



Revista OAB Montes Claros

v. 2, n. 1, 2023



EDITORIAL

Existem coisas que são indissociáveis, aparentemente colocadas à humanidade por um Criador que, com a força da sua vontade, determinou a coesão entre elas. Identificamos essa simbiose em diversos espaços da vida, desde o clima e os ecossistemas à beleza do abrir de olhos de um recém-nascido. Na Advocacia, isto não é diferente.

Neste editorial, destacamos a importância da advocacia para a promoção da cidadania. A advocacia é uma voz que se levanta em favor dos mais vulneráveis, dos marginalizados e dos injustiçados, é uma força que se opõe aos abusos, à violência e à intolerância. É luz que ilumina os caminhos da legalidade, da transparência, da participação e da solidariedade.

Mais que estabelecer uma relação de paridade e justiça (também indissociáveis), a Advocacia desempenha papel fundamental na defesa dos mais vulneráveis, em qualquer âmbito social, em qualquer nação do globo. Esta importância está intrinsecamente ligada ao papel dos advogados como indispensáveis à administração da Justiça.

A constituição da Justiça está canonizada naquilo que os franceses trouxeram à humanidade e, por mais que os dias de hoje soem turbulentos, não se alterará se seguirmos aquilo que Robespierre cunhou, no já longínquo século XVIII, em “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. São esses princípios que construíram as pontes entre as pessoas e o sistema de justiça e, através deles, os advogados foram forjados desde então.

O papel do advogado é defender o que rege o Estado Democrático de Direito, protegendo aqueles que o procuram em busca de auxílio. Cabe ao advogado utilizar seus instrumentos, suas habilidades e seus conhecimentos para deslindar problemas, para abrandar conflitos, para resolver as iniquidades, para amenizar dores.

Desta forma, podemos imputar à Ordem dos Advogados do Brasil o selo de Guardiã da Democracia, onde, dela, é impossível desassociar a construção de uma sociedade mais justa e proba, cunhada na promoção constante da dignidade da pessoa humana e no respeito intransigente àquilo que determina a Constituição.

Em sua segunda edição, a Revista OAB Montes Claros reúne quinze textos sobre a temática “Advocacia, democracia e cidadania”, estimulando pesquisas sobre este relevante tema, socializando o conhecimento jurídico produzido pela comunidade de Montes Claros e região, e integrando os advogados e demais operadores do direito nas áreas da pesquisa e capacitação profissional.

Dalton Caldeira Rocha

Advogado e Vice-Reitor da Universidade Estadual de Montes Claros -
UNIMONTES



EXPEDIENTE

Vínculo Institucional

11ª Subseção da OAB/MG – Montes Claros

Contato

Rua Dr. Walter Ferreira Barreto, 154 – Ibituruna
Montes Claros/MG, 39401-347
revista@oabmontesclaros.org.br

Conselho Editorial

Eluiz Antônio Ribeiro Mendes e Bispo
<http://lattes.cnpq.br/3517231630202762>

Heidy Cristina Boaventura Siqueira
<http://lattes.cnpq.br/9480423427512713>

Herbert Alcântara Ferreira
<http://lattes.cnpq.br/7100266003015795>

Ionete de Magalhães Souza
<http://lattes.cnpq.br/2645737955850329>

Iuri Simões Mota
<http://lattes.cnpq.br/4943811666214700>

Conselho Avaliador

Heidy Cristina Boaventura Siqueira
<http://lattes.cnpq.br/9480423427512713>

Ícaro Fellipe Alves Ferreira de Brito
<http://lattes.cnpq.br/9856173366358994>

Ionete de Magalhães Souza
<http://lattes.cnpq.br/2645737955850329>

Iuri Simões Mota
<http://lattes.cnpq.br/4943811666214700>

Izabela Alves Drumond Fernandes
<http://lattes.cnpq.br/7099211146859176>

Jairo Farley Almeida Magalhães
<http://lattes.cnpq.br/0058650634526154>

Jonas Veloso Santos
<https://lattes.cnpq.br/4945977760656025>

José Adélcio da Silva Júnior
<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Louise Amorim Beja
<http://lattes.cnpq.br/3433182208171067>

