféricos, segundo um estudo realizado pela USP em 2016, 77% dos jovens assassinados, pela polícia militar, são negros. Criando-se uma situação específica com uma população específica. Por exemplo, em 2015, de acordo com a Globo News (09/07/15), uma reportagem da Anistia Internacional revelou que a força policial do Brasil é a força mais mortífera do mundo; em 2014, mais de 15% dos assassinatos foram cometidos por policiais. A violência policial nesse sentido ocorre quando policiais, entre outras coisas, atiram em pessoas que já se renderam ou que já foram feridas. Entre 2010 e 2013, as vítimas no Rio de Janeiro eram predominantemente homens, negros e jovens. Além disso, a maioria dos policiais nunca são punidos. Como método de abordagem, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Ditadura - Polícia - Violência

REFERÊNCIAS:

Força policial brasileira é a que mais mata no mundo, diz relatório. Globo News, Rio de Janeiro, 7 set. 2015.
Redação Online - **Redação sobre O abuso de poder e de autoridade no Brasil**
BARROSO, Lucas Novaes; SOARES, Nathan Antônio; DE OLIVEIRA PEREIRA, Breno. O USO PROGRESSIVO DAS FORÇA POLICIAL MILITAR. *Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro*, v. 5, p. 05, 2022.

8 ACUSAÇÃO SEM PROVAS CONCRETAS

Orientadora: Prof.^ª: Mylene Manfrinato dos Reis Amaro – UniFatecie
Sabrinny Gabrielly Gonçalves Infante – UniFatecie
Ana Clara Marelli Chiliano – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar os aspectos do filme “A CAÇA”, e sua relação com vários casos que ocorrem no nosso cotidiano. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta. Quanto que a difamação e falsas acusações e até mesmo a busca por Justiça podem afetar a vida de quaisquer indivíduos? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito consta que apenas o depoimento da criança foi ouvido, provas concretas sobre o caso não foram concluídas. Para tanto, foram estudados e analisados princípios constitucionais do Direito, que se encontra na Constituição federal o Art.139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação e o Art.138- Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime, do código penal. O objetivo geral do resumo consiste em avaliar os aspectos presentes no filme “A CAÇA” em relação aos danos morais. Os objetivos específicos do resumo consistem em: a) Uma acusação de assédio contra um professor. b) Em tentar provar sua inocência, em busca de justiça. O método usado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que apenas um relato não é suficiente para condenar alguém, muitas pessoas são julgadas e condenadas injustamente por erros cometidos.

PALAVRAS-CHAVE: Código penal, calúnia e difamação.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988].

The Hunt, A Caça . Thomas Vinterberg, Tobias Lindholm , Mads Mikkelsen. De 20 de maio de 2012 .

9 ANÁLISE DE UM FEMINICÍDIO: ESTUDO DO CASO DO FILME “UM CRIME DE MESTRE”

Profa Judith Bede – UniFatecie
Giovana Preuss Moreira – UniFatecie
Giovanna Macarini Jacques – UniFatecie

RESUMO: A partir da temática explorada no filme “Um crime de mestre”; no qual o adultério justificaria o assassinato da esposa; o presente trabalho tem como problema orientador a seguinte pergunta: em que medida a lei do feminicídio protege as mulheres de violações praticadas contra o gênero feminino? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que a lei do feminicídio nasceu com o intuito de regulamentar a proteção jurídica, em face da vulnerabilidade da mulher, no contexto de violência contra o gênero feminino no Brasil. Para tanto, foram estudados os princípios constitucionais do Direito Penal; conceito, natureza jurídica, validade e eficácia da lei 13.104/2015, na aplicabilidade no ordenamento jurídico. O objetivo geral do resumo consiste em avaliar os aspectos presentes no filme “Um Crime de Mestre” e sua relação com a lei do feminicídio. Os objetivos específicos do trabalho consistem em: a) avaliar a lei 13.104/2015 do Código Penal, criada para proteção das mulheres; b) verificar a eficácia jurídica e sua aplicação sobre o Direito Penal brasileiro na jurisdição local de Paranavaí; c) analisar se a aplicação da pena tem se mostrado eficaz e evitado a reincidência dos agressores. A técnica de pesquisa foi a bibliográfica, de natureza descritiva; optando-se pela abordagem hipotético-dedutiva num procedimento de estudo de caso. Conclui-se que diante da análise do filme “Um crime de mestre” e sua ligação com a lei brasileira do feminicídio, tal implementação é de extrema importância; podendo oferecer uma maior eficácia à medida que muda o cenário da mulher e responsabiliza o agressor, creditando mais visibilidade e cuidado ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Feminicídio; Mulher; Penal;

REFERÊNCIAS

- Belloque, J. G. (2015). **Feminicídio: o equívoco do pretense direito penal emancipador**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 23(270), 3-4.
- CASTILHO, E. W. V. D. (2015). **Sobre o feminicídio**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 23(270), 4-5.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, (1988)

10 ANÁLISE DO SISTEMA CARCERÁRIO SOB OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS CONCEITOS DE RESSOCIALIZAÇÃO

Orientadora: Prof. Me. Mylene Manfrinato - Unifatecie
José Roberto da Silva - Unifatecie
Ricardo Barbosa Soares - Unifatecie

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo avaliar os aspectos do documentário "O Golpista do Tinder" caracterizar o estelionato sentimental que se dá no âmbito do relacionamento amoroso, suas repercussões jurídicas no Direito Civil e como a utilização das redes sociais tem facilitado esse tipo de estelionato. O desenvolvimento se deu por meio de pesquisa de artigos científicos que tratam do tema, matérias jornalísticas, textos informativos, filmes, bem como material doutrinário no ramo do Direito das Obrigações, Direito das Famílias, Responsabilidade Civil, Direito Constitucional e Direito Penal, bibliográfica e jurisprudencial, a fim de conceituar estelionato sentimental nos relacionamentos amorosos, descrever as repercussões jurídicas decorrentes do estelionato sentimental, relacionando a utilização das redes sociais como facilitadoras do estelionato sentimental. E, ainda, apresentar as dificuldades com quais as vítimas mulheres lidam em denunciar esse tipo de conduta. O Judiciário, por meio do reconhecimento da responsabilidade civil extracontratual, tem contribuído para que vítimas possam ser ressarcidas dos danos materiais e morais. No entanto, há por parte das vítimas resistência na efetivação das denúncias ou busca por ajuda, frente ao constrangimento, vergonha e medo da exposição. Conclui-se que o estelionato sentimental consiste em um tema de crucial importância, uma vez que vivemos a era dos relacionamentos virtuais e os casos de estelionato sentimental são cada vez mais frequentes.

PALAVRAS-CHAVE: Estelionato. Repercuação jurídica. Redes Sociais

REFERÊNCIAS:

- BRASIL. [constituição de (1988)]. Constituição da república federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF: Presidência da república [1988].
- GONCALVES, Victor Eduardo Rios. *Sinopses Jurídica*: Victor Eduardo Rios goncalves . 21ª ed. São Paulo: somos Educação, 2020.
- GONCALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal*: Victor Eduardo Rios goncalves . 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

11 CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL: AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL

Orientador Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila – UniCesumar
Autor Luís Gustavo Candido e Silva – UniCesumar

RESUMO: A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 1992, por intermédio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, apresenta-se como uma das normas de direito internacional que deve ser seguida pelo país. Se observa que, a partir do decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, fora reconhecida a competência e aceita de forma expressa a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar aqueles casos de violação de direitos reconhecidos na Convenção Interamericana em que o Estado brasileiro for parte. Com isto, se coloca que o presente trabalho procura analisar um caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em que o Brasil figurou como parte, qual seja, o caso Escher e outros vs. Brasil. O caso em comento, já finalizado, se tratou de um julgamento proferido pela Corte acerca de interceptações e monitoramentos telefônicos ilegais realizados entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná, em desfavor das pessoas de Arle José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, todos membros das organizações ligadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terras – MST. No julgamento proferido pela Corte, ficara evidenciada a violação ao artigo 11 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo-se desta forma a violação dos direitos à honra, à privacidade e à reputação dos sujeitos envolvidos. Com isto, se tem que o problema de pesquisa que se procura propor é o da análise sobre a sentença do caso Escher se apresentar como um instrumento jurídico hábil à efetivação dos direitos personalíssimos das partes. Para tanto, procura-se desenvolver o presente trabalho por intermédio do método hipotético-dedutivo, com a técnica de procedimento da pesquisa bibliográfica. Como objetivo principal se coloca a pesquisa sobre as decisões da Corte atuarem como instrumentos de efetivação dos direitos personalíssimos, sendo que para tanto, procura-se inicialmente compreender os impactos das decisões da Corte Interamericana no ordenamento jurídico brasileiro, para que depois se possa analisar o caso escolhido para o desenvolvimento do estudo e, por fim, relacioná-lo com os direitos da personalidade, buscando-se compreender quais direitos foram ou não efetivados com o referido julgamento. Como hipótese de pesquisa, coloca-se a possibilidade de direitos da personalidade serem efetivados por intermédio de decisões proferidas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos da Personalidade.

REFERÊNCIAS:

- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, nº 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.
- OEA - Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de 06 de julho de 2009. **Caso Escher e outros vs. Brasil**.
- PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

12 CONDENAÇÕES INDEVIDAS COMO CONSEQUÊNCIA DE ERROS JUDICIÁRIOS

Me. Camila Virissimo Rodrigues da Silva Moreira – UniFatecie
Bruna Paula da Silva – UniFatecie
Eric de Freitas Silva – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar a problemática acerca das condenações indevidas sob óptica de erros judiciais, bem como suas causas e consequências. A pesquisa é sintetizada na seguinte pergunta: quais as principais causas e consequências das falhas no sistema judiciário? Com base nos dados levantados, torna-se possível afirmar que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal, visto que a lei penal só é aplicada quando esgotados todos os ramos do direito de acordo com Princípio da Intervenção Mínima, fazendo então uso desta *última ratio*. O objetivo geral do texto consiste em avaliar os danos causados pelos erros do judiciário e os danos gerados com uma condenação que não segue os princípios basilares do direito Penal, danos esses que não serão possíveis de reparação, pois a liberdade não poderá ser restituída. O objetivo específico do resumo, que se reflete na estrutura da seguinte seção é, avaliar a questão das condenações errôneas atrelada ao caso do filme “O Caso Dos Irmãos Naves”, que conta com inúmeras ilicitudes, visto que ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito julgado de sentença penal e condenatória. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante ao emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Logo, todo processo necessita inquérito policial adequado, estruturado e imparcial, onde requer boas investigações de provas materiais, testemunhais que fundamentam uma condenação, considerando que o Direito Penal do fato pune o indivíduo pelo o que ele fez e não por aquilo que ele representa ou suas características, se faz necessário a comprovação da conduta ilícita que está sendo relatada.

PALAVRAS-CHAVE: Condenações. Erros Judiciários. Penal.

REFERÊNCIAS:

DE BRITO NETO, Wilson Dantas; JÚNIOR, Aldo Reis de Araújo Lucena. **Erro judiciário e condenações indevidas, consequências e repercussões.** Revista Artigos. Com, v. 32, p. e9398-e9398, 2021. Acesso em: 07.set.2022.
NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1 a 120 do Código Penal.** 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.
TAVARES, Sofia Constance de Moraes. **Os erros nas condenações do judiciário.** 2021. Acesso em: 08.set.2022.

13 DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DO FILME '12 HOMENS E UMA SENTENÇA'

Andressa Paula de Andrade – UniFatecie
Guilherme Henrique Rodrigues Gerônimo – UniFatecie
Luara Ottilde Braga Gonçalves – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar até que ponto, a argumentação jurídica, pode repercutir diretamente sobre a tomada de decisão do juiz. Quando falamos em argumentação, logo vem à mente, a ideia de *verdade*. Porém, em termos processuais e decisórios, a verdade que nada mais do que uma construção argumentativa pode repercutir diretamente sobre decisões (in)justas. Acerca da Argumentação Jurídica, verifica-se na obra *12 Angry Men (dirigido por Sidney Lumet, 1957) – trad. no Brasil 12 Homens e uma Sentença* – em que o mote da obra é análise de um homicídio e 12 jurados analisam o caso, sendo que 11 votam favoravelmente pela condenação do réu a partir da sua convicção e apenas 1 deles diverge, votando pela absolvição. O que se verifica durante os debates dos jurados é que cada pessoa, a partir de sua subjetividade, constrói uma conclusão diversa da outra. Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e a técnica de revisão bibliográfica. Os objetivos consistem em explorar, sinteticamente como a subjetividade do argumentador implica diretamente em sua tomada de decisão. A pretensão jurídica de neutralidade do sujeito que decide é objeto de debates acalorados pelos cientistas. O texto legal, quase sempre esvaziado de sentido pode ser acomodado a sabor do seu intérprete. Assim, questiona-se: em que medida o julgador sobrepõe as suas convicções para além da norma?! Quando se fala em uma decisão de um juiz de direito, exige-se dele que sempre busque decidir de maneira fundamentada (art. 93, inciso IX, CF/88) para que se conheça o caminho percorrido. Apesar disso, a neutralidade e a proximidade das verdades são fisicamente impossíveis, seja pela passagem do tempo e a impossibilidade de se reproduzir um fato que já se foi. Portanto, para a construção da verdade, o juiz está adstrito a um instituto: provas. Já no Tribunal do Júri, cujo o juiz natural é a sociedade, permite-se que as pessoas decidam conforme sua íntima convicção, o que autoriza o emprego de uma subjetividade e convicção particular daquele que decide. Ademais, o convencimento da sociedade compete aos seus atores na cena do júri, defesa e acusação, que dentre os limites constitucionais e processuais atuam diretamente sobre o conselho de sentença.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação Jurídica. Tribunal do Júri. Convicção.

REFERÊNCIAS:

- CARVALHO, Marco César. A teoria da argumentação jurídica tratada no cinema: “Doze homens e uma sentença”. *Anais do IV CIDIL – Censura, Democracia e Direitos Humanos*, Porto Alegre, v.1 (2016), p. 302-317, 2016-07-18.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do novo Juiz no processo penal. //: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. São Paulo: Renovar, 2001.
- _____. *Glosas ao Verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 4, p. 77-94, 2004.

14 DIREITO E LITERATURA: COMENTÁRIOS DO CÓDIGO DE MENORES DE 1927 E OS REFLEXOS AOS DIREITOS DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI A PARTIR DA LEITURA DE *CAPITÃES DA AREIA*, DE JORGE AMADO

Alexander de Castro (UNICESUMAR)
Henrique Diniz Meira (UNICESUMAR)

RESUMO: No início do século XX, houve a constituição de um movimento legítimo em favor da infância e adolescência abandonada e em conflito com a lei. Questões relativas à tutela dos chamados “menores” estavam sendo abordadas não somente no campo jurídico, mas de maneira interdisciplinar. O magistrado José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, elaborou o “Código de Menores” (lei nº 17.943-A), diante da necessidade de ações para enfrentar os problemas relativos à infância e adolescência, em especial nos grandes centros urbanos do país. Não obstante as boas intenções, tal documento legal – que visava atender as crianças abandonadas e os adolescentes em conflito com a lei – acabou por estigmatizar parcelas da população infanto-juvenil pobres ao designá-los como “menores abandonados e/ou delinquentes”, figura construída cultural e discursivamente perante sociedade. A qualificação e o controle desses corpos pelo Estado resultaram em alguns destinos possíveis para essa massa de indivíduos: o mercado de trabalho que explorava essa mão de obra ou os reformatórios e escolas de preservação. Os reformatórios, especificadamente, foram um mecanismo de controle social, tornando-se símbolo do poder de punição, privação e vigilância dos corpos dos “menores”, sendo que o objetivo visado era privá-los do convívio social e remodelar sua subjetividade e comportamento com o fim de produzir neles o binômio docilidade-utilidade, transformando-os em cidadãos exemplares, aptos a funcionar como engrenagens no mecanismo social. A partir dessa perspectiva de castigo disciplinar, indaga-se quais implicações resultaram de tais práticas em relação ao processo de afirmação dos direitos inerentes à condição de pessoa humana desses sujeitos. Nota-se que estes direitos, positivados ao longo do século XX, incluem os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, e decorrem de um reconhecimento ligado a tradições do jusnaturalismo. Entretanto, no caso específico das crianças e dos adolescentes abandonados ou em conflito com a lei, a sua institucionalização acarretou a aniquilação de sua humanidade, o que se contrapunha ao lento processo de afirmação desses direitos inerentes à condição humana. Para entender a dinâmica desses processos, recorre-se à análise pela ótica jurídico-literária, mediante o método de abordagem “direito *na* literatura” aplicados ao romance “Capitães da Areia” (1937), de Jorge Amado. A percepção literária desse mecanismo de controle é exibida na história do personagem Pedro Bala, chefe dos Capitães da Areia, que foi capturado pela polícia e mandado ao reformatório, onde sofre violências que sequer se comparam às que encontrava nas ruas de Salvador. Evidencia-se, assim, a disparidade da proteção conferida às crianças e aos adolescentes bem-nascidos quando contraposta ao tratamento conferido aos “menores abandonados e delinquentes”, ficando inequívoca a real preocupação da polícia e do judiciário: a manutenção da ordem social por meio da higienização da infância e adolescência pobre. Portanto, a literatura amadiana apresenta-nos uma visão social do contexto em que ela foi produzida, na qual é possível perceber o que os reformatórios efetivamente representavam nesse período para as crianças e os adolescentes que lá acabavam, restando evidente a discrepância entre as intenções declaradas do código de 1927 e o que realmente se sucedia na prática.

PALAVRAS-CHAVE: Crianças e Adolescentes; Direito e Literatura; Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS: AMADO, Jorge. *Capitães da Areia*. 17. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. ALVAREZ, Marcos César. *A EMERGÊNCIA DO CÓDIGO DE MENORES DE 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência*

e proteção aos menores. Orientadora: Lia Freitas Garcia Fukui. 1989. 207 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade De Filosofia, Letras E Ciências Humanas, Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do Direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006. FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1987. GOMES, Álvaro Cardoso. *Roteiro de leitura: Capitães da areia de Jorge Amado*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1998

15 FALSAS ACUSAÇÕES DE ABUSO SEXUAL INFANTIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FILME “A CAÇA”

Orientadora: Profa: Me. Mylene Manfrinato dos Reis Amaro- UniFatecie

Nome: Caroline Souza Lopes – UniFatecie

Nome: João Matheus da Silva – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar a problemática das falsas denúncias de abuso sexual e pedofilia como mostrado no filme "A CAÇA". O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: qual o valor da palavra da suposta vítima nos crimes abuso sexual infantil? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, é correto afirmar-se que a palavra da suposta vítima tem um alto valor em casos de abusos sexuais infantis, mesmo porque muitas vezes não há outras provas senão a palavra da vítima. Só que também existem falsas acusações, razão porque deve haver uma análise realizada por especialistas, como psicólogos, médicos e assistente sociais. No judiciário brasileiro é necessário que a suposta vítima de abuso sexual infantil seja acompanhada de perto por um profissional de Psicologia Jurídica, pois o psicólogo jurídico vai ser o instrumento utilizado para a busca da verdade, até por falta de provas concretas diante de uma mera denúncia. No filme uma criança se sente atraída de uma forma carinhosa por um professor e tenta beijá-lo. O professor recusa e dá um sermão na criança, a criança enraivecida vai falar com a diretora e o psicólogo, que fazem perguntas a criança que induzem a um suposto abuso sexual infantil que sequer existiu, levando a consequências horríveis ao "acusado" professor, que luta até o fim para provar sua inocência. Os objetivos específicos do texto são: a) A força que uma falsa acusação de assédio sexual infantil tem. b) As consequências de uma falsa denúncia de abuso sexual infantil. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante emprego da técnica de pesquisa bibliográfica. Conclui-se que uma falsa acusação de assédio sexual infantil e pedofilia, mesmo sem provas pode ser interpretada pela sociedade de uma forma errada e com várias consequências negativas para o lado do acusado. Porém não é possível condenar alguém somente por meros relatos, e que a casos são julgados e condenado de uma forma erroneamente.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso Sexual infantil, falsas denúncias, provas, processo penal.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988].

BRASIL. Presidência República. Código Penal [1940] DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940

The Hunt, A Caça . Thomas Vinterberg, Tobias Lindholm , Mads Mikkelsen. De 20 de maio de 2012 .

16 IGUALDADE E JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ME: Camila V. Rodrigues da Silva Moreira - Unifatecie
Peterson Leiva Taroco - UniFatecie

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, art 5, fala sobre o princípio constitucional da igualdade perante a lei, todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 88, exato no artigo 4, inciso VIII, dispõe sobre a igualdade racial; onde ela atua em duas vertentes, perante a lei e na lei. Há dois planos distintos o da frente ao legislador ou ao próprio executivo, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica, o que não ocorre, um exemplo, no filme, MARSHALL igualdade e justiça, onde o advogado Thurgood Marshall é proibido de falar dentro do tribunal, assim, como poderia defender seu réu sem se pronunciar? Foi preciso a ajuda de outro advogado para poder continuar ajudando no caso e defender no tribunal. É um filme bem jurídico, onde a injustiça cometida sobre racismo. Percebe-se, que a justiça, determina que para se tolerar as desigualdades sociais, produzidas pelo sistema capitalista, criaram-se os direitos da cidadania, onde estas desigualdades não incidem. Um bom exemplo é o direito de acesso à prestação jurisdicional, onde os cidadãos devem ter direito igual de acesso e tratamento diante do processo e das instituições judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade, Justiça, Direito.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. (Constituição 88). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**
Racismo Institucional Nos Tribunais Brasileiros. Hanna Karoline Lopes da Cruz Santos, 2017.
Jhonatan Marshall e o controle de constitucionalidade. Brasília, 2016.

17 IMPARCIALIDADE DO JUIZ DIANTE DO JULGAMENTO

Professor: Alisson da Silveira Pedro (UNIFATECIE)
Acadêmico: Halan Delon Nepomuceno (UNIFATECIE)

RESUMO: O presente resumo busca avaliar a importância da imparcialidade do juiz para um processo penal justo e que garanta os direitos fundamentais dos cidadãos diante do poder do Estado. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: Qual a necessidade da imparcialidade do juiz para que se garanta um processo penal justo? Com os dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do direito, refletidas na biografia e na obra “12 homens e uma sentença” lançada em 1957 do Diretor “Sidney Lumet”, foi possível verificar que a parcialidade do juiz diante do julgamento em um âmbito processual penal, foi uma forma de punição por se deixar mover por sentimentos particular violando o direito à vida. O objetivo geral consiste seu princípio orienta uma atividade judicial imparcial durante todo julgamento imparcialidade como alheamento ao processo penal a vista disso tudo, pode-se concluir que a imparcialidade, é como essência da jurisdição, é também responsável pela delimitação do agir dos magistrados a fim de que tenham preservada, a necessidade do processo penal acusatório o que assegure ao indivíduo o respeito à jurisdicionalidade. O método de pesquisa utilizado foi hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa biográfica e documental, e conclui-se a imparcialidade ao órgão julgador é necessário para suas garantias ao processo legal não violando os direitos humanos deve-se colocar imparcial diante ao julgamento para que possa o magistrado exercer sua função jurisdicional e suas importância do direitos ao homem no artigo X,

PALAVRAS-CHAVE: Imparcialidade. Justiça. Processo Penal

REFERÊNCIAS:

JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA: os plantões judiciários a partir da ótica dos princípios processuais constitucionais. ARRAIS, VARTINI COUTINHO POLICARPO. Juiz das garantias: afetação da imparcialidade Juiz das garantias: afetação da imparcialidade.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva.** 2016. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

SANTOS, Rafael Alves dos. **A responsabilização do jovem infrator e a questão da inimputabilidade.** 2015.

18 INSANIDADE MENTAL OU VERDADEIRA FACE CRIMINOSA?

Professor: Alisson da Silveira Pedro (UNIFATECIE)

Aluna: Isabella Fernanda P. Cavalcanti M. RA: 97167 (UNIFATECIE)

Aluno: Gabriel Félix Mariano RA: 713718 (UNIFATECIE)

RESUMO: O presente resumo busca avaliar o grau de confiabilidade na avaliação judicial da imputabilidade penal no Brasil. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: quando se dá de fato a verdadeira face criminosa do acusado? Há também a problemática que orienta a pesquisa e pode ser sintetizada na seguinte pergunta: Imputabilidade ou Inimputabilidade no Brasil são mesmo avaliados de forma correta? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do direito reflexões realizadas em bibliografias e no filme "AS DUAS FACES DE UM CRIME" lançado em 1996 no qual o diretor Gregory Hoblit dá sustentação ao presente estudo tornando possível afirmar que nem sempre é bem avaliado o grau de insanidade mental do acusado, e a imputabilidade penal pode se dar a um indivíduo que realmente possui uma face criminosa capaz de desenvolver atos de máxima crueldade, apenas pela satisfação do próprio prazer, com traços de psicopatia ou sociopatia. Apesar da avaliação psicológica, busca-se saber se o acusado pode esconder sua face criminosa, ou se a avaliação psicológica possui mesmo alto grau de confiabilidade, de modo que não haja práticas injustas no processo penal. O objetivo geral do texto consiste em avaliar se qualquer indivíduo pode alegar insanidade mental sem que haja comprovação, ou se o poder judiciário possui mecanismos confiáveis para obter a comprovação científica da insanidade em seu determinado grau, para que pessoas não sejam punidas ou absolvidas impropriamente de forma errônea. O método de pesquisa a ser utilizado, é o hipotético-dedutivo, mediante a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica, documental e cinematográfica. Conclui-se que há necessidade de avanço das técnicas científicas para a comprovação da insanidade mental, justamente com o intuito de proteger pessoas com a suposta incapacidade mental. Apesar de haver várias políticas e leis que buscam inibir tais atos, frequentemente pode-se deparar com erros em processos judiciais, tanto em desfavor do imputado, como em desfavor da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Imputabilidade e Inimputabilidade. Insanidade Mental. Processo Penal.

REFERÊNCIAS:

NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1

PENAL, Da Inimputabilidade Penal, Em face do atual desenvolvimento da Psicopatologia e da Antropologia, Ângelo Roberto Silva, 01/01/2015.

TCC, A INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL E O SISTEMA DE MEDIDA DE SEGURANÇA. Autora: Maria Luiza dos Santos Rodrigues; Capítulos: 2 e 3.

19 JOVENS DE PERIFERIA NO TRÁFICO DE DROGAS

Professora Me. Aline de Menezes Gonçalves – UniFatecie
Fabio Henrique da Silva – UniFatecie
Paulo Victor Camargo Pereira – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca compreender os aspectos que fazem os jovens entrarem no *tráfico de drogas*. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: o que faz os jovens de periferia ingressarem no crime? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que desde a década de 1980 os jovens periféricos são expostos ao *tráfico de drogas*. Estes jovens tem contato com o comércio de drogas feito nas ruas, assim como faz o protagonista do filme *Meu nome não é Johnny*, que começa a vender drogas nas ruas para manter seu vício, vários jovens (de 15 a 29 anos) também são induzidos ao crime por dependência química. O objetivo geral do texto consiste em avaliar o que leva os jovens a entrar no *tráfico de drogas*. O objetivo específico do texto, que se refletem na sua estrutura em uma seção: a) desde muito tempo os jovens principalmente de periferia são expostos ao *tráfico de drogas*. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que mediante as baixas condições e expectativas de um futuro melhor, os jovens ingressam no *tráfico de drogas* com intuito de conseguir dinheiro para na maioria das vezes manter seu vício das drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Jovens; periferia; tráfico de drogas.

REFERÊNCIAS:

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].
- MALVASI, Paulo Artur. Interfaces da vida loka: um estudo sobre jovens, tráfico de drogas e violência em São Paulo. São Paulo, 2012.
- MACHADO, Muriel Magalhães; KUHN, Camila Mabel. A inserção de crianças e jovens no tráfico de drogas: reflexões a partir da psicologia social e a importância da mídia comunitária como instrumento de garantias. In: *Anais do 3o Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*. Santa Maria, RS: Mídias e Direitos da Soc em Rede, 2015.

20 MAIS FORTE QUE O MUNDO-A HISTÓRIA DE JOSÉ ALDO

Me. Camila Virissimo Rodrigues da Silva Moreira – UniFatecie
Yuri Moreira da Silva – UniFatecie
João Vitor Berto Gobbo – UniFatecie

RESUMO: O resumo irá tratar sobre a lei Maria da Penha, que se enquadra na Lei nº11.340 da Constituição Federal, é uma lei que trata-se de forma ampla sobre prevenir a violência contra a mulher. No filme, em alguns momentos mostra a violência que a mãe de José passa com seu marido, onde ele chegava em sua casa bêbado e agredia ela. Ela não o denunciava e também não tomava atitudes, até que em um momento do filme José chega em casa e vê toda a casa destruída, onde supostamente seu pai teria batido em sua mãe e ela teria ido embora, e ele teria quebrado a casa toda. A lei citada acima, traz no TÍTULO II, DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, CAPÍTULO I, DISPOSIÇÕES GERAIS, no ART. 5º, Para que esta lei tenha seus efeitos, é configurada violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

PALAVRAS-CHAVE: Violência, Morte, Dano

REFERÊNCIAS:

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988)

DE BRITO NETO, Wilson Dantas; JÚNIOR, Aldo Reis de Araújo Lucena. **Erro judiciário e condenações indevidas, consequências e repercussões.** Revista Artigos. Com, v. 32, p. e9398-e9398, 2021.

TAVARES, Sofia Constance de Moraes. **Os erros nas condenações do judiciário.** 2021. Acesso em: 08.set.2022.

21 O PORTE DE ARMAS: BENÇÃO OU MALDIÇÃO? UMA ANÁLISE A PARTIR DA OBRA CINEMATOGRÁFICA “O JÚRI”.

Profa. Dra. Judith Aparecida de Souza Bedê – UniFatecie
Camila Carvalho Felipe – UniFatecie
Giovana Valério Fernandes Monteiro – UniFatecie

RESUMO: O presente trabalho está sendo realizado na perspectiva da pesquisa descritiva, tomando como suporte a narrativa fílmica de “O júri” a fim de analisar e refletir sobre o paradoxo do porte de armas na sociedade: se se constitui em meio de proteção ou apenas mais uma forma de perpetuação da violência. Desta feita, a pergunta que orienta a pesquisa é se o porte de armas ajuda na proteção da pessoa humana ou contribui, ainda mais, para ferir a dignidade humana? Com base nos dados levantados a partir da pesquisa bibliográfica, e na esteira do filme “O Júri”, é possível afirmar-se que sem um acompanhamento específico, a comercialização de armas de fogo acaba promovendo a violência entre as pessoas e não a propalada proteção, como defender alguns. Nesse sentido, podem ser apontados dados estatísticos de mortes por arma de fogo no Brasil que, anteriores à elaboração do estatuto do desarmamento (Lei Nº 10.826/03), eram extremamente elevadas em casos de homicídios e suicídios. Já após a criação do citado estatuto, as mortes por suicídio com arma de fogo caíram para 3,467mortes/100 mil habitante; ou seja, observa-se uma queda nos casos que pode ser atribuída à regulamentação do porte/posse de armas para civis. Diante disso, o objetivo geral do estudo consiste em avaliar a eficácia das normas a respeito do porte de armas, sendo o objetivo específico, a verificação da eficácia da citada norma e o cumprimento do acompanhamento necessário durante o processo de posse/porte de arma de fogo. O método de abordagem utilizado foi o indutivo, mediante emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e do procedimento hermenêutico. Ainda não há uma conclusão, mas há indícios de que a eficácia da norma é verificável, muito embora ainda faltem instrumentos de acompanhamento, tanto do processo de análise psicológica como do acompanhamento da utilização da arma em situação de necessidade. Destaque-se que o Direito brasileiro opta pelo modelo de justiça constitucional, de equidade de relações sociais e da mediação.

PALAVRAS-CHAVE: Armas de fogo. Legislação. Violência.

REFERÊNCIAS:

- BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. Mediação como forma de acesso à justiça.
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988
ALBUQUERQUE, Isabela Fayad de. *Posse e porte de arma de fogo para civis: uma segurança ou um risco?*. Intertem@s ISSN 1677-1281, v. 40, n. 40, 2020.
WAKIM, Vasconcelos Reis. *Mortes por armas de fogo: uma análise sob a perspectiva do estatuto do desarmamento*. 2017.

220 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Professor: Alisson da Silveira Pedro (UNIFATECIE)

Eduardo Caciolato Tassitato (UNIFATECIE)

Michelle Martins Caciolato Tassitano (UNIFATECIE)

RESUMO: O presente resumo busca avaliar a presunção da inocência como um princípio fundamental no processo penal, a partir de uma perspectiva crítica, eis que se trata de um direito do acusado diante do poder punitivo do Estado. O problema pode ser sintetizado na seguinte questão: culpar ou não o possível autor de um crime, se não há prova, para além da dúvida razoável, da autoria, de forma que não haja injustiça? Com base nos dados levantados a partir de uma pesquisa cinematográfica na área do Direito, a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema, refletida em bibliografias e na obra “12 homens e uma sentença”, lançado em 1957 do diretor Sidney Lumet, que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que, inicialmente, o filme explicita a questão da presunção de inocência, que trata-se do direito que tem todo acusado de ser considerado inocente até que se prove o contrário, através de um devido processo legal. A presunção de inocência é uma das garantias constitucionais mais importantes, fazendo com que o acusado por um crime deixe de ser tratado como mero objeto do processo, e passe a fazer parte deste como sujeito. O filme mostra que o julgamento precipitado pode levar os jurados a tomarem a decisão mais célere e equivocada, pois podem condenar um inocente pela falta de clareza dos fatos, fazendo com que o estado de inocência do indivíduo seja desrespeitado com a inversão do ônus da prova. Nesse sentido, é premente o princípio constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois este se trata de um postulado iluminista, concebido a partir da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. O objetivo geral consiste em buscar os fundamentos da presunção da inocência, postulado que afirma que todo acusado possui direito de ser tratado como inocente pelo Estado até que se prove sua culpabilidade. Desde o início da persecução criminal até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o acusado deve ter sua liberdade salvaguardada, só podendo ter esta violada como “extrema ratio”, enquanto houver a possibilidade da interposição de recursos que possibilitem a inversão de uma condenação. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, com análise de livros e artigos, e pesquisa cinematográfica, sendo possível concluir-se que, todo acusado tem o direito a ser tratado pelo Estado em seu estado de inocência, cabendo à acusação o ônus de comprovar a culpa do acusado, que deve permanecer sendo tratado como inocente até que a acusação se desincumba de tal ônus.

PALAVRAS-CHAVES: Presunção da Inocência. Processo Penal. Sentença Penal Condenatória.

REFERENCIAS:

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro.** Brasília, TJDF, 2015.

FILHO, Valdenir dos Santos Batista. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). São Paulo: In Revista do Advogado, AASP nº 42, abril /1994.

STUCCHI, Patrícia. O enfoque constitucional da decisão de pronúncia in Processo Penal e Garantias Constitucionais, Marco Antônio Marques da Silva (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2006.

23 TRÁFICO DE ÓRGÃOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Me. Camila Viríssimo Rodrigues da Silva Moreira – UniCesumar
Beatriz Yoko Miyamoto – UniCesumar
Matheus Henrique dos Santos Pereira – UniCesumar

RESUMO: É notório que um dos métodos mais revolucionários de procedimento médico é o transplante de órgãos, sendo de longe o mais eficaz tratamento para várias enfermidades graves. Porém, surgiu como efeito colateral todo um novo mercado ilegal em torno do comércio clandestino de órgãos. Isso ocorre devido ao desequilíbrio entre a oferta e demanda, pois a quantidade de órgãos disponíveis para transplantes é bem inferior ao que a população necessita. O mercado ilegal de tráfico de órgãos é considerado a terceira atividade ilícita mais lucrativa da atualidade, sendo previsto na Lei 9.434/97 e na Constituição Federal. Portanto, no Brasil está cada vez mais árdua a tarefa de detectar, configurar e levar os autores do ato a serem processados, julgados e condenados, pois ainda que haja lei especial e proibição expressa no texto constitucional, seu conteúdo ainda se mantém subjetivo e aberto, além de se manter refém de um esquema silencioso e preciso. Assim, através da presente pesquisa, busca-se entender as implicações da legislação, nacional e internacional, sobre transplante de órgãos, doação de órgãos e tráfico de órgãos para proteção da dignidade da pessoa humana, com o fim de mesurar a qualidade dessa proteção, identificar possíveis falhas e identificar caminhos para o seu aperfeiçoamento. Para tanto, a pesquisa perquirindo sobre o cenário atual acerca da doação de órgãos discutindo questões relativas à autonomia e liberdade de escolha de cada indivíduo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, em especial da intangibilidade e autonomia sobre o corpo. Na sequência, tem como objetivo especialmente o tratamento penal do tráfico de órgão à luz da legislação brasileira e internacional, analisando os tipos penais que tratam direta ou indiretamente do fenômeno. O sistema brasileiro de combate ao tráfico de órgãos ainda precisa ser aperfeiçoado, sobretudo à luz do direito internacional, para garantir de maneira eficaz a proteção à dignidade da pessoa humana, no que diz respeito aos seus direitos da personalidade relativos ao seu direito ao próprio corpo. Com o intuito de apresentar as legislações vigentes mais relevantes acerca do tráfico de órgãos será discutida, com o intuito de identificar o problema atual e estabelecer uma solução por meio do estudo e análise de artigos e pesquisas científicas, entendimentos doutrinários e legislações internacionais que buscam analisar o tema em questão e assim estabelecer uma linha de pensamento concisa acerca da legislação necessária para englobar todas as necessidades referentes à categorização dos envolvidos, seu nível de participação no ato ilícito, método de análise para aplicação penal e possíveis meios para o combate ao tráfico de órgãos. As propostas concretas de aperfeiçoamento da legislação irão depender da análise pormenorizada dos problemas.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade. Órgãos. Tráfico.

REFERÊNCIAS:

- BOUNICORE, Giovana Palmieri. *Tráfico de órgão humanos: análise à luz do ordenamento jurídico-penal e da (bio) ética*. Porto Alegre, 2013. D
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MATTE, Nicole Lenhardt. *Tráfico de órgão: a (im)possibilidade da legalização da comercialização de órgãos no Brasil e os entraves à doação*. Lajeado, junho de 2017.

24 TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO

Luis Gustavo Liberato Tizzo
Hayelle Eduarda da Silva Froes
Maria Augusta Ferrer Garcia

RESUMO: Uma das bases sobre a qual se constrói o Estado Democrático de Direito é o princípio do juiz natural, o que se desdobra em duas previsões, ambas contidas na Constituição Federal. Tal princípio reconhece o direito que o indivíduo tem de ser julgado por autoridade competente, bem como proíbe a criação de tribunais de exceção, também chamados de tribunais pós-fato, por desrespeitar o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal, instrumentos fundamentais para a almejada segurança jurídica. O princípio do juiz natural é a essência da jurisdição e por assim ser, ostenta o título de Direito e Garantia Fundamental, sendo essencial para a preservação e promoção da dignidade da pessoa humana em todas as suas possibilidades. É verídico dizer, que o princípio do juiz natural protege a coletividade contra a criação de tribunais que não são investidos constitucionalmente na arte de julgar, especialmente no que tange a fatos especiais ou pessoas determinadas, sob pena desse julgamento ser propiciado sob aspecto político ou sociológico. O Tribunal de Nuremberg é, sem dúvida, o tribunal de exceção mais conhecido e estudado, sendo objeto de rica análise histórica e antropológica, haja vista a existência de relevantes argumentos contrários e a favor do que ali ocorreu. O objetivo geral da pesquisa é trazer conscientização a respeito do assunto. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Exceção. Julgamento. Legalidade.