Paulo Thiago Carvalho Soares Ribeiro
<http://lattes.cnpq.br/2045364839945121>

Pedro Henrique Feliciano
<http://lattes.cnpq.br/3849468753935741>



SUMÁRIO

As movimentações emergenciais no orçamento público frente a situação de calamidade da Covid-19 no Brasil	05
Ana Vitória Ramos Oliveira; José Adélcio da Silva Júnior; Luiz Gustavo Ferreira Duarte; Maria Fernanda Silva Borges	
Revisão do FGTS no Brasil: análise dos impactos e perspectivas	22
Kevellyn Mariana Souza Fernandes; Vitória Dreide Xavier Araújo Silva	
Estado democrático, direitos fundamentais e tecnologia: a responsabilidade civil frente à exposição de fotos íntimas	34
Ana Júlia Saldanha Caldas; José Adélcio da Silva Júnior; Mariana Pormann Miranda; Sarah Letícia Silva Pinheiro	
A influência da extensão da licença-paternidade na mitigação da desigualdade de gênero no ambiente familiar e no mercado de trabalho	48
Marcos Antonio Ramos Melo; Nathália Alves Spínola; Valéria Santos Araújo	
Laços afetivos: a adoção avoenga no Brasil - uma realidade em ascensão	65
Vitória Dreide Xavier Araújo Silva; Janice Claudia Freire Sant´Ana	
Alienação parental e suas complexidades no direito brasileiro	87
Jennifer Kethlyn Coelho Santos; José Adélcio da Silva Júnior; Hanna Ferreira Souza	
Uma análise da incidência da violência doméstica contra a mulher durante a pandemia da Covid-19 na cidade de Montes Claros/MG	98
Brenda Gabrielle Alves Aguiar; Luís Fernando Martins Caldeira; Dayane Ferreira Silva	
Tomada de decisão apoiada como instrumento de proteção jurídica para o exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência	114
Rayssa Silva Coêlho; Rodrigo Leal Teixeira	
A extensão da responsabilidade bancária diante do defeito da prestação de serviços decorrente das fraudes cometidas por terceiros em golpes do pix	127
José Adélcio da Silva Júnior; Maria Clara Batista de Barros	
Em busca de novos paradigmas de ressocialização de recuperandos e prevenção criminal	153
Cleonice Soares Pereira; Gildásio Rômulo Gonçalves	
Inteligência artificial: a função cidadã da advocacia frente às novas tecnologias	170
Francklin Cauê Borges Teixeira; José Adélcio da Silva Júnior; Ruy Gabriel Silva Souza	
Girl up brasil: poderosas e destemidas em busca da dignidade menstrual	184
Adriane Stefany Oliveira Souza; Jéssica Albuquerque Vieira Oliveira	

Os contratos de aluguel face à liberdade de contratar e à realidade dos refugiados venezuelanos no Brasil 195
Anne Vitória Leal Silva; Rodrigo Leal; Anna Paula Lemos Santos Peres; Dalton Caldeira Rocha; Cynara Silde Mesquita Veloso

A “criminalização da inadimplência” tributária do ICMS frente ao princípio penal da “última ratio”: judicialização e procedimentos administrativos 210
Patrícia Neves Batista

AS MOVIMENTAÇÕES EMERGENCIAIS NO ORÇAMENTO PÚBLICO FRENTE A SITUAÇÃO DE CALAMIDADE DA COVID-19 NO BRASIL

EMERGENCY MOVEMENTS IN THE PUBLIC BUDGET IN FRONT OF THE COVID-19 DISEASE SITUATION IN BRAZIL

Ana Vitória Ramos Oliveira

anavioliv.unimontes@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/2879458297282351>

José Adécio da Silva Júnior

adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Luiz Gustavo Ferreira Duarte

luizgustavoduarteadv@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/9010633049663013>