REFERÊNCIAS

SÁ, Gabriel Paulino de; AMARAL, Sérgio Tibiriça. *Tribunais de exceção do século XX e seus reflexos no Tribunal Penal Internacional*.

TELES, Ana Rita Ribeiro. *Tribunal de exceção*. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/tribunal-de-excecao>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, (2022).

25 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA: UMA ANÁLISE DO EFEITO GASLIGHTING, A FERIDA INVISÍVEL QUE LESA A DIGNIDADE HUMANA EM RELAÇÕES DESTRUTIVAS

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão – UniCesumar
Evandra Mônica Coutinho Becker – UniCesumar

RESUMO: O termo *Gaslighting* surgiu por volta de 1960 para descrever um “tipo” de *bullying* discreto, esse vocábulo coloca um nome no abuso e descreve seus fenômenos psicológicos. O fenômeno *gaslighting* consiste em um tipo de abuso psicológico, quase nunca exige o uso de violência explícita, é muito mais uma violência invisível que altera a percepção da realidade da vítima. Logo, esta entende não estar à altura de seu abusador, podendo este ser seu cônjuge, namorado, pai ou amigo, sob a perspectiva do gênero mulher. Em alguns momentos, para de opinar, de responder, de se expressar e começa a entrar em um ciclo de anulação como pessoa e, assim, o abusador começa a ter o total controle. Há que se considerar que o objetivo dessa violência psicológica é levar a vítima a questionar-se quanto as suas memórias e sua sanidade. Como esse efeito afeta diretamente a saúde mental da vítima, faz-se necessário verificar a aplicabilidade da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, que traz em seu bojo o crime de Violência Doméstica englobando o abuso psicológico, e a Lei 14.188/21 que incluiu o art. 147-B no Código Penal, instituindo o novo tipo penal denominado “violência psicológica contra a mulher”. A legislação, o entendimento doutrinário, os casos concretos e a psicologia são a justificativa para que a presente pesquisa possa fundamentar a proteção à dignidade da pessoa humana. Objetiva-se, assim, apresentar de que forma o direito se transforma em uma realidade de justiça. Além de mostrar que o padrão patriarcal ressalta a forma como os homens e as mulheres relacionam-se e, assim, discorrer sobre a efetividade da posição jurídica em relação a cada um e os mecanismos de tutela que conceda a realização prática da justiça. Para tanto, a metodologia utilizada é bibliográfica e qualitativa, podendo ser classificada em seus objetivos como exploratória.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Psicológica. Dignidade Humana. Direitos da Personalidade.

REFERÊNCIAS:

- BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Brasília, DF.
- BRASIL. Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021. Brasília, DF.
- FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: O Processo no Caminho da Efetividade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.
- RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Violência Psicológica contra a Mulher: O dano psíquico como crime de lesão corporal*. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2019.
- SARKIS, Stephanie Moulton. *O Fenômeno Gaslighting: A estratégia de pessoas manipuladoras para distorcer a verdade e manter você sob controle*. São Paulo: Cultrix, 2019.

GT 2: DIREITO PÚBLICO

(CONSTITUCIONAL, HUMANOS, ADMINISTRATIVO, TERCEIRO SETOR,
DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO AMBIENTAL, ETC)

26 “DEEPFAKE”: A URGÊNCIA DE UMA DISCUSSÃO À LUZ DO DIREITO

Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes – Docente UniFatecie
Marlon Yuri Yamamoto – Discente UniFatecie

RESUMO: Este tem como objetivo demonstrar a urgente necessidade de trazer, à ótica jurídica, um debate acerca dos possíveis efeitos da tecnologia conhecida como “deepfake”, principalmente no que tange os direitos e garantias fundamentais. Faz-se mister tal discussão por ser necessário que a norma sempre acompanhe, dinamicamente, tanto o fato quanto o valor atribuído a este, e vice-versa, conforme Miguel Reale. Utilizar-se-á a abordagem qualiquantitativa, sendo uma pesquisa básica, com uso de revisão bibliográfica, assim como sites e artigos científicos. Tem-se como intuito a demonstração da possível lesão a bens jurídicos tutelados constitucionalmente pela tecnologia em tela. “Deepfake” (DF) é a aglutinação de “Deep Learning”, subárea de Machine Learning (ramo de Inteligência Artificial); e “fake”, falso, em inglês. Essa tecnologia permite a alteração de vídeos e áudios, de modo a inserir, por exemplo, rosto de alguém em algum vídeo, em uma situação que nunca ocorreu. A grande questão é que tal tecnologia consegue fazer isso, a depender dos recursos de quem adita o conteúdo, de forma extremamente verossímil, confundindo, facilmente, um olhar desatento. Tal situação acabaria por violar os mais intrínsecos direitos da pessoa humana. Constitucionalmente tutelados, os Direitos e Garantias Fundamentais são, por definição, aqueles inerentes a todo ser humano, em decorrência no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 – CF/88). Segundo Flávio Martins, a distinção entre “direitos” e “garantias” de tal natureza reside no fato de que aqueles são de conteúdo declaratório, enquanto estas são de cunho assecuratório. Tem-se, como possíveis Direitos Fundamentais a serem violados, o direito à honra (art. 5º, X, CF/88); à informação (art. 5º, inciso XIV, *idem*), vez que se pode usar da tecnologia para criar um conteúdo no intuito de disseminar *fake news*; à imagem (*idem*, da honra), especificamente, imagem-atributo; à voz (art. 5º, XXVIII, *a, idem*), vez que se pode usar a tecnologia para alterar um áudio a ponto de ser muito semelhante à voz de determinada pessoa-alvo, como já ocorreu com a ex-Presidente Dilma Rousseff. Mostra-se, portanto, urgente a preocupação do Direito à essa nova realidade trazida pelos “Deepfakes”.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos. Fundamentais. Deepfake.

REFERÊNCIAS:

- BUO, Shadrack Awah. The Emerging Threats of Deepfake Attacks and Countermeasures. eprint arXiv:2012.07989, [s.l.], vol. 1, [s.n.], dez., 2020.
- MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- GARCIA, Rafael; CAETANO, Guilherme. Ferramentas permitem criar áudios com vozes de candidatos, como Lula e Bolsonaro, e expõem novo flanco de combate às fake news. O GLOBO, 2022.

27 A ANÁLISE DA EFICÁCIA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS À PARTIR DO FILME “SÉRGIO”

Luis Gustavo Liberato Tizzo
Mariana Almeida de Macedo
Raiane Giseli Santos Souza

RESUMO: Houve um tempo, antes da segunda grande guerra, em que os Direitos Humanos tinham sua preocupação focada na Estado e nas ações do governo. Após o referido momento histórico, bem como desde o início do século XX, percebeu-se um movimento internacional no sentido de colocar o ser humano como o centro da tutela dos direitos. Tal perspectiva também é decorrência do reconhecimento da dignidade humana como princípio fundamental, garantindo direitos humanos e liberdades para todos. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: Quais são os recursos necessários para garantir Direitos Humanos às populações em estado crítico? Com base nos acontecimentos do filme “Sérgio” e em conjunto com as pesquisas realizadas sobre o tema, refletidas na bibliografia que confere sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar o quão precioso é para a população o reconhecimento de direitos para sua proteção durante um período em que não há recursos. No caso real retratado pelo filme, mesmo um Comissário de Direitos Humanos enviado pela ONU não teve a segurança e liberdade garantidas. O objetivo geral da pesquisa é trazer conscientização para que a população conheça seus direitos de liberdades fundamentais e de respeito aos direitos humanos; sem que haja separação por motivos de raça, cor, sexo, idioma ou opinião política. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que, por mais que haja lei para garantir direitos humanos, o mesmo não se encontra tutelado a contento, principalmente em regiões críticas em que uma população se encontra em estado de Guerra ou qualquer outro conflito humanitário.

PALAVRAS-CHAVE: Direito humanos. Proteção. Efetividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

DANESE, Paula Monteiro. *Breve introdução ao direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Ebradi, 2020.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo.: LTr, 2017.

28 A CONDUTA DO ADVOGADO COMO GARANTIDORA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FILME “FILADEFIA”

Professor(a): Judith Bedê – UniFatecie
Acadêmica : Raissa de Souza Gouveia – UniFatecie
Acadêmico: Vinícius Aguiar da Silva – UniFatecie

RESUMO: O filme selecionado para análise deixa claro o importante papel do advogado na persecução da dignidade e dos direitos humanos. Todo trabalho e trabalhador tem relevância social, entretanto, a conduta do advogado está ligada à realização da justiça no contexto social; motivo pelo qual a própria constituição prega como deveres do advogado uma conduta honrosa, nobre e digna; considerado o labor advocatício como essencial e indispensável; o que se ratifica no Código de ética do advogado. A história traz como pano de fundo uma questão relacionada ao preconceito contra indivíduos homoafetivos; entretanto, a grande questão que permeia as intrincadas relações exploradas no cinema são, na verdade, relacionadas ao respeito recíproco entre cidadãos, o que, em última análise, relaciona-se à dignidade da pessoa humana em face da conduta de ética do advogado. Em tal situação, faz-se necessários explorar meios jurídicos sobre a concretização da dignidade da pessoa. Assim, pode-se dizer que um dos objetivos do presente trabalho está ligado à avaliação da eficácia jurídica da atuação de um profissional em nome da realização dos direitos fundamentais e de dignidade defendidos pela Constituição da República Federativa do Brasil. Nesta análise, valemo-nos do contexto do filme para mostrar a aplicação das normas jurídicas, a proteção dos direitos de um cidadão em situação de preconceito e humilhação e sua relação com ética profissional de um advogado, ainda que fora de suas convicções pessoais. Para dar conta de tal desiderato, optou-se pela pesquisa bibliográfica de natureza descritiva; sendo a abordagem indutiva e o procedimento hermenêutico.

PALAVRAS-CHAVE: Ética profissional. Dignidade da pessoa humana. Direitos humanos

REFERÊNCIAS:

- BEDÊ, Judith Aparecida de Souza & BERBEL, Vanessa Vilela. o princípio da vedação ao retrocesso social aplicado à seguridade social.
- BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. Direitos fundamentais, mediação e acesso à justiça. In: RUIZ, Ivan Aparecido; BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 04-07 nov. 2009.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Rio de Janeiro: 4ª edição 21013 [1948].
- CASTIHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Coloção Sinopse jurídica, v. 30).
- Código de ética dos advogados disponível em: L8906. LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). acesso em : 23 de setembro de 2022

29 A SEGREGAÇÃO SOCIAL E A CRISE DE VALORES: UMA OFENSA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão – UniCesumar
Giovana Zanetti Monteschio – UniCesumar

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo analisar a segregação social e a crise de valores que se vive, verificando possíveis violações a dignidade da pessoa humana. Como objetivos específicos pretende-se esclarecer melhor alguns aspectos gerais da segregação social, como conceito, quando ocorre, como teve início, dentre outros questionamentos. Em síntese destaca-se que este instituto significa o isolamento, marginalização, separação, distanciamento de algo ou alguém considerado diferente, em virtude de vários fatores, tais como religião, etnia, educação, raça, poder aquisitivo, nacionalidade, dentre outros que podem ser considerados como discriminatórios. Ademais, abordará acerca da crise de valores que a sociedade vive e que o próprio direito enfrenta, uma vez que apesar de existirem leis que visam a proteção e o respeito da vida humana, na maior parte das vezes elas não possuem eficácia. Pode-se entender essa crise social com um reflexo da crise de valores dos indivíduos, que tem gerado segregação social, preconceito e violência. Deste modo, a relevância da presente pesquisa está na contribuição com a ciência e com a sociedade, para um fundamental estudo sobre estes temas. Vale ressaltar que o instituto da segregação social acompanha a sociedade desde os tempos primitivos, e ainda assim o termo não é tão conhecido, sendo assim, a pesquisa busca difundir seu conceito na sociedade, visando que os indivíduos aprendam mais sobre o que é e repensem os posicionamentos e tratamentos, uma vez que embora a sociedade seja avançada em determinados aspectos, ainda se mostra antiquada quanto ao tratamento dos desiguais. Espera-se, portanto, concluir se a segregação social, a partir da crise de valores que a sociedade e o direito vivem, fere a dignidade da pessoa humana, que é um direito e dever fundamental que garante condições mínimas para uma vida saudável, devendo ser assegurada em todos os momentos. O método de procedimento a ser utilizado na pesquisa será o bibliográfico, que consiste na pesquisa bibliográfica e documental de obras doutrinárias, de legislação nacional e internacional, de jurisprudência e de documentos eletrônicos. Quanto aos objetivos, o método de pesquisa será o exploratório, e quanto à abordagem, o método será o hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdade. Segregação Social. Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS: CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *A axiologia, o Direito e a crise dos valores: uma análise da construção interior humana, do valor e da dignidade frente à desigualdade e à segregação social*. In: Adriana Dias Vieira; Alessandro Severino Vallér Zenni; Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão. (Org.). *Hermenêutica II*. 1ed. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 6-36

MORIN, Edgar. *O método 6: Ética*. Editora Sulina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista do Advogado. 2009.

SAWAIA, Bader (org.). *As Artimanhas da Exclusão: Análise Psicossocial e Ética da Desigualdade Social*. Editora Vozes, 2001

30 A VULNERABILIDADE DE VÍTIMA DE AGRESSÃO SEXUAL PERANTE A INEFICÁCIA DAS NORMAS E DO PODER JUDICIÁRIO

Orientadora - Fabíola Cristina Carrero (UNIFATECIE)
Cintia Celestrino de Castro (UNIFATECIE)
Isadora Gomes Retrovato (UNIFATECIE)

RESUMO: O resumo busca avaliar a eficácia do direito na sanção dos agressores perante a falta de denúncia da vítima de agressão sexual. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: qual o motivo da vítima não denunciar ou buscar algum representante do judiciário para buscar justiça para ela? Com base nos dados levantados, a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área de direito, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que, a falta de eficácia perante as denúncias de violência contra a mulher é o principal motivo para que as mesmas não recorram ao direito e as normas para ajudá-las. O objetivo geral do texto, consiste em avaliar a eficácia das normas perante essa situação e do papel do judiciário na defesa dessas vítimas. O objetivo específico desse resumo, que se reflete na sua estrutura em sua seção: a) avaliar sobre a violabilidade sexual, em relação a minissérie "Anatomia de um escândalo"; b) a vulnerabilidade da vítima após o ato de violação dos seus direitos; c) a impunidade em benefício do agressor, quando não há denúncia contra o mesmo. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante ao emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, após análise do tema. Conclui-se, portanto, que diante do tema apresentado, não existe total eficácia das normas na proteção da vítima e na sanção do agressor, o que a deixa a vítima vulnerável perante a sociedade e o agressor impune de suas ações.

PALAVRAS-CHAVE: Violabilidade sexual. Agressão. Dignidade Sexual.

REFERÊNCIAS:

- BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal 4 - crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. São Paulo. Editora Saraiva, 2020. E-book.
- MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo. Editora Saraiva, 2018. E-book.
- JESUS, Damásio de. *Violência Contra a Muller*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.Ebook.

31 ACESSO A DIREITOS SOCIAIS BÁSICOS EM COMUNIDADES HIPOSUFICIENTES: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FILME "CIDADE DE DEUS"

Prof: Judith Aparecida de Souza Bedê - Unifatecie

Aluno: Kaio Rodrigues Crespilho - Unifatecie

Aluno: Cristiano Barbarote Barbosa - Unifatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar até onde vai o comando de uma facção em uma comunidade. O problema que orienta a pesquisa gira em torno do questionamento sobre o poder paralelo do crime organizado: Uma sociedade comandada por uma facção, pode ter acesso a direitos básicos? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, pode-se afirmar que não, pois o acesso a essas comunidades é muito difícil, dificultando o acesso a instituições, organismos e entidade que podem contribuir para que esses direitos sejam exercidos; além do fato de que as facções, mesmo que fazendo parte de um universo paralelo, chamado de crime organizado, o acesso aos bens e direitos sociais são vertidos pela mão do Estado; o qual, apesar de falho, ainda se constitui em um representante do povo no contexto do sistema democrático. Entretanto, não é possível esquecer que a existência do poder paralelo advém da crescente desigualdade social; alimentada pela mesma mão estatal. Em tal contexto, o objetivo geral da análise do filme "Cidade de Deus" consiste em mostrar vivida por muitos cidadãos do país e as possibilidades de uso de ferramentas jurídicas na superação de tal estado de coisas. No escopo de atingir o objetivo almejado, optou-se pela técnica de pesquisa bibliográfica de natureza descrita e, quiçá, prescritiva. A abordagem escolhida foi a sistêmica indutiva cumulada com o procedimento hermenêutico. Por fim, desta análise pretende-se lançar luzes sobre a realidade atual do país, nas comunidades é onde podemos ver o quanto a desigualdade social afeta a educação e direitos básicos de uma população.

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdade social. Direitos básicos. Cinema e sociedade.

REFERÊNCIAS: Direito básico, Violência e Favela

BEDE, Judith Aparecida de Souza & BERBEL, Vanessa Vilela. o princípio da vedação ao retrocesso social aplicado à seguridade social.

DOMINGUES, Clarícia da Rosa. A liberdade de ir e vir de moradores de vilas populares no contexto da territorialização das facções criminais: o caso da Grande Cruzeiro, em Porto Alegre. 2021.

GROSSI, Márcia Gorett Ribeiro; DA COSTA, José Wilson; DOS SANTOS, Ademir José. A exclusão digital: o reflexo da desigualdade social no Brasil. Nuances: estudos sobre Educação, v. 24, n. 2, p. 68-85, 2013.

PERES, Ana Cláudia et al. Favelas contra o vírus: como as periferias vêm lidando com a pandemia de covid-19, em meio aos problemas cotidianos e diante da ausência de ações governamentais. 2020.

32 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A (IR)RETROATIVIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Isabella Bana – UniFatecie
Diana Carla Floriano – UniFatecie
Vanessa Chamorro Ribeiro – UniFatecie

RESUMO: O presente resumo busca analisar a problemática acerca da (ir)retroatividade da Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, especialmente por conta das alterações benéficas trazidas pela Lei nº 14.230/2021. Assim, depara-se com a seguinte indagação: é possível aplicar as inovações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 às ações de improbidade administrativa em andamento e àquelas com trânsito em julgado?. Nesse sentido, os objetivos específicos do resumo são: compreender o Direito Administrativo sancionador, bem como as alterações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992, ora LIA), promovidas pela Lei nº 14.230/2021; e, por fim, analisar a (não)aplicação do princípio da retroatividade no que se refere aos benefícios promovidos. Tal temática revela-se bastante importante e atual, visto que fora objeto de bastante discussão no mundo jurídico. Assim, por meio de pesquisas realizadas sobre a temática (artigos científicos, jurisprudência, legislação e doutrina), mais especificamente o método hipotético-dedutivo, verifica-se que a Lei nº 14.230/2021 realizou alterações significativas na LIA, dentre as quais menciona-se: o caráter exaustivo do rol de condutas do artigo 11 e a necessidade de dolo do agente como elemento indispensável, impossibilitando, assim, a condenação por improbidade culposa. Fato é que o Direito Administrativo Sancionador é extraído da disciplina constitucional, possuindo características próprias, não se confundindo com as esferas penal, cível e administrativo, tornando-se, portanto, numa instância autônoma. Ademais, tal discussão fora objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), resultando no Tema 1199, decorrente do Recurso Extraordinário com Agravo 843.989 Paraná, tendo como Relator o Ministro Alexandre de Moraes. É de suma importância lembrar-se que essas modificações na LIA ratificam a noção de honestidade e lisura na Administração Pública e maior repressão para os atos de improbidade. Ante ao exposto, conclui-se pela necessidade de comprovação do dolo, e, conseqüentemente, pela retroatividade dos efeitos promovidos pela alteração da lei no que se refere àquelas ações sem condenação transitada em julgado, ante a revogação por completo da modalidade culposa.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Improbidade Administrativa. Culpa. (Ir)retroatividade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF: Presidência da República, 1988
- BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.**
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 843989/PR. Relator Ministro Alexandre de Moraes.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

33 DIREITOS HUMANOS OU DIREITO DO MAIS FORTE? UMA ANÁLISE HISTÓRICO-CONCEITUAL DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES A PARTIR DO CONTEXTO DO FILME “PIXOTE: A LEI DO MAIS FRACO”.

Professor(a): Judith Bedê – Unifatecie
Acadêmica: Ana Júlia Azevedo Ribeiro – Unifatecie
Acadêmica: Isabella Frederico Satim – Unifatecie

RESUMO: O presente trabalho objetiva lançar luzes sobre a aplicação da Lei Federal 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) na perspectiva da consolidação dos Direitos Humanos comparando três momentos históricos: a situação na época do filme (1980), o contexto da vigência inicial da lei (1990) e a eficácia entre 2000 e 2020. Desta feita, a orientação da presente pesquisa se dá pelo questionamento seguinte: quando os Direitos Humanos relacionados às Criança e Adolescentes passaram a adquirir grau de importância na sociedade brasileira? Houve, efetivamente, uma melhoria das condições de vida e escolarização de menores de idade; o que implicaria no consequente respeito aos Direitos Humanos destes indivíduos em desenvolvimento? Para responder a tais indagações faz-se necessário levantar dados a partir de um conjunto de pesquisas quantitativas sobre o tema; o que se faz com o uso de referencial bibliográfico especializado na área jurídica; os quais podem dar sustentação ao presente estudo; além de fomentar a análise crítica, o debate e a necessidade constante de se reafirmarem os Direitos Humanos e a sempre atual Declaração Universal dos Direitos Humanos. Considerada como marco histórico, a Declaração de Direitos é aplicada independentemente de idade, visto referir-se, como uma norma comum, à proteção de toda a humanidade, de modo a não ocorrer a distinção entre os mesmos. Ademais, ressalta-se que neste mesmo documento é apresentado a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada no ano de 1989, a fim de estabelecer os direitos e deveres dos menores. Assim, o objetivo geral desta pesquisa consiste em avaliar os Direitos Humanos diante do contexto histórico-social das crianças e adolescentes; em um primeiro momento no período retratado, cheio de opressão, crimes, infrações e violência entre os mesmos; os quais sofrem ainda com a marginalização. Já em um segundo momento, partir-se-á para a análise da evolução dos meios jurídicos de proteção de crianças e adolescentes com foco no mesmo público do filme: crianças e jovens infratores que se encontram submetidos às adversidades do contexto social no qual estão imersos. Desta forma, a análise sobre os Direitos Humanos dar-se-á no contexto do filme e fora dele, dada a necessidade de propor e aplicar normas eficazes para a prestação de assistência em diversas áreas, bem como para proteção daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. Ainda convém lembrar que a garantia de amparo de crianças e adolescentes é previsto pelo Art. 203, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para concretizar este trabalho, será feito o levantamento de dados para estudo, com utilização da técnica de pesquisa bibliográfica com natureza quantitativa e descritiva; seguindo-se uma abordagem hipotético-dedutiva para dar conta de um procedimento histórico e hermenêutico. Logo, almeja-se compreender os contextos de criação e aplicação do ECA e da Declaração Universal dos Direitos Humanos em sua perspectiva histórica, visto que o Direito refere-se à própria história da humanidade, envolvendo preocupação e fundamentação, a fim de proporcionar a coexistência dentro da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Crianças/Jovens Infratores. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS: BEDÊ, Judith Aparecida de Souza & BERBEL, Vanessa Vilela. o princípio da vedação ao retrocesso social aplicado à seguridade social. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente.

34 ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FILME “DJANGO LIVRE”

Orientadora Me. Mylene Manfrinato – Unifatecie
Emily Rafaela Koehler Dos Santos – UniFatecie

RESUMO: O presente resumo, tem como objetivo analisar os casos de trabalhos análogos a escravidão no Brasil e demonstrar que a escravidão não é um simples fato do passado. A herança escravista continua mediando a nossa atualidade e essa prática agora é denominada de escravidão contemporânea, infelizmente é um crime que ainda assola a nossa sociedade e que acaba afetando o princípio da dignidade humana. Como podemos ver no filme “Django livre” dirigido por Quentin Tarantino, os escravos não passavam de reles objetos cuja a utilidade se resumia no ato de saciar as vontades do homem branco. Infelizmente o problema tem um certo agravo em território nacional devido à alguns problemas crônicos como a péssima distribuição de renda e o analfabetismo que ainda prejudica cerca de 11 milhões de brasileiros. Desde o século XX em meados de 1940, o nosso código penal já tipifica o crime de escravidão, mas devido à má interpretação de alguns juristas que só puniam os réus quando as vítimas eram transformadas em escravos de fato iguais na era colonial, houve a necessidade de reformulação e em 2003, a lei passou a mencionar a condição análoga escravidão. Segundo um levantamento feito pelo TST (Tribunal Superior do Trabalho), existem cerca de 1.078 de casos pendentes de julgamento, então o Congresso Nacional decretou que no Art.1CP, “O trabalho escravo, ou em condição análoga, será punido nos termos desta Lei e caracteriza-se pela sujeição do trabalhador ao empregador, tomador dos serviço ou preposto, independentemente de consentimento, a relação mediante fraude, violência, ameaça ou coação de quaisquer espécies”, as principais vítimas desse trabalho ilegal são pessoas de renda baixa, pessoas em situação precária que procuram formas de sair da vida ruim que levam, essas pessoas às vezes não tem instruções e acabam se submetendo ao trabalho escravo, pode se definir que os motivos que sempre impulsionou essa situação é o interesse econômico, e o trabalho ilegal trazia benefícios aos homens pois sabiam explorar o desemprego e a pobreza. Os objetivos principais do texto são: A) a proposição de medidas para a eliminação dos trabalhos escravos, e que haja uma garantia de que certas violências que eram cometidas contra eles (violações de direitos humanos) sejam eliminadas. B) com o tempo, a falta de atenção com essa população gerou violência, exclusão, desemprego, marginalização social, problemas na educação. Como métodos de pesquisa optou-se pela abordagem sistêmica a partir de um procedimento hermenêutico e, quiçá, hipotético-dedutivo, mediante a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica dada a natureza qualitativa e descritiva desta pesquisa. Conclui-se que e assim Para acabar a escravidão, temos que garantir condições como a de moradia, educação, segurança, para que estas pessoas em situação de trabalho escravo possam sair da condição de vulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Escravidão contemporânea. Dignidade. Trabalho escravo.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988].
MELO, Silvana Cristina Cruz. “Escravidão Contemporânea e Dignidade da Pessoa Humana.” (2010).PORFÍRIO, Francisco.“Trabalho escravo contemporâneo”; *Brasil Escola*.

35 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O CRIME DE INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

Me. Camila Viríssimo Rodrigues da Silva Moreira – UniCesumar
Beatriz Yoko Miyamoto – UniCesumar
Caroline Valerio Kavata – UniCesumar

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem como princípio fundamental a liberdade de expressão, garantindo ao indivíduo o direito de exteriorizar seus ideais e opiniões sem medo de represálias ou censuras, em conformidade com o seu art. 5º, inciso IV, onde aponta que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença...”, trazendo a concepção sobre a liberdade religiosa que o Brasil possui por ser um país laico. Desse modo vem sendo notável a forma que é aplicado nos dias atuais os limites quando convergente com a prática da intolerância religiosa, tipificada pelo ordenamento jurídico brasileiro como discriminação e tratada como um crime inafiançável e imprescritível, com pena de reclusão e multa, que por sua vez, abrange e garante o livre exercício de consciência, crença e culto que devido as várias culturas e formas diferentes de pensamentos, ideias e religiões, é uma prática crescente neste Estado. A prática desse direito de liberdade é diferente do que existe na teoria legislativa, pois a intolerância religiosa faz com que essa liberdade não seja exercida pela população por temor da repressão, isto é, um problema constante e duradouro que assola o país, pois a incompreensão com a diferença religiosa leva à violações de garantias constitucionais, considerando o pensamento de que todo e qualquer cidadão é livre para possuir a sua própria religião e exercê-la, como descrito na legislação, porém, é bastante perceptível a influência que determinadas religiões tem sobre os segmentos políticos e sociais mesmo depois de ocorrido a separação constitucional da Igreja e do Estado em 1890. Essa intolerância religiosa adquirida por uma herança social e cultural limita de certa forma a liberdade de expressão dos cidadãos, por receio de ser julgado pelos demais indivíduos da sociedade, além de possíveis repressões que o ordenamento jurídico condena, como as ofensas, desrespeitos, vilipêndios e até mesmo agressões em decorrência da discordância com a crença alheia, essas práticas tiveram um enorme aumento nos últimos anos devido o avanço da tecnologia, os meios de comunicação trouxeram mais facilidade para a disseminação dos discursos de ódio e incitação à violência ao que é diferente, as redes sociais e outras ferramentas de comunicação geram a falsa sensação de anonimato, o que instiga as pessoas a destilarem seus preconceitos com mais naturalidade. Desse modo, a pesquisa utiliza um método lógico-dedutivo, bem como transição de opiniões doutrinárias e conceitos, com o intuito de analisar a respeito o tema, com objetivo central em uma abordagem qualitativa, levando em consideração a efetividade do estudo no meio social e todas as consequências geradas, através dos meios de comunicação e de herança cultural.

PALAVRAS-CHAVE: Intolerância. Liberdade. Religião.

REFERÊNCIAS:

- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. Tomo II. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CARDOZO, M. L. **Liberdade e Intolerância nas Redes Sociais**. XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Intercom, São Paulo, SP, 2016.
- SILVA, Sara Edwrigens Barros. SANTOS, André Rodrigues. **Intolerância religiosa versus direitos fundamentais**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Vol. 02, pp. 73-91. Julho de 2019.

36 O “PISO DA ENFERMAGEM” E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Isabella Bana – UniFatecie
Jônatas Antônio Dias – UniFatecie

RESUMO: O presente resumo busca analisar a problemática entre o Piso Salarial Nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira, decorrente da Lei nº 14.434, de 04 de agosto de 2022, e a sua (in)constitucionalidade, especialmente no que se refere ao seguinte questionamento: é possível afirmar que a mencionada lei do “piso da enfermagem” obedece aos princípios e aos ditames constitucionais, mais especificamente o princípio federativo e o impacto financeiro e orçamentário dos entes federativos? Nesse sentido, os objetivos específicos do resumo são: compreender sobre a Lei nº 14.434/2022 e suas obrigações; investigar a organização político-administrativa da República brasileira; e, por último, analisar o “piso da enfermagem” sob a ótica da Constituição Federal de 1988. Tal temática revela-se de suma importância, visto que o momento atual encontra-se num verdadeiro embate jurídico, pautado de um lado pela valorização dos profissionais da saúde e de outro pela fragilidade do orçamento público. Não é à toa que tal discussão fora parar na Corte Suprema – Supremo Tribunal Federal, com o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar (ADI nº 7.222 MC/DF) pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNSaúde. Assim, por meio do levantamento de dados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre a temática (artigos científicos, jurisprudência, legislação e doutrina), por meio do método hipotético-dedutivo, que dá sustentação e embasamento ao presente resumo, verifica-se que tal ADI encontra-se pendente de julgamento, porém tal análise centraliza-se no artigo 18 da Constituição Federal de 1988, que enfatiza sobre a autonomia dos entes federativos, não podendo a criação de pisos salariais nacionais para carreiras interferir o núcleo essencial da autonomia financeira e orçamentária dos entes, bem como salienta-se ainda acerca da forma federativa do Estado, que é inclusive tratada como cláusula pétrea (artigo 60, §4º, inciso I, CF/88). Ademais, em decisão inédita, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso concedeu a medida cautelar requerida, suspendendo os efeitos da Lei nº 14.434/2022 até que sejam esclarecidos e esmiuçados (em 60 dias) os impactos sobre a empregabilidade, as finanças de Estados e Municípios e, ainda, a qualidade dos serviços de saúde. Ante ao exposto, conclui-se pela inconstitucionalidade da Lei nº 14.434/2022, em razão da ofensa aos artigos supramencionados e também pela inexistência ou comprovação adequada de recursos para o cumprimento de tal piso salarial.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 14.434/2022. Autonomia. Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 setembro de 2022.
- BRASIL. **Lei nº 14.434, de 4 de agosto de 2022.**
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.222/DF. Relator Ministro Roberto Barroso
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 38 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

37 O NÃO-DIREITO NA ALEMANHA NAZISTA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Orientadora: Prof. Me. Mylene Manfrinato
Lucas Gabriel Farias Doneda – (UNIFATECIE)

RESUMO: O resumo busca analisar sob a ótica jurídica os fatos ocorridos na Alemanha nazista a partir do documentário “Hitler, uma carreira” (1977). O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: para quem eram as leis na Alemanha Nazista? Com base nos dados da pesquisa, é possível afirmar que o nazismo, que chegou ao poder em 1932, ano em que o Partido Nacional Socialista ocupou 230 cadeiras no parlamento, se tornou instrumento de controle ideológico e social. Nos últimos anos da República de Weimar, o governo não conseguia apoio parlamentar para seus projetos e diante disso, Adolf Hitler foi nomeado chanceler da Alemanha. Isso pavimentou o caminho para um Estado cuja base legal era o “*Führerprinzip*” e o racismo científico emanado pelo regime nazista foi convertido em lei na época. O objetivo geral do texto consiste em avaliar como a “vontade de todos” resultou na infiltração dos ideais nazistas no direito alemão. Os objetivos específicos do texto se refletem em três seções: a) descrever como o movimento nazista legiferou o discurso de supremacia racial biológica e o implantou de forma com que o sistema jurídico atendesse às suas ideologias; b) explicar o impacto do nazismo nos direitos humanos no pós-guerra; c) explorar os aspectos de inexistência ou existência do direito naquele movimento. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que o direito foi instrumento opressivo na sociedade alemã nazista, pois abarcou todos os ramos burocráticos do país e impôs controle ideológico e político na sociedade através de leis que não encontraram, naquele tempo, oposição expressiva do povo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. *Führerprinzip*. Nazismo.

REFERÊNCIAS:

- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988].
- KING, Martha A.; KING, Jonathan S. *Führerprinzip*. The Encyclopedia of Political Thought, p. 1406-1407, 2014.
- SÁNCHEZ ARTEAGA, Juan Manuel. La biología humana como ideología: el racismo biológico y las estructuras simbólicas de dominación racial a fines del siglo XIX. v. 23, n. 1, p. 107-124, 2008.

38 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE TUTELA E DEFESA DA DIGNIDADE E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO IDOSO NO MUNICÍPIO DE MARINGÁ/PR

CLEIDE APARECIDA GOMES RODRIGUES FERMENTÃO (UNICESUMAR)
STELA CAVALCANTI DA SILVA (UNICESUMAR)

RESUMO: A família, o Estado e a sociedade possuem o dever constitucional de proteger e assegurar à dignidade, bem como a qualidade de vida do cidadão idoso, tornando assim, um dos deveres da administração pública a promoção de políticas públicas, com o intuito de fomentar a tutela da dignidade da pessoa idosa. Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a dignidade do cidadão idoso, seus direitos da personalidade e as políticas públicas estabelecidas para a tutela desses atributos no âmbito do município de Maringá/PR, que atualmente conta com aproximadamente 40 mil habitantes, que estão acima dos 60 anos de idade, o que representa mais de 12% da população total, segundo os dados apresentados pela pesquisa do IBGE em 2021. Em vista de tal situação, a problemática deste estudo é definir como, o que são e de que forma se apresentam as políticas públicas de proteção ao idoso no município em questão e para isso, será utilizado o método hipotético-dedutivo, mediante pesquisa documental e bibliográfica, com base na literatura extraída da plataforma EBSCO, além de artigos científicos e doutrinas acerca da dignidade humana, dos direitos da personalidade, bem como da Convenção Interamericana Sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos e das leis municipais de Maringá/PR, voltadas à tutela do idoso. Serão assim observadas de forma analítica as políticas públicas voltadas à terceira idade, sob a ótica da tutela da personalidade e da dignidade, uma vez que esse princípio, também é responsável por difundir os direitos da personalidade, essenciais para a vida em sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Idoso; Políticas Públicas.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Projeção da População do Brasil e das Unidades Federativas**. 2021.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

39 PRINCÍPIOS RUGGIE NA ORDEM INTERNACIONAL E O DECRETO N. 9.571/2018 COMO DIRETRIZ NACIONAL SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS EM ANÁLISE À EFETIVIDADE DE DIREITOS HUMANOS

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro (UNICESUMAR)
Thayara Garcia Bassegio Aguera (UNICESUMAR)

RESUMO: No ordenamento jurídico brasileiro é cada vez maior a necessidade de normas que versam sobre matéria de direitos humanos e empresas, como consequência da discussão do tema em âmbito internacional e que refletem na atividade organizacional das empresas. Tratados, declarações e resoluções internacionais sobre direitos humanos que são casualmente apontados, sobretudo no âmbito normativo, em casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal. É latente a necessidade de empresas nacionais e principalmente transnacionais em se adequarem ao tratamento atribuído sobre direitos humanos. Embora em um primeiro momento possam parecer temas muito distantes, as práticas de uma empresa no comércio podem refletir em desrespeito às normas de ordem nacional e internacional. Na tentativa de abordagem do problema, foram adotados em 2011 por uma Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU, os Princípios *Ruggie*, que estabelecem parâmetros para a proteção dos Direitos Humanos a serem empregados pelas empresas no âmbito internacional. Por serem *soft law*, a carência de força normativa caracteriza uma despreocupação sem medidas por parte das empresas, as quais em regra, deveriam submeter-se a tal regramento, motivando a escolha do tema e acarretando na preocupação de análise científica. Tem-se como objetivo geral realizar uma análise dos Princípios *Ruggie*, princípios orientadores aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e o Decreto 9571/2018, ao qual estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos e sua efetividade como *soft law* frente aos direitos da personalidade. Para tanto, valendo-se do raciocínio dedutivo, pautado de forma descritiva e exploratória, pelo meio documental e doutrinária será necessário realizar a compreensão do tema a partir do fenômeno da globalização como marco inicial para as práticas de mercado internacional. Em seguida, objetiva-se apresentar um contexto dos direitos humanos na esfera da economia, em uma abordagem pautada no âmbito jurídico nacional, sendo contextualizado com os mecanismos do ordenamento jurídico internacional, evidenciando a estrita relação do tema com a proteção de direitos da personalidade. Por fim, será analisado o regramento destacando os obstáculos das normas não obrigatórias na efetivação das medidas e a prática da concorrência no mercado internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios *Ruggie*. Direitos Humanos. Empresas.