Maria Fernanda Silva Borges

Nandaborges2011@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/2464201168297440>

RESUMO: A pandemia da Covid-19 fez com que fossem criadas movimentações financeiras emergenciais voltadas para população em situação de vulnerabilidade social e econômica no Brasil, tendo como medida de maior destaque e abrangência, o auxílio emergencial. Dessa forma, por meio do método dedutivo, juntamente com a técnica bibliográfica, através da forma exploratória e documental, utilizando por pesquisas, revisão de literatura, artigos e legislações o presente trabalho acadêmico tem como objetivo analisar tais medidas, sobretudo o auxílio emergencial, sob a perspectiva do Direito Financeiro. Para tanto, este artigo se constitui de três momentos. Inicialmente, serão tratadas as diversas medidas emergenciais adotadas em face da pandemia da corona vírus. Após, será feita uma discussão aprofundada sobre o auxílio emergencial, seu histórico e impactos no orçamento público. Além disso, será levantado um debate sobre a corrupção envolta no auxílio, trazendo informações sobre as fraudes que decorreram a partir de sua implementação. Conclui-se que, embora o auxílio emergencial tenha sido uma medida de grande importância para superação do estado de calamidade pública instaurado pela pandemia da Covid-19, o mesmo possui intrínsecas contradições.

Palavras-chave: Covid-19; orçamento; movimentações emergenciais; auxílio emergencial; Direito Financeiro; implementação.

ABSTRACT: The Covid-19 pandemic led to the creation of emergency financial movements aimed at the population in a situation of social and economic vulnerability in Brazil, with the most prominent and comprehensive measure being emergency aid. Thus, through the deductive method, together with the bibliographic technique, through exploratory and documentary form, using research, literature review, articles and legislation, the present academic work aims to analyze such measures, especially emergency aid, under the financial law perspective. Therefore, this article consists of

three moments. Initially, the various emergency measures adopted in the face of the corona virus pandemic will be addressed. Afterwards, there will be an in-depth discussion on emergency aid, its history and impacts on the public budget. In addition, a debate will be raised about the corruption involved in the aid, bringing information about the frauds that resulted from its implementation. It is concluded that, although emergency aid was a measure of great importance to overcome the state of public calamity established by the Covid-19 pandemic, it has intrinsic contradictions.

Keywords: Covid-19; budget; emergency transactions; emergency assistance; Financial Law; implementation.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre ressaltar que, o cenário a ser explorado no presente artigo faz referência ao estado de calamidade vivenciado pelo Brasil, em decorrência da doença respiratória causada pelo vírus SARS-CoV-2, posteriormente classificada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como pandemia. Nesse contexto, após a confirmação do primeiro caso no país, diversos óbitos foram constatados, ante a fácil transmissão do vírus, que ocasiona sintomas como tosse, febre, cansaço, dores pelo corpo e dificuldade para respirar.

Nesse sentido, no ano de 2020, frente a situação inesperada de calamidade provocada pela Covid-19 no Brasil, o Governo Federal precisou adotar estratégias a fim de amenizar os impactos ocasionados. Logo de início, a medida tomada foi o isolamento social, bem como o distanciamento social, com o intuito de conter a disseminação do vírus. Tais medidas corroboraram para uma mudança brusca no mercado financeiro e social, sendo um fator gerador de uma grave crise com reflexos ainda piores e futuros. Com uma elevada taxa de desemprego, o Estado se deparou em um contexto em que necessitava adotar, em curto prazo, medidas estratégicas com o objetivo de impulsionar a economia e conceder ajudas emergenciais de recursos monetários para os mais vulneráveis. Logo, além de adotar medidas sanitárias a fim de conter a progressão da pandemia, foi necessário unir tais medidas à outras com fins econômicos e sociais.