REFERÊNCIAS:

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Democracia, Justiça e Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- CADERNOS DE PESQUISA, Homa. **Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos**. v. 01, n. 07. Juiz de Fora: Homa, 2018.
- FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 5ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- SILVA, Elaini Cristina Gonzaga da. **Direito Internacional em Expansão - encruzilhada entre comércio internacional, direitos humanos e meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2016.

40 RACISMO VELADO OU EXPLÍCITO? O BRASIL RACISTA REVELADO PELO FILME “MEDIDA PROVISÓRIA”

Prof^a: Dra. Judith Aparecida de Souza Bedê – UniFatecie
Academico: Denis dos Santos Gonçalves Pereira – UniFatecie

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar, por meio da análise do filme “Medida Provisória”, o racismo brasileiro, a fim de gerar um debate sobre sua ocorrência em face da clara proibição legal. Assim, o fio condutor da pesquisa está no aspecto jurídico-antropológico, uma vez que os indivíduos acabam por negar sua ocorrência, mas mantêm a prática do racismo velado. Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas bibliográficas de doutrinadores consagrados no tema do racismo, e da análise da obra fílmica “Medida Provisória”, do diretor Lazaro Ramos, propõe-se uma capaz de dar sustentação às máximas da igualdade, defendida pela Constituição Federal, e da igualdade jurídica. A partir deste estudo pretende-se demonstrar que os avanços no século XX, ainda não foram suficientes para conferir equilíbrio às relações sociais, e ainda menos nas relações jurídicas, apesar de todo o esforço legal para concretização de direitos sociais e humanos voltados à erradicação do racismo no Brasil; onde está institucionalizado e estrutural, já que enraizado em todos os âmbitos da nossa sociedade; e que apesar da população negra contabilizar 56% dos brasileiros, é difícil vermos pessoas negras em posição de poder. Desta forma, o objetivo geral dessa pesquisa é conscientizar e mobilizar os acadêmicos para promover mudança no “modus operandi” da nossa sociedade, para que a estratégia do “negro único” (quando usam uma pessoa negra como exemplo para considerar que um determinado local é antirracista), continue sendo usada para remediar uma população leiga e manipulada. Como métodos de pesquisa optou-se pela abordagem sistêmica a partir de um procedimento hermenêutico e, quiçá, hipotético-dedutivo, mediante a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica dada a natureza qualitativa e descritiva desta pesquisa. Inicialmente, pode-se dizer que apesar de haver várias políticas e leis que buscam inibir tais atos, muitas pessoas acabam disfarçando a sua intolerância através de piadas e sorrisos, e usam o racismo de forma recreativa.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo - Recreativo - Sociedade

REFERÊNCIAS:

- BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. **Evolução da dignidade e proteção da dignidade: uma análise jurídica a partir de narrativas de humor**. Curitiba: CRV, 2022.
- BEDÊ, Judith Aparecida de Souza & JESUS, Giovani Brancaglião de. **Medida provisória**. Disponível em: <<https://www.unicesumar.edu.br/epcc-2003/trabalhos/>>
- RIBEIRO, Djamilia. **Pequeno Manual Antirracista**. São Paulo: Companhia das letras, 2019.
- MOREIRA, Adilson. **Racismo Recreativo**. São Paulo: Pólen Produção Editorial, 2019.
- ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Jandaira, 2019.

41 SOCIEDADE LÍQUIDA E DIREITOS HUMANOS: PERCEPÇÃO JURÍDICA SOBRE DIREITOS HUMANOS NO FILME BACURAU

Profa Dra. Judith Aparecida de Souza Bedê – Unifatecie

Alunos: Elias Sikorski Ra: 21677 – Unifatecie

Marco Antonio Golçalves Marinho Ra: 48831 – Unifatecie

RESUMO: A sociedade contemporânea tem transformado em realidade a liquidez observada por Zygmunt Bauman, concretizando cotidianamente o desprezo pela vida humana. Entretanto são mantidas algumas ilhas de resistência nas quais se busca a defesa dos direitos humanos e da vida neste mundo de poucos direitos. Na perspectiva do filme “Bacurau”, o problema que orienta a presente pesquisa pode ser sintetizado por meio da seguinte pergunta: em tempos onde o ser humano é visto como “coisa”, é possível falar em direitos humanos? A modernidade líquida, para Bauman, é o retrato desta época de incertezas, de sinais confusos, de mudanças rápidas e imprevisíveis que valoriza mais o individualismo que a coletividade. Assim, embora a sociedade se sinta mais livre para experimentar e viver com alegria, felicidade ou satisfação; este novo modo de vida não veio acompanhado da responsabilidade devida entre os seres humanos. Tudo se torna passageiro, volátil e fluido, e os indivíduos desrespeitam uns aos outros e nem mesmo as consolidadas regras de direito têm sido suficientes para construir uma sociedade mais justa e equilibrada como sonhado no pós-guerra. Para Bauman, em tempos de modernidade líquida, as únicas certezas da sociedade são, em primeiro lugar, a convicção de que tudo vai mudar a qualquer momento e que tudo na verdade, não passa de incerteza, pois nada mais é rígido e definido. A crítica especializada defende que Bacurau” se mostra como verdadeiro raio-x de uma sociedade podre, onde a vida não significa nada e o Estado engessado não é capaz de garantir o cumprimento de direitos básicos especificados no art: 5º, CF “... o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança ...”. E assim, pessoas são meramente parte do entretenimento para alguns que vêem outros como meras “coisas” num verdadeiro desprezo pela vida humana. Assim, relacionando o universo do filme com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pode-se afirmar que após setenta e quatro anos da promulgação do documento, ainda falta a concretização do seu ideário, com seu constante descumprimento e desprezo pelo próximo. Diante disso, o filme nos lembra que o papel fundamental dos Direitos Humanos em defender quem não tem capacidade de defender a si mesmo; destacando, desta forma o papel do Direito no contexto social da contemporaneidade que deve levar os agrupamentos humanos a se respeitarem reciprocamente; além de aprender a entender o ser humano em suas singularidades circunstanciais, incluindo necessidades, desejos e sonhos. No presente trabalho, por meio da pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, optou-se pela análise do filme numa abordagem indutiva, a qual buscou nos direitos humanos o alicerce para dar conta deste breve estudo de procedimento monográfico.

PALAVRAS – CHAVE: Direito natural. Liberdade. Unidade. Desprezo.

REFERÊNCIAS:

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

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Rio de Janeiro: 4ª edição 21013 [1948].

CASTILHO, Ricardo. Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Coloção Sinopse jurídica, v. 30).

Bacurau. Direção: Juliano Dornelles. Produção de Cinemascópio Produções. Brasil: Vitrine Filmes, 2019. 1 DVD (131 min.)



BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001..

42 VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ORIUNDA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA NARRATIVA DISTÓPICA DO FILME “O POÇO”

Prof^ª: Dra. Judith Aparecida de Souza Bedê – UniFatecie
Acadêmica: Gabriela de Oliveira Vieira – UniFatecie
Acadêmica: Gabrieli Ricci Nunes – UniFatecie

RESUMO: O presente resumo busca analisar a violação dos direitos humanos fundamentais dentro do Sistema Prisional Brasileiro tomando como ponto de partida o filme de ficção “O poço”. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: Em que medida o cumprimento da pena de prisão se reflete na integridade humana na vida do condenado após o cárcere? Apesar da história do filme se passar numa distopia, torna-se possível questionar o Sistema Prisional e o fato de que ele necessita de maior atenção das autoridades públicas para regularizar os Direitos dos detentos e garantir uma efetiva ressocialização dos egressos. O objetivo geral desta proposta de pesquisa consiste em avaliar os aspectos presentes no filme o poço em sua relação de violação da dignidade humana; a qual, no filme, é ficcional; mas que, em condições reais, é extremamente desumana e degradante. Desta forma, são objetivos específicos da pesquisa a) ponderar acerca da realização da dignidade da pessoa humana dentro do sistema prisional brasileiro; b) verificar e analisar a eficácia jurídica para a averiguação dos direitos fundamentais implementados na Constituição Federal em seu artigo 5º e incisos. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisas bibliográfica e documental. Ainda numa fase preliminar, conclui-se que diante do filme “O poço”, nem sempre a lei está sendo executada conforme previsão ou teorização ou intencionalidade legislativa; imaginando que a intenção é que o indivíduo preso, cumpra a sua pena preservando a sua dignidade humana, conforme determinada nossa Constituição Federal; sendo capaz de voltar à sociedade ressocializado e apto para não cometer novos atos ilícitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Violação da Dignidade Humana. Sistema Prisional.

REFERÊNCIAS:

BRASIL, [Constituição. (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto.gov.br,
GUIMARÃES, A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.
JUNIOR, Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro.

43 VITIMOLOGIA: IMPORTÂNCIA DA VÍTIMA NO DELITO

Me. Camila Viríssimo Rodrigues da Silva Moreira – UniCesumar
Beatriz Yoko Miyamoto – UniCesumar

RESUMO: O presente resumo evidencia a importância do estudo da vítima nas ciências criminais, que por muitos anos foi referenciada pela expressão “sujeito passivo” para ser conceituada, contudo essa terminologia demonstra uma ideia de inércia a ela, impressão equivocada do termo, pois ela interage com o autor e o meio em que ocorreu o fato, sendo uma parte essencial para a construção típica do delito. Dessa maneira, deve-se abandonar este conceito, pois ela é essencial na instrução criminal e na dosimetria da pena, então o crime é e deve ser analisado em uma relação dupla-penal, onde a vítima e o autor do crime são investigados, uma vez que somente assim poderá ser admitido o dolo e a culpa do transgressor e também o papel da vítima. Nesse caso, para atingir uma visão completa dos fatos é necessário estudar o comportamento vitimológico, que traz uma nova concepção sobre a base de fatos, mudança esta que é o começo da implementação de uma nova ciência voltada totalmente para o estudo da vítima do delito e seu comportamento e responsabilidade no ocorrido, pois a relação entre ela e o criminoso é de suma importância para obter explicações do que levou ao crime. Esse ramo da criminologia retrata a evolução da vítima no deslinde penal, consistindo no estudo desta na sua personalidade do ponto de vista biológico, psicológico e social, de sua proteção social e jurídica, além dos meios de vitimização que denominam a sua tipologia, sendo algumas consideradas como “colaboradora” do ato criminoso, pois todo crime há a participação da vítima, sendo necessário determinar seu envolvimento que pode atingir o polo passivo ou ativo, analisando se sua atitude afetou de forma direta ou indireta a ocorrência do crime, que atualmente o magistrado observa este comportamento a fim de verificar se ela é “ideal” dentro da perspectiva vitimológica, porquanto, a falta de tal fato deve ser encarada como desfavorável ao delinquente, uma vez que a vítima pode provocar, instigar, desafiar ou facilitar a conduta do delinquente, tais comportamentos mesmo não justificando o crime, diminui a censurabilidade do autor e justificativa uma censura penal mais branda, pois a relação delinquente-vítima vem a ser um importante quesito para explicação do crime, auxiliando o magistrado na compreensão humana e justa do quesito culpabilidade. Portanto, é indiscutível a importância da vitimologia na análise do crime, em razão da contribuição no âmbito criminológico, político-criminal, político-social e no estudo da gênese do crime, sendo necessário para o direito e determinante para a dosimetria da pena, além de fundamental para alcançar a verdadeira justiça, pois por meio dela é possível determinar o nível de inocência da vítima e o grau de culpabilidade do criminoso, contribuindo para o entendimento do delito, determinação da pena e a culpabilidade. Diante disso, a aplicação desse novo método trouxe à tona a importância do estudo da vítima em conformidade com o estudo do criminoso, pois ambos são imprescindíveis como ponto influenciador da fixação da pena de forma justa, em conformidade com o art. 59 do Código Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Delito. Dosimetria. Vitimologia.

REFERÊNCIAS: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Autocolocação da vítima em risco*. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12.ed. Impetus, 2010.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Vitimologia: O papel da vítima na gênese do delito*. 2ª ed. Jurídica Brasileira, 2004.

GT3: DIREITO PRIVADO

**(DIREITO CIVIL, DIREITO EMPRESARIAL, DIREITO DO CONSUMIDOR,
DIREITO ECONÔMICO, DIREITO DIGITAL, DIREITO PROCESSUAL CIVIL,
DIREITO DO TRABALHO, DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO, ETC)**

440 BEBÊ MEDICAMENTO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Orientadora Prof.^ª: Mylene Manfrinato dos Reis Amaro – UniFatecie
Camila Florentino Soares. – UniFatecie
Kemili Pereira Lemos. – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar até que ponto o bebê medicamento tem seus direitos a dignidade humana violados. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: Em que medida o bebê medicamento tem seus direitos a integridade física violados a partir de determinados procedimentos? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, o denominado "bebê medicamento" tem como objetivo ser uma criança concebida pelos pais, através das técnicas da reprodução humana assistida, com o intuito da preservação da vida de outro filho, através de doações de órgãos, células troncos desde o momento do nascimento ao decorrer de sua vida. Para tanto, foram estudados e analisados princípios constitucionais em relação ao tema, que se encontra no artigo 1º da Constituição Federal que trata sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa humana no Art. 226, inciso 7, onde diz que não seria possível gerar um ser humano com função de doar órgãos, tecidos e partes de seu corpo para outro ser humano, ainda que para seu irmão e que o ato seja gratuito. O objetivo geral do resumo consiste em avaliar os aspectos presentes no filme "UMA PROVA DE AMOR" e sua relação com a prática da geração do bebê medicamento. Os objetivos específicos do resumo consistem em: *a)* Analisar o item VI, 2 do CFM (Conselho Federal de Medicina) onde diz: "As técnicas de reprodução humana assistida também podem ser utilizadas para tipagem do Antígeno Leucocitário Humano (HLA) do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente." *b)* Analisar em qual hipótese, tal procedimento é permitido de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. O método usado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que, em relação ao bebê medicamento no Brasil, não existe legislação específica que regulamente a técnica, mas apenas a resolução do CFM, que serve como norma orientadora aos profissionais envolvidos na reprodução artificial.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana; Direitos da Personalidade; Reprodução Humana Assistida.

REFERÊNCIAS: GORETE, Rosa Maia Guerra, Marcela ; Silva Galdino Cardin, Valéria. Do Diagnóstico Genético Pré-Implantacional Para A Seleção De Embriões Com Fins Terapêuticos: Uma Análise Do Bebê-Medicamento. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988].
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução CFM nº 2.230/2022. Brasília, DF: CFM, 2010.
BEDÊ, Judith Apda de Souza Bedê. PERSONALIDADE JURÍDICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS In: MARUITI, Andreia Medeiros Pires. VIII EPCC_Encontro Internacional de Produção Científica.

45A CONTRIBUIÇÃO DO LETRAMENTO DIGITAL NO COMBATE A DISSEMINAÇÃO DE DESINFORMAÇÃO NO CIBERESPAÇO

Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Mayume Caires Moreira (UNICESUMAR)

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar a contribuição do letramento digital no combate à propagação de desinformação, bem como averiguar as repercussões da disseminação de notícias falsas aos direitos da personalidade. É por intermédio das tecnologias de informação e comunicação que os indivíduos interagem no ciberespaço. As tecnologias de informação e comunicação correspondem a toda e qualquer ferramenta que intermedeia o processo de compartilhamento de informação e facilitação da comunicação. São ferramentas utilizadas no processo de tratamento, gerenciamento e compartilhamento da informação e comunicação, que proporcionam inúmeros benefícios, não somente na atividade de disseminar informações, mas para realizar tarefas básicas do dia a dia, como comprar, vender, se comunicar, trabalhar e outros mais. O ciberespaço se apresenta como um ambiente fértil para a disseminação de desinformação, devido ao grande fluxo de informações e à falta da capacidade analítica das pessoas em identificar conteúdos falsos, em razão disso percebe-se que há na contemporaneidade uma nova necessidade, qual seja: uma educação voltada para a utilização das redes, em especial quanto a identificação de conteúdos verídicos e inverídicos. Diante dessa conjuntura em que as tecnologias de informação e comunicação são utilizadas como ferramentas de propagação de desinformação, faz-se necessário abordar as repercussões disto aos direitos da personalidade, pois esses conteúdos colocam em risco os direitos à autodeterminação informativa, à imagem, à honra, ao respeito e à integridade física e psíquica. Assim, por intermédio do método hipotético-dedutivo, cuja metodologia foi essencialmente bibliográfica realizada por meio da pesquisa de artigos e livros acerca da temática, coletados nas bases dados, em especial na EBSCO *host*, buscar-se-á responder a importante problemática a respeito de qual a contribuição do letramento digital no enfrentamento da propagação de desinformação no ciberespaço.

Palavras-Chave: Desinformação. Direitos da personalidade. Letramento digital.

REFERÊNCIAS:

- BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Trad. Roneide Venancio Majer. 23 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.
- GELFERT, Axel. Fake news: a definition. *Informal Logic*, v. 38, n. 1, p. 84-117, 2018.
- LÉVY, Pierre. Cibercultura. Trad. Carlos Irineu da Costa. 34. ed. São Paulo, 1999.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi. Os direitos da personalidade na era de disrupções tecnológicas. *Revista Jurídica (FURB)*, v. 25, n. 56, p. e9900, 2021.

46A DICOTOMIA ENTRE O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA VERSUS O ANONIMATO DO DOADOR

Orientadora Me. Mylene Manfrinato dos Reis Amaro – UniFatecie
Nathália Rodrigues de Souza – UniFatecie
Suelen Silva Ribeiro – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar a problemática entre os direitos da personalidade ao conhecimento da origem genética versus o anonimato do doador de gametas. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: em que medida o sigilo e anonimato dos doadores de gametas para técnicas de reprodução humana assistida pode influenciar no direito de personalidade da criança que venha a ser concebida pela técnica? Com base nos dados levantados, a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que a falta de sigilo diante do anonimato do doador de gametas em uma técnica de reprodução humana assistida, pode gerar futuramente conflitos entre as famílias. Considera-se pai aquele que planejou, e não aquele que gerou ou doou, livrando o doador de toda responsabilidade civil e jurídica sobre a criança que venha a nascer dessa doação. O sigilo do doador vem gerando um conflito sobre o direito da personalidade, é no direito da personalidade que permite privar de estranhos aspectos da vida íntima da pessoa. Esse tema tem um grande destaque no filme em que esse resumo está sendo fundamentado, o filme “Feita por Encomenda” foi lançado em 1993, trata-se de uma garota que descobre a partir de um tipagem sanguínea que seria impossível ser filha de quem acreditou a vida toda, pois não é fruto de uma gravidez realizada da forma convencional/natural e sim, fruto de uma inseminação artificial e também, que seu pai não é o doador do material genético. O conflito se origina quando a garota viola o sistema de registros clínicos da clínica de fertilização e descobre os dados pessoais do suposto doador. O objetivo geral do resumo consiste em avaliar os aspectos presentes no filme “Feita por Encomenda” e sua relação do direito ao anonimato do doador de gameta versus o direito da personalidade da futura criança concebida por essa doação. Os objetivos específicos do resumo consistem em, a) a inviolabilidade do anonimato do doador de gametas garantido pela legislação 2.230/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM); b) analisar o conflito gerado entre o direito da personalidade e o doador; c) quem pode ser caracterizado como pai, nos procedimentos de técnicas de reprodução humana assistida. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que atualmente as decisões no Brasil vêm sendo tomadas pela legislação 2.230/22, a favor do anonimato do doador de gametas, mas que futuramente pode acabar gerando discussões e debates sobre esse tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Reprodução Humana Assistida. Anonimato do Doador

REFERÊNCIAS:

BRASIL. [constituição de (1988)]. Constituição da república federativa do Brasil de 1988, Brasília,DF: Presidência da república[1988].
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), Resolução CFM nº 2.230/2022. Brasília, DF: CFM, 2010.
CLARA, Cristiano Dias Santa. REPRODUÇÃO ASSISTIDA: LIMITES AO ANONIMATO E SIGILO DO DOADOR, FRENTE AO DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2019.

47A DIGNIDADE NO RESGATE DO SOLDADO RYAN: ANÁLISE DO FILME A LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Nicole Vitória Simões – UniFatecie
Yara Gabriely Rodrigues Pereira – UniFatecie
Prof: Ricardo Silveira e Silva – UniFatecie

RESUMO: O objetivo do presente estudo. O filme mostra a história de um soldado que lutou na 2ª. Guerra Mundial chamado Ryan, sendo que ele tinha três irmãos, e os três morreram em conflito, sua mãe mandou uma carta para o general, dizendo que era para trazer Rayan para sua casa com vida, pois ele também estava em um conflito, com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisa realizada sobre o tema na área do direito, refletidos na bibliografia que dá sustentação ao presente estado, toma se possível afirmar, o princípio da Dignidade da pessoa humana, como diz no artigo 1º da CF/88, demonstra a importância da pessoa humana no contexto da sociedade atual. Objetivo geral do texto consiste em avaliar as ofensas que são cometidas contra os envolvidos durante guerras e conflitos armados, em especial no contexto do filme apresentado. Os objetivos específicos do texto que se refletem na sua estrutura: a) compreender o impacto das guerras e conflitos armados na vida e personalidade dos envolvidos, b) avaliar o convívio das pessoas que estão envolvidas nas batalhas e o reflexo a psiquê de cada um. O resgate do soldado Ryan, mostra o esforço dos soldados, que passaram por dificuldades e muitos morreram, mas fizeram de tudo para salvar a vida de Ryan. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante e emprego de técnicas de pesquisas bibliográficas. Conclui-se que o assunto do filme tem efeitos jurídicos da nossa sociedade de hoje em dia.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade. Guerra. Dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS:

FERMENTÃO, C.A.G.R. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. Ver. *Jurídica Cesumar*. V.6, N.1, 2006.
JÚNIOR, P.G.L. et-al. A Eficácia do Direito à Dignidade da Pessoa Humana. Ver. *Jurídica Cesumar*. V.12, N.1, 2012
MARIGHETTO, A. A dignidade humana e limite dos direitos da personalidade. Ver. *Consultor jurídico*. 21 de Agosto de 2019.

48A EVOLUÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Lucas Ferreira Mansano

RESUMO: Este trabalho foi elaborado com base em doutrinas que versam sobre a mulher no mercado de trabalho, matérias publicadas, pesquisas contendo estatística relacionadas ao tema e a visão dos doutrinadores acerca da aplicação dessas leis no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo deste trabalho é mostrar ao leitor todas as lutas que as mulheres enfrentaram ao longo do tempo para alcançar conquistas como seu espaço no mercado de trabalho com movimentos feministas. Existem muitos desafios para serem enfrentados e a luta deve permanecer enquanto tiver problemas como desigualdade de gênero, diferença salarial assédio sexual e moral no ambiente de trabalho e outros problemas de gêneros presentes na sociedade. A lei traz a proteção da mulher no mercado de trabalho na CLT, mas, como está sendo a efetividade dessas normas? O que pode ser feito para alcançar a igualdade de gênero no Brasil? O tema desse trabalho foi escolhido por se entender a importância de uma evolução de uma sociedade patriarcal. Existem muitas injustiças cometidas contra as mulheres quando se trata do mercado de trabalho, e, muitas empresas ainda abrem mais espaço para o homem do que para mulher. E, quando existe a vaga de emprego, ainda ocorre a diferença salarial mesmo quando se trata do mesmo cargo.

Palavras-chave: Patriarcal. Mulheres. Trabalho. Descriminalização. Desigualdade. CLT. Sociedade. Salário. Função.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, J. O.; NETO, A. C. *Mulheres profissionais e suas carreiras sem censura : estudos sob diferentes abordagens* – São Paulo: Atlas, 2015.
- BARROS, Alice Monteiro. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo, 2009. Disponibilidade: Rede virtual de bibliotecas.
- PERROT, M. *As mulheres ou o silêncio da história*. Bauru: EDUSC, 2005.
- PINTO, A. C. C. - *Direitos das Mulheres - IGUALDADE, PERSPECTIVAS E SOLUÇÕES 2020*.
- RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho*. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Grupo GEN, 2020.
- ROCHA, Coutinho, M.L. *Tecendo por trás dos panos. A mulher brasileira nas relações familiares*. Rio de Janeiro: Rocco. 1994.

49A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA TOMADA DA DECISÃO FAMILIAR DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS

José Sebastião de Oliveira – (UNICESUMAR)
Heloísa Fernanda Premebida Bordini – (UNICESUMAR)

RESUMO: A presente pesquisa objetivou tomar conhecimento sobre a importância que os direitos fundamentais da pessoa humana possuem ao ficar a encargo de um ente familiar responsável a aceitação ou não da doação de órgãos e tecidos, independentemente da vontade do possível doador, que não deixa testamento. Buscou-se entender todo o processo percorrido pelos familiares, desde o momento do aviso da morte encefálica, até o instante da tomada de decisão efetiva tendo em vista os fatores de influência, como a habilidade na fala e humanidade dos médicos responsáveis pelo aviso, religião, aceitação e entendimento da morte, dentre outros. A doação de órgãos e tecidos é tema de extrema relevância tendo em vista o número de mortes nas filas de espera de transplantes, além de que o número de possíveis doadores é realmente alto no país, sendo assim importante encontrar a falha no processo de doação, para que se possa diminuir maximamente as negativas familiares. A pesquisa se inicia pelo conceito de doação e transplante e relacionando a ética e os direitos fundamentais da personalidade, a segunda parte trata de histórico mundial, o brasileiro e a legislação pátria, e, por fim, a terceira trata da tomada de decisão familiar e a necessidade da educação e conscientização da importância do ato. Como metodologia foi utilizado o método dedutivo, com análise da legislação e de material doutrinário constante em livros, revistas jurídicas ou não, artigos em revistas, periódicos e internet. Também se utilizou o método hipotético, criando possíveis questionamentos para que fossem debatidas hipóteses. Neste trabalho procurou-se ressaltar a importância da vida, do respeito e da comunicação não violenta, interligados com a importância da aceitação da doação de tecidos e órgãos, que vem atrelado a uma boa educação e difundido culturalmente, com a proteção dos direitos do corpo e da personalidade, como em atos de última vontade, protegido pelo ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Doação de Órgãos e Tecidos. Direitos da Personalidade.

REFERÊNCIAS:

- ALENCAR, S.C.S. *Doação de órgãos e tecidos: a vivência dos familiares de crianças e adolescentes doadores*. Dissertação Enfermagem - UFPR. Paraná, 2006.
- BANDEIRA, A.C.P. *A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos*. Curitiba. Juruá, 2001.
- CORBIN, D. CASTELLAN, F. CASTELLANI, J.L., GALLARD, V. LHUILLIER, D. LUCIANI, H., et al. *Support for donor families: the need for a structure and psychiatric help*. Transplant Proc. 1996.

50 A LIMITAÇÃO DE IDADE PARA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Me. Mylene Manfrinato – UniFatecie
Suelen Silva Ribeiro – UniFatecie
Me. Sônia Maria Crivelli Mataruco – Unifatecie
Esp. Jaqueline Valin – Unifatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar a problemática entre a reprodução humana assistida (Ra), e a sua limitação de idade. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: em qual quesito do contexto social brasileiro, pode influenciar na decisão da idade máxima, para as mulheres que pretendem fazer uso das técnicas de reprodução humana assistida (Ra), e qual é o perfil dessas mulheres? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, refletindo na bibliografia, que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar, que o intuito da reprodução humana assistida (RA), é a geração e concepção de uma criança, sem ser por meio de relações sexuais. Há várias técnicas de reprodução humana assistida. A reprodução humana assistida (Ra), atualmente é regularizada pela legislação 2.320/2022, onde permite tanto casais homossexuais como heterossexuais, ter um filho por meio artificial, pois é garantido também na constituição o livre planejamento familiar (*art.226, §7*). Normalmente os casais procuram a técnicas de reprodução humana assistida por motivos variados, como, a infertilidade, problemas de saúde, ou por não poder gerar uma criança. Ocorre que a Resolução 2.320/2022 do CFM limita no máximo de 50 anos a idade, para a mulher realizar a reprodução humana assistida (Ra). Uma idade bastante razoável, quando levado em consideração, pesquisas sobre o risco de uma gravidez acima dessa idade. Os objetivos específicos do texto, que se refletem na sua estrutura em três seções, são: a) entender a idade máxima para a reprodução humana assistida (RA); b) investigar quais são os critérios estipulados para ter chegado a uma idade máxima na reprodução humana assistida; c) analisar a limitação de idade da reprodução humana assistida perante a Resolução 2.320/2022. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que juridicamente as decisões estão limitando a idade para reprodução humana assistida, a idade máxima é 50 anos, mas destacando que não se pode ignorar a questão social e o desenvolvimento da mulher brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Idade para procriar. Reprodução assistida.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. [constituição de (1988)]. Constituição da república federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF: Presidência da república [1988].

GONÇALVES, Daniela. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS IMPACTOS NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA. Revista Direito & Consciência, v. 1, n. 1, pp 14. jul, 2022.

COSTA, Hélio de Lima Ferreira Fernandes. Idade Materna como Fator de Risco para a Hipertensão Induzida pela Gravidez: Análise Multivariada. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia , pp 5, vol.25 jan 2004.

51 A MEDIAÇÃO COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO

Hugo Bernardo Pedro da Silva – UniCesumar
Dr. Cleber Sanfelici Otero – UniCesumar

RESUMO: Neste trabalho, há uma compreensão dos aspectos das medidas adequadas para solução de conflitos e da responsabilidade civil médica para avaliar a possibilidade de relacioná-los afim de garantir maior eficácia aos direitos da personalidade. A pesquisa se justifica tendo em vista que, atualmente, a morosidade dos processos judiciais, a dificuldade na produção de provas e até mesmo a insegurança jurídica podem acabar sendo obstáculos para efetivação de alguns direitos, especialmente nos casos em que se busca uma indenização por erro médico, já que danos morais e estéticos são frequentemente verificados nessas demandas, desta maneira, a utilização de medidas adequadas para solução de conflitos, como a mediação, podem servir de garantidores da eficácia de alguns direitos da personalidade. A Lei n. 13.140/2015, também chamada de Lei da Mediação, estabelece que a sessão de mediação poderá ocorrer mesmo que exista processo judicial ou arbitral entre as partes envolvidas, dessarte, investigar se a sua utilização nas ações de indenização por erro médico pode melhorar a tutela de determinados direitos da personalidade é de suma importância, haja vista que poderia se tornar um instrumento a mais para proteção dos direitos do ofendido, ao passo que também pode ser interessante para o profissional da saúde, evitando eventual condenação, isso sem prejudicar o direito do acesso à justiça, considerando que a mediação poderá ocorrer simultaneamente ao processo judicial ou arbitral. Ainda neste viés, observa-se que, diferente do que ocorreria na sentença, onde apenas uma das partes logra êxito, na mediação não há parte sucumbente. O objetivo geral é averiguar se a mediação, de fato, aumenta a eficácia dos direitos da personalidade e quais seriam esses direitos, pois, não havendo parte sucumbente nas sessões de mediação, é possível que não apenas os direitos de uma das partes sejam resguardados, mas de ambas. Os objetivos específicos podem ser observados ao compreender o que é e como funciona a mediação no Direito brasileiro, avaliar os aspectos doutrinários da responsabilidade civil médica e analisar se a mediação consegue se relacionar com essas demandas judiciais e aumentar a eficácia dos direitos da personalidade envolvidos. O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo, pois partirá de termos gerais para termos específicos, possuindo uma hipótese que será experimentada confirmando, ou não, se existem direitos da personalidade que são efetivados pela mediação. Para este trabalho foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Erro médico. Direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS:

- BARCELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Fabris, 1988.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. **Mediação de conflitos na gestão da saúde (médica, clínica e hospitalar): humanização do direito médico**. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 1. jan./mar., p. 170-195, Brasília, DF, 2020.

52A PRÁTICA DA EUTANÁSIA E O CONFLITO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Everson Xavier de Barros - Unifatecie
Tatiana Manna Bellasalma e Silva - Unifatecie
Meiriely Alessandra dos Santos Souza - UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar se a eutanásia efetiva a dignidade da pessoa que deseja morrer. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: em que medida a eutanásia pode ser considerada válida e eficaz para gerar efeitos jurídicos na concretização dos direitos da personalidade do indivíduo? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do direito, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo torna-se possível afirmar que a eutanásia pode ser considerada o último direito que será exercido para efetivação da dignidade da pessoa que deseja findar com sua vida. Para tanto foram estudados os direitos da personalidade para efetivação da dignidade humana, a natureza jurídica, a validade e eficácia da prática da eutanásia no Brasil. O objetivo geral do resumo consiste em avaliar os aspectos presentes no filme “como eu era antes de você” e sua relação com a eutanásia, a partir da ótica jurídica sobre o tema. Os objetivos específicos do resumo consistem em: a) analisar porque houve um aumento na discussão sobre o tema eutanásia; b) verificar porque no Brasil não é permitido essa prática; c) perquirir se a prática da eutanásia confere dignidade àqueles que estão no final da existência. O método de pesquisa utilizado foi hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que, diante da análise do filme, a eutanásia é um tema que está sendo discutido atualmente e que isso se deve em razão das circunstâncias que são impostas a pessoa humana no final de sua existência, justamente questionando em até que momento é digno prolongar a vida humana.

PALAVRAS-CHAVE: Eutanásia; Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS:

- GOMES, JULIANA DE LIMA. *A Eutanásia e o Direito: A experiência da Bélgica na aplicação da Eutanásia aos pacientes terminais de doenças graves*.
- MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. *A dignidade da pessoa humana e sua definição. Âmbito Jurídico*. Rio Grande, junho, 2018. Disponível no site. Acesso em 24/09/2022
- MOLINARI, Mario. *Eutanásia: análise dos países que permitem*.

53A PRIMAZIA DA AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS E A PROTEÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DA DIGNIDADE HUMANA

Rodrigo Valente Giublin Teixeira (UNICESUMAR)
Daniely Cristina da Silva Gregório (UNICESUMAR)

RESUMO: A autocomposição foi adotada no sistema processual civil brasileiro como uma das principais formas de resolução de conflitos, em especial por meio da conciliação e da mediação, as quais devem ser estimuladas pelos operadores do direito até mesmo no curso das demandas judiciais. Há de se destacar que esses mecanismos oferecem um tratamento adequado às mais variadas espécies de controvérsias, além, ainda, de serem marcados por externalidades positivas quando comparados aos processos judiciais, como por exemplo, menor dispêndio financeiro, maior celeridade e satisfação das partes envolvidas em razão da sua contribuição na construção do acordo que coloca fim à contenda. Faz-se necessário, todavia, verificar a aplicação dos meios autocompositivos nos conflitos que envolvem direitos essenciais e inerentes ao ser humano, haja vista que, em algumas situações, de acordo com o que dispõe a legislação e com o entendimento doutrinário, a indisponibilidade dessas garantias impede o uso da autocomposição por seu titular. A presente pesquisa se justifica no sentido de que os benefícios decorrentes dos meios autocompositivos não podem ser deixados de lado sob o fundamento da indisponibilidade absoluta de determinados direitos, isso porque, para sua mais plena garantia, certa relativização é importante e não os descaracteriza por completo, cabendo às partes e aos facilitadores se atentarem à proteção do núcleo essencial da dignidade humana. Tem-se como justificativa desta pesquisa, também, o fato de que a sociedade, seja por falta de conhecimento ou de interesse, apresenta uma resistência em compor as suas contendas, o que se intensifica quando os direitos discutidos estão relacionados a garantias que constituem o ser, como os direitos humanos e os direitos da personalidade. Objetiva-se, assim, verificar de que forma e em quais circunstâncias os meios autocompositivos podem ser utilizados para tutelar tais garantias, principalmente porque foram elevados pelo legislador como verdadeiros instrumentos efetivadores de direitos que buscam, além de desafogar o Poder Judiciário, resolver os conflitos de maneira transformativa e atingir a pacificação social. A partir do método dedutivo e da metodologia bibliográfica, utilizar-se-á da análise da legislação interna, de diversas obras e de artigos científicos para compreender a primazia da autocomposição dos conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, suas características e, finalmente, como funciona sua aplicação nos casos em que o direito tutelado não pode – em regra – ser objeto dos seus mecanismos.

PALAVRAS-CHAVE: Autocomposição. Direitos da Personalidade. Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS:

- CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

54A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EM “QUEDA LIVRE”: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS A LUZ DO EPISÓDIO DO SERIADO BLACK MIRROR

Tatiana Manna Bellasalma e Silva (UniFatecie)
Abner Henrique de Souza Oliveira (UniFatecie)
Danyelle Reis Jovino (UniFatecie)

RESUMO: O resumo busca avaliar as novas configurações no mundo globalizado e tecnológico e os desafios às normas em regulamentar e sistematizar no que tange ao online e os reflexos nos direitos da pessoa natural. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: até que ponto a internet e seus inumeráveis atributos ditam e influenciam na realidade do indivíduo e como direitos fundamentais podem ser relativizados pela liquidez contemporânea? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que a aceleração compulsiva da realidade impulsionada pela volatilidade da tecnologia produz a liquefação das relações com o meio como também, com o indivíduo. Dessa forma, os limites das vivências virtuais transbordam ao mundo real e afrontam os direitos personalíssimos dos envolvidos. Para esse objetivo, foram estudados o conceito do escritor e sociólogo Polonês Zygmunt Bauman, intitulado “Modernidade Líquida” e obras no que versam sobre direitos da personalidade e o entendimento sobre a inviolabilidade da pessoa natural. O objetivo geral do texto consiste em avaliar a eficácia jurídica frente ao avanço tecnológico, a digitalização da vida em sociedade. Os objetivos específicos do texto, abordados na série “Black Mirror”, no primeiro episódio da terceira temporada, que se refletem na sua estrutura em duas seções, são: discutir a garantia legal da pessoa humana mediante o princípio de irrenunciabilidade e verificar a eficácia jurídica quanto a regulamentação dos direitos e deveres nas esferas digital e física e seus reflexos no cotidiano. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se, portanto, que o desenvolvimento da inteligência virtual é um fenômeno atual e que ditará a realidade futura. No entanto, a assecuração de um direito ou a busca por uma realização individual não podem estar submetidos ao “status” ou a uma aprovação como o “like”, mas sim por uma jurisdição sólida que busca normatizar o progresso social e sua constante mudança.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Digital. Direitos da personalidade. Sociedade da informação.

REFERÊNCIAS:

- DE OLIVEIRA FRAGOSO, Tiago. **Modernidade líquida e liberdade consumidora: o pensamento crítico de Zygmunt Bauman.** Perspectivas Sociais: Rio Grande do Sul 2011.
- GOMES, Cleide. **Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito** subtítulo da obra. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado: Maringá, 2007.
- AZAMBUJA, Patrícia. CECÍLIA, Perri. **Filosofia e distopia seriadas: sobre Black Mirror e suas relações entre humanos e técnicas.** Revista Ícone, Recife, Vol. 16, julho de 2018. Acesso em 18/09/2022.