Vale ressaltar que o orçamento brasileiro é repleto de normas fiscais, isto é, o sistema é regido, dentre outros, pelo princípio da legalidade, onde o governo somente está autorizado a realizar gastos conforme previsto na legislação orçamentária. Ocorre que, entretanto, tais leis orçamentárias são propostas e aprovadas no ano anterior, com a exceção do Plano Plurianual (PPA), o qual prevê ensejos financeiros para os quatro anos subsequentes a sua aprovação. Posto isso, a ação governamental foi, após a decretação de Estado de Calamidade Nacional, em março de 2020, a criação de um Orçamento de

Guerra, que autorizava o Poder Executivo a criar despesas além das estimadas pela Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2020. Em abril de 2020 foi enviada ao Congresso Nacional a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) para o ano de 2021, que contém as diretrizes de elaboração da LOA. Contudo, a LOA de 2021, aprovada com três meses de atraso, não continha no orçamento o combate à pandemia, mas impedia o congelamento de recursos para a compra de vacinas contra a Covid-19 (GERBASE, 2021). O Estado optou por não postergar o Estado de Calamidade Pública para o ano de 2021, porém, foram autorizadas despesas por meio de medidas provisórias.

Em 2020, o presidente Jair Bolsonaro editou 40 medidas provisórias que abriram um total de R\$ 673,5 bilhões em créditos extraordinários para o combate ao coronavírus. Do dia 13 de março (dia da publicação da primeira medida provisória) ao dia 31 de dezembro de 2020, o Palácio do Planalto pagou efetivamente R\$ 554,5 bilhões. No ano de 2021 foram editadas mais medidas provisórias, abrindo-se créditos extraordinários para o enfrentamento à COVID-19, além de serem reabertos créditos remanescentes do ano anterior. Assim sendo, os créditos extraordinários representam 99,8% de toda a verba aplicada pelo governo federal no combate à situação de calamidade pública, os outros 0,2% são oriundos de fontes orçamentárias e créditos especiais ou suplementares (ACCIOLY, 2021). Tal verba foi destinada a atender as medidas emergenciais para o combate do coronavírus.

Logo, como forma de apoio aos grupos mais afetados pela crise, os trabalhadores e a população de baixa renda, diversas atitudes tiveram de ser tomadas. Assim, diante do cenário de emergência na saúde pública, o objetivo de tais iniciativas foi, e é, canalizar a atuação dos órgãos e instituições públicas na luta contra a pandemia.

MEDIDAS EMERGENCIAIS ADOTADAS

Após a decretação do Estado de Calamidade, em 2020, e do reconhecimento da emergência de saúde pública de importância nacional decorrente da Covid-19, o Estado, como explanado anteriormente, necessitou tomar medidas de urgência frente e situação de calamidade pública. Tais medidas foram de suma importância para conter os impactos na vida cotidiana da população brasileira que, afetados diretamente pela crise (também econômica), necessitaram de um suporte governamental.

Como o Auxílio Emergencial, benefício financeiro, criado em 2020, por meio da Lei nº 13.982/2020, estendido residualmente no mesmo ano, pela Medida

Provisória nº 1.000/2020, e prorrogado em 2021, por intermédio da Medida Provisória nº 1.039/2021, destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, com o objetivo de fornecer proteção emergencial no período da crise causada pelo coronavírus. Inicialmente, o benefício começou nos valores de R\$ 600,00 e R\$ 1.200,00 reais mensais, tendo sua avaliação a depender da renda *per capita* da família ou de sua renda total, sendo vedado a sua concessão àqueles que recebiam outro benefício do Governo Federal, a exceção do Bolsa Família. O Auxílio Emergencial de 2021 seguiu os mesmos moldes para a aprovação para recebimento do benefício. Tal prerrogativa representa mais da metade do esforço fiscal total das ações de combate aos efeitos da pandemia, assim, por ser a medida de maior abrangência no período de pandemia, este abono será melhor dissertado posteriormente, em tópico próprio.

O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEm) também foi um programa instituído pelo Governo Federal, através do Ministério da Economia, por meio da Medida Provisória nº 936/2020, e editada pela Medida Provisória nº 1.045/2021. Tal medida tem o intuito de preservar o emprego e a renda, garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais e reduzir o impacto social decorrente das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia. Este benefício será pago quando houver acordo entre trabalhadores e empregadores nas situações de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, e suspensão temporária do contrato de trabalho.