55A TORTURA E A DITADURA CAMINHAM JUNTOS

Prof. Me. Camila V. Rodrigues da Silva Moreira – UniFatecie
Maíza Harumi Dobis Yamaguro – UniFatecie
Karina Ribeiro Campos – UniFatecie

RESUMO: A prática de tortura é absolutamente proibida e considerada violação gravíssima aos Direitos Humanos. Os problemas que norteiam a pesquisa é resumido na seguinte pergunta: Mesma após a ditadura militar existe tortura da mesma forma no Brasil? Com base nos dados levantados cerca de 400 denúncias anuais que a Comissão recebe CDHM (comissão dos direitos humanos e minorias), as principais vítimas são pessoas privadas de liberdade sob custódia do Estado. A tortura é um Regime antidemocrático na sociedade assim como a ditadura, trazendo como objetivo e método de manipulação. O conceito de regime antidemocrático é utilizado para intimidar e conseguir informações, onde a população obtém medo de ser torturado. Sendo praticado por agentes de segurança pública, como policiais e agentes penitenciários, segundo Márcio Araújo secretário da CDHM. A tortura é um Regime antidemocrático na sociedade assim como a ditadura, trazendo como objetivo e método de manipulação. O conceito de regime é utilizado para intimidar e conseguir informações, onde a população obtém medo. Torna-se possível afirmar que apesar dos avanços com a Constituição de 1988 determinando que a prática é proibida no Brasil. A diferença de Tortura e Ditadura: levando em consideração que a LEI Nº 9.455, de 7 de abril de 1997 crime constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, obteve uma modificação significativa sobre as questões que define os crimes de tortura, não foi suficiente para a extinção desse ato. O objetivo geral dessa pesquisa é conscientizar e mudar o modo de pensar da sociedade. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, técnica de pesquisa bibliografia, documental e cinematográficas, sendo assim, conclui-se acerca do tema tortura que apesar de existir lei que tem como objetivo garantir os direitos humanos, ainda possui esse tipo de atos em nossa sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Tortura. Direito. Humanos.

REFERÊNCIAS:

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democra-
cia possível. São Paulo: Saraiva, 1972.
BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

56 A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E AS INJUSTIÇAS DO SISTEMA JUDICIÁRIO.

Fabiola Cristina Carrero (UNIFATECIE)
Gabriely Alexandre Barbosa Corrêa. (UNIFATECIE)
Michele Freitas. (UNIFATECIE)

RESUMO: O resumo busca avaliar as condições de tratamento oferecidas aos carcerários com deficiência mental. O problema que orienta a pesquisa, pode ser sintetizado na seguinte pergunta: em que medida a negligência das autoridades policiais interfere na vida de um portador de doença mental, retido injustamente? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto da pesquisa realizada sobre o tema na área do Direito refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que ao determinar a prisão de determinado sujeito, o Estado deve ter todos os indícios previstos em lei para que tal encarceramento definitivamente aconteça, para que não ocorram injustiças em cada caso concreto. O objetivo geral do resumo consiste em avaliar os aspectos presentes no filme “O MILAGRE DA CELA 7” e sua relação com a garantia dos direitos humanos. Os objetivos específicos do resumo consistem em: a) Avaliar o disposto no Art.1º, § 1º da Constituição Federal de 1988, onde diz que: Constituem direitos humanos sob a proteção do CNDH os direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivos ou sociais previstos na Constituição Federal ou nos tratados e atos internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil. b) Analisar o problema da frequente prisão de inocentes e a negligência aos portadores de doenças mentais. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que diante dos fatos, antes de tomar qualquer decisão referente ao suposto infrator, os agentes representantes do Estado devem conter justificativa para tal ação.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Doenças mentais. Prisão de inocentes.

REFERÊNCIAS:

- MARQUES S.F., Marden; BUENO, Paula. **Direito à saúde mental no sistema prisional: reflexões sobre o processo de desinstitucionalização dos HCTP.** E-book.
- DA SILVA, Sidney Pessoa Madruga. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book.
- DOS SANTOS, Aline Brauna et al. **Saúde mental, humanização e direitos humanos.** Cadernos Brasileiros de Saúde Mental/Brazilian Journal of Mental Health, v. 10, n. 25, p. 01-19, 2018. E-book.

57 AS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE PROVA E AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Rodrigo Valente Giublin Teixeira - UniCesumar
Thaís Nanni Alexandrino - UniCesumar

RESUMO: Com o advento das redes sociais virtuais, a vida ficou exposta e aos poucos os processos judiciais passaram a utiliza-las como meio de prova. Nesse sentido, a exposição de uma vida ostensiva nas redes, já fizeram pessoas perderem o benefício da gratuidade da justiça, devedores de alimentos, que alegam não possuir recursos, foram condenados e diversos outros casos vêm ocorrendo diariamente nos tribunais brasileiros. Diante dessa vigilância moral, os direitos da personalidade passam a ser questionados, afinal, embora exposto na rede, a privacidade e a liberdade de expressão vêm sendo violadas. Neste ponto, SILVA (1994, p.190) afirma que “A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: a) ao segredo da vida privada; e b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros (...)” Por outro lado, o Código de Processo Civil não veda a utilização de *prints* das redes sociais virtuais como meio de prova, na medida em que o art. 369, CPC não exclui as provas que não encontram-se expressas no código, senão veja-se: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.” Com base nesse dispositivo, alguns autores afirmam que as redes sociais podem ser utilizadas como meio de provas, é o caso de PEREIRA (2020, p. 103): “(...) podemos concluir que as publicações efetuadas nas redes sociais por pessoas capazes têm a natureza jurídica de confissão. Assim, podem ser utilizadas como provas nos processos judiciais, desde que confirmada sua autenticidade e que estejam em harmonia com o conjunto probatório constante dos autos”. Dessa forma, diante dessas duas vertes, o objetivo do presente estudo é pautado na questão: As redes sociais virtuais, quando utilizadas como meio de prova em processos judiciais violam os direitos da personalidade? Responder esta questão é de significativa importância tanto para o direito processual quanto para o direito da personalidade. Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo e se desenvolverá por pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade. Vigilância Moral. Provas Processuais.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 2015.

PEREIRA, Juliana de Maria. *A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão*. Revista: LA FUERZA INSTITUCIONAL DE LA ABOGACÍA PÚBLICA EN EL CONTEXTO EUROPEO. Santiago de Compostela: 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

58 A INSUFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE AMPARO SOCIAL À MATERNIDADE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO À LIBERDADE COMO DIREITO DE PERSONALIDADE DA MULHER

Carolina Gandoldo Davanzo Jardim Siqueira Santiago

RESUMO: O presente trabalho tem como tema central a falta de políticas públicas que promovam a permanência de mães trabalhadoras no mercado de trabalho no Brasil, ocasionando reflexos na sociedade que impedem a mulher de exercer plenamente o direito à liberdade e consequentemente seus direitos da personalidade. Nesse tocante, tem-se como justificativa a condição vulnerável da mulher, que mesmo conquistando espaço no mercado de trabalho, ainda se encontra na cultura brasileira questões relacionadas à discriminação em relação ao gênero feminino. Embora tenha havido avanços sociais e jurídicos, a mulher, por vezes, ainda é tratada de forma desigual e vista com preconceito, sendo coisificada e, não raras vezes, restrita ao espaço doméstico, devendo dar atenção, às atividades que demandam um pensamento social do fazer feminino. Quando decide continuar inserida no mercado de trabalho após ter um filho, diverso da expectativa social, em busca de continuar com uma carreira profissional, a mulher, sofre restrições e julgamentos pela sociedade e consequentemente pela família. Invariavelmente mulheres têm seus direitos violados dentro do ambiente laboral, realizando dupla jornada, recebendo um salário inferior aos mesmos cargos e funções ocupados pelo gênero masculino, sofrendo discriminação principalmente quando da gravidez, ao tentar integrar-se ao ambiente de trabalho. Por não haver uma infraestrutura que ampare as mães trabalhadoras e nem uma educação de *"home skills"* (habilidades domésticas) que abranja homens e mulheres, os encargos e cuidados domésticos não remunerados acabam recaindo sobre as mulheres. Vale ressaltar, que, nesse contexto, as mulheres economicamente hipossuficientes, muitas vezes, sofrem uma dupla sobrecarga quando são contratadas para atender os cuidados das famílias mais privilegiadas, enquanto cuidam, também, das necessidades da sua própria prole. A metodologia empregada para o estudo foi o método indutivo, partindo de questões particulares para o geral. A pesquisa será teórica e será realizada, principalmente, por fundamentação bibliográfica, existente acerca da problemática.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas. Maternidade. Direito à liberdade, Direitos da Personalidade.

REFERÊNCIAS:

FERNANDES, F. S.; NASCIMENTO, J. X. Conquistas e desafios das políticas públicas para a maternidade: reflexões sobre a licença parental como instrumento de equidade de gênero. *Revista Sociais e Humanas, /S. L./*, v. 34, n. 1, 2021.

ANDRADE, Luiza Lobato. *Gênero, trabalho e bem-estar social na América Latina: um estudo das políticas de licenças maternidade, paternidade e parentais no Brasil, Chile e Uruguai*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Universidade de Brasília, 2018

TROPIA, Marcela Lacerda. *Maternidade & carreira: experiências de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) do governo do Estado de Minas Gerais*. Monografia (Graduação em Administração Pública), Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte (MG), 2016.

59 DIREITOS DO CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Oscar Ivan Prux – Unicesumar
Wellington Junior Jorge – Unicesumar

RESUMO: Este trabalho aborda a importância do respeito aos direitos humanos dos consumidores quando em situação de hipervulnerabilidade. Destaca-se que em prol da proteção de todas pessoas naturais (sejam natos, naturalizados ou estrangeiros), a Constituição Federal (art. 1º, III) estabelece a dignidade humana como um princípio fundamental. E o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) em seu art. 4º, inc. I reconhece a pressuposta vulnerabilidade do consumidor, a qual, quando agravada, caracteriza a condição de hipervulnerabilidade, que deve ser apurada no caso concreto para justificar a aplicação de proteções específicas (por exemplo: as previstas no CDC, art. 6º, VIII). Entretanto, observe-se que há pessoas cujas características são mais sujeitas a essa condição (de hipervulnerável), como é o caso das crianças, dos idosos, dos deficientes físicos ou mentais, dos enfermos, dos analfabetos, dentre outros. Por isso, o inc. IV, do art. 39, do CDC prescreve que é prática abusiva, o fornecedor no sentido de impingir seus produtos ou serviços ao consumidor, prevalecer-se da fraqueza ou ignorância deste último, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social. E esse sentido de proteção para o hipervulnerável deve começar já no cumprimento do dever de informação que deve ser composta de conteúdo, advertência e aconselhamento, como enfatizou o Ministro Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, relator na decisão do Recurso Especial 586.316/MG (2ª turma cível do STJ em 19 de março de 2009). Tendo como norte os direitos humanos, fundamentais e da personalidade, o objetivo que se busca, então é investigar os problemas que podem ocorrer nessa área e como o direito responde ou deveria responder a essa problemática. Complementando, consigna-se que no desenvolvimento deste trabalho, o método hipotético dedutivo será utilizado, com pesquisas bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Consumidor. Hipervulnerável.

REFERÊNCIAS:

- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
THEODORO JÚNIOR, Humberto *Direitos do consumidor*. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.
PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

60 DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE: O CONSUMIDOR E A LGPD

Oscar Ivan Prux – Unicesumar
Wellington Junior Jorge – Unicesumar

RESUMO: O presente trabalho tem como premissa abordar aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei 13.709/18) no que tange o vazamento de dados do consumidor e como esse tipo de irregularidade pode afetar os direitos deste. Dentre outros, direitos como o resguardo da privacidade, da intimidade, da imagem, da voz e de dados são o objeto da LGPD que em diálogo das fontes com o Código de Defesa do Consumidor, compõe parte importante da legislação que rege essa área. Assim, o problema de pesquisa centra-se em saber, tendo em vista estas novas situações, quais as consequências factuais e jurídicas decorrentes da manipulação inadequada e da utilização desvirtuada (ilícita) dos dados dos consumidores, seja esta praticada pelo fornecedor ou por terceiro. E quais os impactos disso considerada a proteção dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade do consumidor; tudo levando em consideração a vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade deste em suas relações de consumo. Justifica-se esta pesquisa considerando os efeitos dessas transformações tecnológicas na sociedade como um todo e nas relações de consumo em específico, contexto este que gera novas circunstâncias com potencial de lesar o consumidor em suas incolumidade econômica-patrimonial e, no que é mais importante, em sua incolumidade físico-psíquica; repercutindo nos direitos da personalidade deste. Assim, a luz da LGPD, CDC e outras normas relacionadas a área, o objetivo do trabalho reside em examinar as diversas facetas envolvidas nessa problemática intrinsecamente ligada a direitos fundamentais, fazendo isso com a utilização do método hipotético dedutivo e amparo em pesquisas bibliográficas em material de reconhecida qualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Consumidor. Hipervulnerável.

REFERÊNCIAS:

- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GARCIA, Lara Rocha (Org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): guia de implantação**. São Paulo: Blucher, 2020.

61 DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DE HIV/AIDS NO TRABALHO

Prof. Me. Aline de Menezes Gonçalves – UniFatecie
Claudemir Henrique dos Santos – UniFatecie
Maria Viviane Cardoso de Sousa – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar até que ponto o preconceito ao portador de HIV/AIDS, interfere na vida e na decisão do juiz sob a ótica do filme Filadelfia. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: Em que medida da dispensa por justa causa do trabalhador portador do vírus HIV/AIDS, será considerado válido no ordenamento jurídico brasileiro? Com base nos dados levantados, a partir de um conjunto de pesquisa realizada sobre tema na área do direito, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente assunto, torna-se possível afirmar que a nossa legislação vigente, assegura todos os direitos ao portador do vírus HIV/AIDS. Para tanto, foram estudados os princípios constituintes dos direitos sociais; a lei que regula a relação individual e coletiva de trabalho e a lei que obriga a preservação do sigilo sobre a condição de pessoa que vive com infecção pelos vírus da imunodeficiência. O objetivo geral do resumo, consiste em avaliar os aspectos presente no filme Filadelfia e a eficácia jurídica com relação aos direitos trabalhista. O objetivo específico do resumo, se refletem em sua estrutura em três seções, são: a) a ofensa à dignidade do trabalhador portador do vírus HIV/AIDS e ao princípio da igualdade; b) a proibição da discriminação é garantia constitucional; c) a garantia dos direitos humanos ao local de trabalho. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante e emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se, que não basta somente a proteção jurídica oferecida, mas sim a existência de procedimentos judiciais efetivos, que possam ser invocados, pelas pessoas que acreditam ter sido alvo de discriminação.

PALAVRAS-CHAVE: HIV/AIDS; descriminação; estigmatização; causa trabalhista.

REFERÊNCIAS:

- BRASIL. **Constituição de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2022.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: 1943.
- DA SILVA BITTENCOURT, Luiz Antônio. A ESTABILIDADE PROVISÓRIA NA RELAÇÃO DE TRABALHO PROPORCIONADA PELA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Revista Científica UNIFAGOC-Jurídica*, v. 4, n. 1, 2019.
- GUNTHER, Luiz Eduardo; BARACAT, Eduardo Milléo. O HIV e a AIDS: preconceito, discriminação e estigma no trabalho.. *Revista Juridica*, [S.L.], v. 1, n. 30, p. 398-428, maio 2013. ISSN 2316-753X.

62 DURAÇÃO E INTENSIDADE DA JORNADA DE TRABALHO NO BRASIL

Prof.Me. Aline de Menezes Gonçalves – Unifatecie
Rayra Moura Santos Crespi – Unifatecie
Cátia Aparecida Ribeiro Campos – Unifatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar até que ponto o trabalhador tem seus direitos assegurados, tendo como base o filme *Germinal*. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: Em que medida a jornada de trabalho disciplinada por meio da CLT efetiva a dignidade do trabalhador no Brasil? Com base nos dados levantados, a partir de um conjunto de pesquisa realizada sobre tema na área do direito refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente assunto, torna-se possível afirmar que a nossa Constituição assegura ao trabalhador uma jornada de trabalho justa garantindo assim o seu direito ao descanso. Para tanto, foram estudados os princípios constitucionais do direito do trabalho. O objetivo geral do resumo, consiste em avaliar os aspectos presente no filme *Germinal* e a sua relação com a jornada de trabalho no direito trabalhista. O objetivo específico do resumo, se refletem em sua estrutura em três seções são: a) a jornada de trabalho no Brasil; b) condições de trabalho; c) remuneração justa. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que diante da análise do filme *Germinal* no Brasil toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

PALAVRAS-CHAVES: direito trabalhista; jornada de trabalho; remuneração justa.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.542, de maio de 1943.

Frederico Gonçalves Cezar, O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA CLT: HISTÓRICO DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS BRASILEIRAS EM 1943.

63 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Professor(a): Mylene Manfrinato dos Reis – Unifatecie
Acadêmica: Aline Viscardi Soares da Silva – UniFatecie
Acadêmica: Ketlin Caroline Quirino Ramos – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar a problemática entre a inseminação artificial e a quebra de sigilo do doador do material genético. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: em que medida a quebra de sigilo do doador viola os direitos da personalidade? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do direito, refletindo na bibliografia, que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar, que o existe um conflito entre o direito ao conhecimento da origem genética e o anonimato do doador anônimo. Por meio da Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina é assegurado ao doador anônimo o sigilo de sua identidade, podendo ser revelado apenas em situações excepcionais que a criança necessite de tais informações para tratamento médico. O objetivo geral do presente resumo, consiste em avaliar em que medida um direito irá sobressair sobre o outro. Os objetivos específicos do texto, que se refletem na sua estrutura em uma seções, é: a) avaliar o conflito entre o direito ao anonimato do doador e o direito ao conhecimento da origem genética com base no direito e no filme "Feito sob encomenda". O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que ambos os direito ora analisados são direitos da personalidade, nesse sentido, é necessário uma ponderação de direitos para que no caso concreto seja respeitado aquele que irá trazer menos prejuízos.

PALAVRAS-CHAVE: Autodeterminação, Clínica, Quebra de sigilo.

REFERÊNCIAS:

SPODE, Sheila, and Tatiana Vanessa Saccol da Silva. "O direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo." *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* 2.3 (2007).
ZANATTA, Andréa Mignoni, and Germano Enricone. "Inseminação artificial: doação anônima de sêmen e a possibilidade jurídica de quebra de sigilo." *Perspectiva* 34.126 (2010): 103.
QUEIROZ, Juliane Fernandes. "Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial." Belo Horizonte: Del Rey (2001): 67.

64 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Carolina Gandoldo Davanzo Jardim Siqueira Santiago

RESUMO: O presente trabalho visa estudar as relações entre um meio ambiente do trabalho equilibrado e a efetivação dos direitos da personalidade do trabalhador. É assegurado como direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro um ambiente ecologicamente equilibrado para que todos alcancem uma sadia qualidade de vida. A amplitude dada pelo ordenamento constitucional à proteção do meio ambiente, compreende todos seus aspectos, tanto no meio ambiente natural, quanto no meio ambiente artificial, incluindo assim o meio ambiente de trabalho. Vale ressaltar que, no conceito de meio ambiente de trabalho está vinculado não somente o local onde é desempenhada a atividade laboral, mas também, tudo o que interage com este ambiente e todos os encargos necessários para que tais atividades se realizem. É no ambiente de trabalho que se passa a maior parte do tempo, nele é construído relações de competência e convivência, que afetam direta e indiretamente na vida, honra, imagem, integridade física e psíquica, dentre outros direitos da personalidade do trabalhador. As rápidas mudanças e exigências proporcionadas pelo mercado de trabalho, as novas tecnologias, as relações pessoais e o próprio trabalho em si, além do meio ambiente geral, podem sobrecarregar os indivíduos, trazendo desequilíbrio para o ambiente de trabalho. Sendo que esse desequilíbrio pode afetar os trabalhadores de diversas formas. Nesse sentido, quando o meio ambiente do trabalho não se encontra equilibrado, não há a devida efetivação dos direitos da personalidade. E segundo a Consolidação das Leis do Trabalho a responsabilidade pelos riscos da atividade é do empregador, incluindo o dever de proteção do meio ambiente do trabalho. Por esse dever geral de cautela, deve o empregador proporcionar segurança, higiene e saúde para seus empregados, para preservar a integridade física, psíquica e moral destes. No presente estudo foi utilizado o método dedutivo, além de pesquisa teórica em livros, artigos, jurisprudência, legislação e dados estatísticos fornecidos por pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente. Meio ambiente do trabalho. Direitos da personalidade.