O valor do benefício é calculado a partir do valor que o trabalhador teria direito de receber como seguro-desemprego, com base na média dos últimos três salários. O valor é repassado 30 dias após a data de início da vigência do acordo, desde que o empregador cumpra o prazo de 10 dias para comunicação ao Ministério da Economia, em conta indicada pelo trabalhador ao empregador, em sua titularidade. O acordo tem prazo máximo de 120 dias e deve ser celebrado em contratos coletivos ou individuais. O cálculo é realizado de forma que o trabalhador receberá, da União, a porcentagem correspondente a diminuição de sua carga horária e salário no BEm. De forma exemplificativa, se o trabalhador reduz sua carga horária em 25%, receberá 75% de seu salário do empregador e 25% do BEm.

Em casos de suspensão dos contratos de trabalho, que também possuem prazo máximo de 120 dias, o trabalhador recebe 100% da parcela do BEm. Caso o trabalhador

tenha direito a plano de saúde ou tíquete alimentação, estes benefícios devem ser mantidos durante a vigência da suspensão do contrato de trabalho. Os trabalhadores de empresas com receita bruta superior a R\$ 4,8 milhões em 2019 receberão 70% da parcela do BEm 2021 somados a 30% do salário. O contrato de trabalho será restabelecido no prazo de dois dias corridos, contado da data estabelecida como termo de encerramento do período de suspensão pactuado, ou da data de comunicação do empregador que informe, ao empregado, a sua decisão de antecipar o fim do período de suspensão pactuado.

Segundo o Ministério da Economia (2021), o Governo Federal assegurou R\$ 200 bilhões para garantir a manutenção da economia e empregos durante a crise da Covid-19. Desde o início da pandemia, foram celebrados mais de 20,1 milhões de acordos, feitos entre 1,5 milhão de empresas e 9,8 milhões de trabalhadores, permitindo a preservação de 10,3 milhões de empregos. Houve plena reversão da perda de 1,586 milhão de empregos formais durante o período mais crítico dos impactos da crise ocasionada pelo coronavírus, isto é, de março a junho de 2020. O BEm 2021 teve o maior volume de operações voltados para a suspensão de contratos (1.255.330), seguido das reduções de jornada em 70% (746.195), 50% (566.220) e 25% (434.701) do tempo total.

Novas medidas trabalhistas também foram adotadas. Assim como, a Medida Provisória nº 1.046/2021 editou diversas regras para “preservação do emprego” dos trabalhadores, referente ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, anteriormente constantes da Medida Provisória 927/2020, durante o período da pandemia de Covid-19. A Medida Provisória trouxe a possibilidade de, o empregador que desejar, poder prorrogar o pagamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) relativo aos meses de abril, maio, junho e julho de 2021. Os depósitos referentes a tais pagamentos serão realizados em até quatro parcelas mensais, com vencimento a partir de setembro de 2021.

Pode também o empregador, durante o período de pandemia, em acordo mútuo entre empregador e trabalhador, conceder férias futuras, antes mesmo do trabalhador ter direito a elas. O adicional de um terço relativo às férias concedidas poderá ser pago após a sua concessão, a critério do empregador, até a data em que é devida a gratificação natalina, a conversão de um terço do período das férias em abono pecuniário dependerá da anuência do empregador. O pagamento poderá ser efetuado até o quinto dia útil do mês subsequente ao início do gozo das férias, hipótese em que não se aplica o disposto no art. 145 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Os empregadores

poderão, durante o período de vigência da MP, antecipar o gozo de feriados federais, estaduais, distritais e municipais, incluídos os religiosos.

O Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe) também foi uma medida implantada. A sua primeira versão foi estabelecida em 2020, pela Lei nº 13.999/2020. Em 2021, o programa foi transformado em uma política permanente pela Lei nº 14.161/2021. O Pronampe atenderá pequenas e médias empresas em empréstimos com juros reduzidos, subvencionados por meio do Fundo Garantidor de Operações (FGO). A linha de crédito concedida no âmbito do Pronampe corresponderá a até 30% (trinta por cento) da receita bruta anual, calculada com base no exercício anterior ao da contratação.

Conjuntamente, o Estado adotou outras medidas para reduzir efeitos da pandemia nas micro e pequenas empresas, como o adiamento do recolhimento do Simples e liberação de R\$ 5 bilhões pelo Programa de Geração de Emprego e Renda do FAT (PROGER), em 2020. Ademais, houve também a redução, e até a anulação, do custo tributário de produtos utilizados na prevenção e tratamento da Covid-19. Mais de 500 produtos tiveram seus custos de importação zerados. Tal medida está assegurada até 31 de dezembro de 2021.

Por meio da Lei nº 13.995/2020, a União concedeu um auxílio para Santas Casas e hospitais filantrópicos, no montante de até R\$ 2 bilhões, de maneira a complementar o Sistema Único de Saúde (SUS), ao ampliar suas ações no combate a pandemia, no ano de 2020. Outrossim, houve a criação, por meio da Lei Complementar nº 173/2020, do Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), a qual estabeleceu um conjunto de ações, como a entrega de recursos da União, na forma de auxílio financeiro, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e em ações de enfrentamento ao Coronavírus.

Por fim, houve também a autorização de contratação de médicos e psicólogos, de maneira temporária, a partir de maio de 2020. Já em 2021, foi aprovado o pagamento antecipado do 13º aos beneficiários do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com a publicação do Decreto nº 10.695/2021. O pagamento foi efetuado em duas parcelas, de maio a junho e de junho a julho. Tanto em 2020 quanto em 2021 houve a criação de medidas de ampliação do acesso ao crédito.

HISTÓRICO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL

O Auxílio Emergencial trata-se de um programa do Governo Federal brasileiro que visa à concessão de uma renda mínima à população economicamente vulnerável durante a pandemia da Covid-19. Seu principal objetivo é atenuar os impactos econômicos instaurados pela pandemia do Corona Vírus no Brasil. A iniciativa do Poder Legislativo brasileiro partiu da demanda da sociedade organizada e seguiu o exemplo das ações implementadas em vários países pelo mundo, em que eram concedidas rendas emergenciais à população.

Dessa forma, o Ministério da Economia aceitou a implementação de um programa temporário que se baseava no pagamento de um Auxílio Emergencial de R\$200,00 (duzentos reais) mensais à população de baixa renda. Contudo, o Poder Legislativo aumentou esse valor através do Projeto de Lei nº 9.236/17, escrito pelo deputado Eduardo Barbosa do partido PSDB de Minas Gerais, que foi votado na Câmara dos Deputados no dia 26 de março de 2020, e votado, posteriormente, pelo Senado Federal. A partir disso, seguiu para análise presidencial que sancionou o projeto no dia 01 de abril de 2020.

O Projeto de Lei nº 9.236/17 foi transformado em Lei Ordinária, a Lei nº 13.982/20, que foi publicada no dia 2 de abril de 2020 e estabeleceu as condições para concessão do auxílio. Ficou fixado que seria concedido o auxílio no valor de R\$600,00 (seiscentos reais) mensais durante o período de 3 (três) meses aos trabalhadores que cumprissem determinados requisitos, quais sejam: fazer parte do cadastro de Microempreendedores Individuais (MEI); ser contribuinte individual do INSS; ser autônomo ou trabalhador informal que não recebe nenhum outro benefício do Governo Federal (com exceção do Bolsa Família).

Além disso, a pessoa também precisava ter mais de 18 anos; não ter emprego formal; ser de família com renda mensal per capita de até meio salário mínimo ou renda familiar mensal total de até três salários mínimos; além de não ter tido rendimentos tributáveis, em 2018, acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta e nove centavos), ou seja, que não precisou declarar Imposto de Renda em 2018. Aqueles que já estavam cadastrados no Cadastro Único, ou recebem o benefício Bolsa Família poderiam receber o auxílio emergencial automaticamente, desde que fossem observadas as regras do auxílio.

Apesar de terem sido fixadas, inicialmente, 3 (três) parcelas, foram concedidas 5 (cinco) parcelas do auxílio no valor de R\$600,00 (seiscentos reais), compreendendo o período de abril a agosto de 2020. Mediante a persistência do cenário de calamidade causado pelo Corona Vírus, urgiu a necessidade da prorrogação da medida a fim de continuar atenuando os impactos econômicos e sociais gerados pela pandemia na população mais vulnerável.

Para tanto, o presidente Jair Bolsonaro assinou uma Medida Provisória, juntamente com ministro da Cidadania Onyx Lorenzoni, em setembro de 2020, que previa a concessão de 4 (quatro) novas parcelas do auxílio no valor de R\$300,00 (trezentos reais). A MP nº 1.000/20 fixava que o valor deveria ser pago até o dia 31 de dezembro de 2020. Em outro ato, a MP nº 999/2020, assinada por Bolsonaro e pelo ministro da Economia, Paulo Guedes, o governo federal liberou R\$67.600.886.209 (sessenta e sete bilhões seiscentos milhões oitocentos e oitenta e seis mil e duzentos e nove reais) ao Ministério da Cidadania para viabilizar as novas parcelas. O número de beneficiários diretos do Auxílio Emergencial foi de 67,9 milhões de brasileiros e valor total transferido pelo governo foi cerca de R\$275 bilhões no ano de 2020 (UOL, 2020).

A implementação do auxílio emergencial só foi possível mediante à decretação de estado de calamidade e graças à aprovação do orçamento de guerra, ambas feitas pelo Congresso. Tais medidas possibilitaram que o governo aumentasse consideravelmente seus gastos em razão da pandemia e permitiu que fosse implementado um programa da dimensão e abrangência do Auxílio Emergencial.

Em 2021, no entanto, o Governo Federal e o Congresso tinham a intenção de retomar às regras fiscais vigentes no momento anterior à pandemia, incluindo, portanto, retomar o teto de gastos, que foi amplamente ultrapassado para que fosse bancado o auxílio. Em 31 de dezembro de 2020, deixou de valer o estado de calamidade pública e o orçamento de guerra, e por conseguinte, fixou-se o fim do Auxílio Emergencial.

Contudo, o governo passou a sofrer pressão política e pressão das organizações da sociedade civil para continuar com o auxílio em 2021. Mediante a isso, ficou impossível a conciliação entre a retomada do teto de gastos e a continuidade da concessão do auxílio emergencial, uma vez que isso só seria possível com consideráveis cortes de despesas, exigindo, dessa forma, articulações com o Congresso e apoio político.

A partir do elencado, a solução encontrada foi a aprovação de uma PEC Emergencial que permitia que o teto de gastos fosse novamente ultrapassado. Fixou-se

ainda, a pedido do Ministro da Economia, Paulo Guedes, e sua equipe, que houvesse um limite de R\$44 bilhões para essas novas rodadas de auxílio. Tal valor representa cerca de 15% do valor investido em 2020 (ROUBICEK, 2021).

Mediante o exposto, em 2021, o benefício financeiro continuou a ser destinado às pessoas que receberam o Auxílio Emergencial e o Auxílio Emergencial de extensão, além daqueles que atendiam aos critérios dos programas em dezembro de 2020. A Caixa Econômica Federal atuou durante todo o processo como agente pagador do auxílio, sendo o Governo Federal a origem dos recursos, por intermédio do Ministério da Cidadania.

Não tiveram direito ao Auxílio Emergencial na edição de 2021 aqueles que possuíam emprego formal ativo; recebiam benefício previdenciário, assistencial ou trabalhista ou de programa de transferência de renda federal, ressalvados o Abono-Salarial PIS/PASEP e o Programa Bolsa Família; tivessem renda familiar mensal por pessoa acima de meio salário-mínimo; fossem membros de famílias que tinham renda mensal total acima de três salários mínimos e aqueles que fossem residentes no exterior, na forma definida em regulamento.