REFERENCIAS:

LOPES, Alexander Neves. et al. Meio ambiente de trabalho equilibrado como instrumento de proteção da saúde do trabalhador e de toda a coletividade. **Direito em Foco**, ed. 07, 2015.

MENEZES, K. R. A. Meio Ambiente do Trabalho Como Direito Fundamental. **Face Faculdade**.

SOUZA, Priscila Barboza de; SILVA, Leda Maria Messias da. A relação entre o meio ambiente de trabalho e as doenças psicossomáticas e casos de ler/dort que acometem trabalhadores de frigoríficos, analisada sob a luz do princípio da dignidade humana.

65 O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DIGNO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS DOCENTES DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO

Nadine Girardi Alves – UNICESUMAR
Profa. Orientadora Dra. Leda Maria Messias da Silva – UNICESUMAR

RESUMO: O exercício da docência, assim como a relação de emprego estabelecida entre professores e instituições privadas de ensino superior vem passando por transformações decorrentes da ampla incorporação de tecnologias e da facilitação do tratamento de dados pessoais desses indivíduos, assim como ocorre nas demais relações sociais. De fato, o acesso e operacionalização desenfreada, e até mesmo, mal regulada, de informações particulares representa maior exposição a riscos relacionados aos direitos desses profissionais, como a privacidade, a intimidade e a liberdade de cátedra, por exemplo. Além disso, os professores universitários enfrentam a problemática da precarização da docência, com o crescimento do ensino à distância e a fragmentação das atividades laborativas, somando-se, ainda, aos impactos causados pelas mudanças abruptas e emergenciais trazidas pelo contexto da pandemia, as quais agravaram as condições de trabalho docente, embora tenham sido necessárias diante da crise de saúde instalada. Em suma, o avanço tecnológico modificou a prática laboral destes professores em suas relações, de forma indevida, por exemplo, através do uso dos dados dos professores (imagem, voz etc.), através das gravações das aulas, em sala de aula, mesmo quando o ensino voltou a ser presencial e a pandemia já não o exigia. Dessa forma, justifica-se a presente pesquisa ante a relevância do estudo acerca desta realidade fática de trabalho, considerando suas modificações contemporâneas, para o aperfeiçoamento do direito, no que se refere à proteção de dados pessoais e dos direitos da personalidade nas relações de trabalho entre professores e instituições privadas de ensino superior, tendo em vista o papel fundamental desempenhado pelos docentes para o desenvolvimento da sociedade como um todo, uma vez que são responsáveis pela formação dos demais profissionais. Assim, a partir do método indutivo, e por meio da pesquisa bibliográfica em literaturas, assim como em legislações e outras fontes que possam interessar para a temática proposta, a presente pesquisa visa analisar a importância e a suficiência das normas dispostas pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial, pela Lei Geral de Proteção de Dados, com o objetivo de promover uma cultura de proteção dos direitos da personalidade dos empregados-docente, incluindo o direito à proteção de dados, para a construção de um meio ambiente de trabalho digno.

PALAVRAS-CHAVE: Docência. Direitos da personalidade. Proteção de dados. Relação de trabalho.

REFERÊNCIAS:

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011. SILVA, Leda Maria Messias da; ALVES, Nadine Girardi. Precarização da docência: os direitos da personalidade frente ao trabalho remoto. **Revista do direito do trabalho e meio ambiente do trabalho**, v. 7, p. 92-113, 2022. SILVA, Leda Maria Messias da; PEREIRA, Marice Taques. **Docência (In)digna: o meio ambiente laboral do professor e as consequências em seus direitos da personalidade**. São Paulo, SP: LTr, 2013

66 PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA x ELEVAÇÃO DE PREÇOS SEM JUSTA CAUSA

Judith Aparecida de Souza Bedê (UNIFATECIE)
Tatiane Dariva Guassu (UNIFATECIE)

RESUMO: Sabe-se que a precificação da maioria dos produtos e serviços não são tabelados, ao tempo que os fornecedores possuem liberdade, pautados na livre iniciativa e concorrência, estabelecida pelo art. 170, IV, da Constituição Federal. Por sua vez, o referido dispositivo legal, assevera que esta ordem econômica, a qual tem por finalidade assegurar existência digna a todos, deve observar, dentre outros princípios, a defesa do consumidor (art. 170, V, CF). Embora, via de regra, haja liberdade para aplicar os preços em produtos e serviços, cumpre ressaltar que a livre iniciativa não é uma "carta branca", pela qual o fornecedor pode se utilizar para realizar essa precificação de forma aleatória e injusta, não sendo admissível o aumento injustificado dos preços. É inaceitável que o exercício da livre iniciativa ocorra em detrimento da defesa do consumidor. Até porque esta última está entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna (art. 5º, XXXII, CF) e, portanto, não pode ser marginalizada. O art. 39 do CDC estabeleceu um rol exemplificativo de práticas abusivas, sendo estas vedadas aos fornecedores. Elevar sem justa causa o preço do produto ou serviço é uma destas práticas repelidas pela norma protetiva consumerista, assim como exigir vantagem manifestamente excessiva dos consumidores. O estudo em questão se justifica diante da necessidade de se estabelecer um pensamento crítico acerca do assunto, a fim de se posicionar de maneira consciente. Este trabalho tem por objetivo expor a importância do estudo e conhecimento acerca da matéria, apresentando seus conceitos básicos. Trabalho realizado através de pesquisa teórica, jurisprudencial e com base na própria legislação. No escopo de descrever a realidade contemporânea, optou-se pela pesquisa bibliográfica em livros, sites e periódicos, priorizando a pesquisa de natureza qualitativa para, em seguida, buscar resultados propositivos para encontrar a solução para o impasse da Liberdade. Desse modo, o procedimento de pesquisa eleito foi o hermenêutico, com abordagem sistêmica.

PALAVRAS-CHAVE: Livre iniciativa. Elevação de preços. Defesa do consumidor.

REFERÊNCIAS

BEDÊ, Judith Aparecida de Souza & RUIZ, Ivan Aparecido. Direitos fundamentais, mediação e acesso à justiça. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF.
BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF.
TJPR, 1ª Turma Recursal - 0004792-23.2017.8.16.0117 - Medianeira. Relatora: Juíza Vanessa Bassani, julgamento em 26.10.2020.

67 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Orientadora Me. Mylene Manfrinato dos Reis Amaro – UniFatecie

João Paulo Barbosa Corrêa – UniFatecie

Laura Carvalho Boeing- UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar como a reprodução humana assistida heteróloga efetiva os direitos reprodutivos dos casais homoafetivos. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: diante do vácuo legislativo, como proteger os direitos fundamentais das famílias formadas por relações de filiação decorrente da reprodução assistida e de vínculos socioafetivos? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do direito, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que diante do modelo de filiação definido pelas práticas sociais e pelo progresso biotecnológico da medicina, é urgente a existência de uma legislação específica e robusta para proteger os direitos fundamentais das famílias formadas por vínculos decorrentes da reprodução assistida, alicerçadas na presunção absoluta de maternidade/paternidade e que se estruturam na socioafetividade. A família é o lugar onde as relações de parentela se concretizam, gerando inúmeras implicações aos envolvidos e, por ser a reprodução humana assistida heteróloga um modelo de reprodução em desenvolvimento, o sistema jurídico nacional ainda não se debruçou sobre esta importantíssima realidade social, que reflete diretamente nas relações de filiação. Relevante destacar a impossibilidade legislativa de abarcar todas as viabilidades de maternidade/paternidade possíveis no universo da medicina, em consequência do veloz desenvolvimento tecnológico, porém, ante a dimensão desta realidade social, é imprescindível a proteção dessas relações familiares. O presente estudo reforça a importância das orientações bioéticas e de um estudo civil-constitucional, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, para que se possa alcançar respostas suficientes. O objetivo geral do texto consiste em avaliar os aspectos presentes no filme “Minhas mães e meu pai”, e sua relação com a filiação socioafetiva. Os objetivos específicos consistem em: a) trazer conceitos acerca da reprodução humana assistida heteróloga, formação da família e relações de filiação; b) destacar que no direito pátrio não há uma lei específica acerca da reprodução assistida, havendo apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM nº 2.230/2022; c) propor a proteção das relações familiares, pautando-se pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O método da pesquisa utilizada foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana. Reprodução Humana Assistida. Socioafetividade.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição** da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

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

FALCÃO, Karla Kruschewsky. **Reprodução assistida heteróloga e filiação socioafetiva**.

68 RESUMO DA “TUTELA POST MORTEM DIGITAL DE PERFIS EXPLORADOS ECONOMICAMENTE: UMA PROPOSTA DE ARQUITETURA DE REDE PARA O INSTAGRAM”

Prof^a Priscila Alves de Brito (UNESPAR)

Aluna: Carolina Trova (UNESPAR)

Aluno: Luciano Lucas Borim (UNESPAR)

Aluna: Thaís Ayumi Ishikawa (UNESPAR)

RESUMO: Em sua obra “TUTELA POST MORTEM DIGITAL DE PERFIS EXPLORADOS ECONOMICAMENTE: UMA PROPOSTA DE ARQUITETURA DE REDE PARA O INSTAGRAM”, os autores Fabrício Manoel Oliveira, Fernanda Marinho Antunes de Carvalho e Giuliana Alves Ferreira de Rezende expõem os aspectos da discussão referente à herança digital, quanto ao perfil do Instagram do *de cuius*. Com as transformações sociais, o Instagram tornou-se uma ferramenta de trabalho, sendo fonte de renda para muitas pessoas. A partir de uma explanação das mudanças causadas pelo uso das redes sociais, são discutidos os aspectos jurídicos da herança quando o patrimônio da sucessão consiste em bens digitais. Nesta rede o perfil público do usuário é atrelado à caixa de mensagens, portanto, surgem dúvidas quanto aos aspectos patrimoniais passíveis de transmissão. Cria-se o questionamento de como seria possível a transmissão da conta, de maneira que os herdeiros não sejam privados dos bens e que a privacidade do *de cuius* não seja invadida. Desde 2012, 12 propostas legislativas foram apresentadas em matéria de transmissão de patrimônio digital. Dentre elas, poucas tratavam da proteção da privacidade do *de cuius*. Isto mostra a necessidade do aprimoramento da discussão quanto aos aspectos da *tutela post mortem* digital. Analisando a estrutura do Instagram, não há como destacar os dados remetentes à matéria de sucessão do *de cuius* devem ser preservados. Com isso, Marcel Leonardi conclui que a solução seria a combinação entre a legislação comum e a própria estrutura da rede, que juntas resolveriam as lides de matéria virtual. Para compreender a proposta, é preciso conhecer o princípio end-to-end, que descreve a formação da rede como uma contribuição igualitária e interdependente entre os usuários, além de partir da premissa de que a legislação comum é falha em alguns pontos do mundo virtual. Logo, o controle do uso da rede não deve ser centralizado, mas sim se estabelecer sobre o pilar da contribuição dos usuários. No entanto, a conduta dos usuários não é facilmente identificada, o que criaria a necessidade de que a própria rede mudasse sua arquitetura, separando a caixa de mensagens da plataforma das demais funções. Desta maneira, os sucessores jamais teriam acesso aos dados privados do *de cuius*. Com isso, alterando o funcionamento do próprio aplicativo do Instagram, a privacidade do *de cuius* seria mantida, o patrimônio transmitido e não seria necessária a intervenção do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Herança digital. Instagram. Internet.

REFERÊNCIAS:

LEAL, Lúvia T. Internet e Morte do Usuário: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede. LMJ Mundo Jurídico, 2018.

LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

RODOTÀ, S. A Vida na Sociedade de Vigilância: a privacidade hoje. Renovar, 2008.

69 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Orientadora Prof.^a Me. Mylene Manfrinato dos Reis Amaro. – UniFatecie
Amanda Charamitaro. – UniFatecie
Isabele Crivelli Araújo. – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar como as técnicas de reprodução humana assistida pode se concretizar no livre planejamento familiar. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: em que medida a infertilidade interrompe um projeto de vida pessoal e do casal, violando os direitos reprodutivos? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito; refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, toma-se possível afirmar que as técnicas de reprodução humana assistida são, instrumentos oriundos da evolução tecnológica que proporcionam a realização do sonho do nascimento do filho. E que por meio tradicional não conseguem alcançar a concepção. Para tanto, foram estudados os princípios constitucionais do Direito da Família, natureza jurídica, validade e eficácia; as técnicas de reprodução humana assistida e a aplicabilidade no direito familiar. O objetivo geral do resumo consiste em avaliar os aspectos presentes no filme "Mais uma Chance", e sua relação com concretização do livre planejamento familiar por meio da fertilização em concretização do livre planejamento familiar por meio da fertilização in vitro. Os objetivos específicos do resumo, consistem em: a) analisar o direito reprodutivo interrompido pela infertilidade; b) verificar os desafios do processo até a concepção do filho; c) técnicas que inovaram a reprodução humana assistida. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante é emprego de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que diante disso a infertilidade e a dificuldade da reprodução humana assistida pode violar os direitos do planejamento familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução, Infertilidade, Concepção.

REFERÊNCIAS:

- JUBERT GOUVEIA KRELL, Olga - **Título da Obra:** Krell, Olga Jubert Gouveia. "Reprodução humana assistida e filiação civil." *Curitiba: Juruá* (2006).
- SOUZA, Marise Cunha de. "As técnicas de reprodução assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética." *Revista da EMERJ* 13.50 (2010): 350-351
- CORREIA CHAGAS, Márcia; ALICE PINHEIRO NOGUEIRA, Maria. **Título da Obra:** "Maternidade de sub-rogação e direitos fundamentais: o planejamento familiar e gestação em útero alheio (2013)".
- Moura, Escolástica Rejane Ferreira, and Raimunda Magalhães da Silva. "Informação e planejamento familiar como medidas de promoção da saúde." *Ciência & saúde coletiva* 9 (2004):1023-1032.
- Oriá, Mônica Oliveira Batista, and Lorena Barbosa Ximenes. "Casais inférteis diante da fertilização in vitro: o significado de vivenciar essa decisão." *Acta Paul Enferm.* 17.3 (2004): 278-285.

70 TELETRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA DIANTE DA PANDEMIA COVID 19

Elyne Portaluppi (UEL)

RESUMO: O ano de 2020 se iniciou com uma crise que vai entrar para a História: a pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Impondo o isolamento social como a principal estratégia de prevenção, a pandemia impacta a vida humana em todos os seus aspectos, dentre eles a forma do trabalho, tendo grande destaque a difusão do teletrabalho ou *home office*. Diante da implantação urgente desse regime de trabalho, trabalhadores e gestores se veem desafiados a encontrar a medida adequada da distribuição e execução de metas e prazos que concorrem com o tempo do convívio familiar, tarefas domésticas e atividades escolares. A reflexão sobre o aprimoramento do regime de teletrabalho de forma a conciliar em harmonia a produtividade e a saúde mental dos trabalhadores é útil mesmo após o fim do isolamento, uma vez que as práticas remotas continuam nas relações de trabalho. A reforma trabalhista trouxe uma mudança radical da legislação, sem afastar a estrutura dos princípios e fundamentos do direito do trabalho. Verifica-se que na prática há muitas mudanças a serem implementadas para proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. A pesquisa utiliza o método hipotético dedutivo na bibliografia e legislação nacional e internacional. A proteção dos direitos trabalhistas, ressalta a dignidade do trabalhador como pessoa humana, a primazia dos direitos humanos, com a efetivação dos direitos fundamentais e a busca constitucional para a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. *Home Office*. COVID 19.

REFERÊNCIAS:

- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e centralidade no mundo do trabalho. Campinas: Editora Cortez, 1995.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Flexibilização por norma coletiva e prevalência do negociado sobre o legislado.** Grandes Temas – Reflexões sobre a Reforma Trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/2017) São Paulo. 2018.
- CARBONELLI, Matteo. **A proteção Internacional dos Direitos Fundamentais no Trabalho.** //r. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord). **Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: um debate atual.** São Paulo: Atlas, 2015.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Sociedade, Tecnologia e Desemprego.** Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Paraná, ano IX, n.86, mar. 2020, p.125.

71 UM INSTRUMENTO OU UMA VIDA?

Orientadora Prof. Me. Mylene Manfrinato – UniFatecie

Jeanine Brazaú Moura – UniFatecie

Gabrielli Nonatto – UniFatecie

RESUMO: O presente resumo tem como meta analisar o filme “Uma Prova de Amor” (My Sister’s Keeper) pela ótica da bioética e do biodireito. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizada na seguinte pergunta: até onde iríamos para salvar um filho de uma doença grave através de um “bebê medicamento”? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que se faz necessário a discussão dos direitos fundamentais do novo filho gerado, como a dignidade humana, autonomia de vontade e autodeterminação. O objetivo do resumo fará com que possamos apresentar tais situações emergentes da bioética e avaliar o bebê medicamento descrito no filme com o ordenamento jurídico brasileiro. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Dessa maneira propõe-se uma discussão e estudo no âmbito psicológico, físico e jurídico, que, mesmo novo é de extrema importância.

PALAVRAS-CHAVE: Biodireito, Bebê medicamento, Dignidade humana.

REFERÊNCIAS:

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

FERNEDA, Ariê Scherreier, et al. “Um ato de amor ou um crime: Uma análise jurídica do filme “Uma prova de amor” e a prática do “Bebê Medicamento”.” *Repensando o Jurídico nas Interações entre Direito e Literatura*. 516.

ROCHA, Renata. **Fundamentos do Biodireito**. Cidade: Editora Jus podivm, 2022.

72 UMA PROVA DE AMOR

Orientadora: Me. Myleni Manfriato – UniFatecie
Kayro Vinicius Cardim – UniFatecie
Rafaela Aguiar dos Santos – UniFatecie
Gabriela Barbarote Santos – UniFatecie

RESUMO: O resumo busca avaliar o filme “uma prova de amor” sob a ótica Jurídica. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: Até que ponto sacrificar a si mesmo em detrimento de outra pessoa? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, refletindo na bibliografia, que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que devem ser observados os princípios da autonomia, do interesse do menor, e da dignidade da pessoa humana. Desse modo, o paciente é o único responsável pelo próprio corpo, necessitando, assim, de análise profunda e consciente por parte do doador, sobre a disponibilização de seus órgãos. Os direitos fundamentais estão presentes, desde a doação de um órgão até o transplante do doador ao receptor, no que concerne à vida, à saúde, à integridade física, à liberdade de consciência, à formação da personalidade, e o direito ao próprio corpo competindo ao doador decidir se deve ou não doar seus órgãos, desde que tal decisão não prejudique a si próprio.

O objetivo específico do resumo, se refletem em sua estrutura em três seções são: a) A dignidade da pessoa humana; b) direito sobre o próprio corpo; c) direitos fundamentais. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Conclui-se diante disto que muito além da defesa da vida, há de ser valorizada a dignidade humana, em todas as suas manifestações e aplicações.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia. Doação. Direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988].