Além das situações anteriormente listadas, também não possuíam o direito do Auxílio Emergencial de 2021 aqueles que no ano de 2019, tivessem recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); tivessem, em 31 de dezembro de 2019, a posse ou a propriedade de bens ou direitos, de valor total superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais); aqueles que no ano de 2019, tenham recebido rendimentos isentos, não tributáveis ou tributados exclusivamente na fonte, cuja soma foi superior a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e aqueles que tenham sido incluídos, no ano de 2019, como dependentes de declarante do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física enquadrado nas hipóteses previstas nos incisos VI, VII ou VIII (GOV, 2021)

Cancelou-se, ainda, a possibilidade de obter o auxílio nos casos daqueles que estivessem presos em regime fechado ou tivessem seu CPF vinculado, como instituidores, à concessão de auxílio-reclusão; tivessem menos de 18 anos, exceto no caso de mães adolescentes; possuíssem indicativo de óbito nas bases de dados do Governo Federal ou tivessem seu CPF vinculado, como instituidores, à concessão de pensão por morte e aqueles que estivessem com o Auxílio Emergencial, ou o Auxílio Emergencial Extensão cancelados no momento da avaliação de elegibilidade do Auxílio Emergencial de 2021.

Vale salientar, também, que igualmente aos casos listados anteriormente, não tiveram direito ao Auxílio Emergencial de 2021 aqueles que não tivessem movimentado os valores disponibilizados plataforma social, para o público do Bolsa Família, ou na poupança social digital aberta, conforme definido em regulamento, relativos ao Auxílio Emergencial e nos casos daqueles que são estagiários, residentes médicos ou residentes multiprofissionais, beneficiários de bolsa de estudo da Capes, do Programa Permanência do Ministério da Educação – MEC, de bolsas do CNPQ e de outras bolsas de estudo concedidas em nível municipal, estadual ou federal.

A seleção das pessoas que receberam o Auxílio Emergencial de 2021 foi realizada pela DATAPREV com seu resultado validado pelo Ministério da Cidadania. Aqueles que já possuíam cadastro, não precisaram atualizá-los ou fazerem um cadastro novo, uma vez que a seleção foi feita a partir daqueles que receberam os auxílios anteriores.

O valor e a quantidade de parcelas foram determinados à partir da composição familiar. Se a família fosse composta por uma pessoa, o benefício concedido a ela seria de R\$150,00 (cento e cinquenta reais) mensais. No caso de famílias compostas por mais de uma pessoa, o benefício seria de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais) mensais. Já no caso de famílias chefiadas por mulheres, sem cônjuges ou companheiros, com pelo menos uma pessoa menor de 18 anos, a parcela seria no valor de R\$375,00 (trezentos e setenta e cinco reais) (ROUBICEK, 2021).

Apesar de inicialmente terem sido fixadas até quatro parcelas, foram disponibilizadas 7 (sete) parcelas, contadas à partir do mês de abril, encerrando a última parcela no mês de outubro. O valor das parcelas após a prorrogação seguiu a mesma lógica apresentada anteriormente nesse trabalho.

REFLEXOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL

De certa maneira, todas as movimentações emergenciais, isto é, anteriormente não previstas, afetaram, de forma direta, o orçamento público. Contudo, o impacto da implementação do auxílio emergencial, posto sua magnitude, foi tal que, o consultor, da Consultoria de Orçamento da Câmara, Ricardo Volpe, afirma que os gastos com o auxílio emergencial correspondem a dez anos de recursos do Bolsa Família, a valores de 2019 (CASAL JÚNIOR, 2020).

Sobejo foi o impacto da implementação do auxílio emergencial que tal medida utilizou, somente em 2020, o valor de R\$ 311,1 bilhões, o que equivale a mais da metade do disponibilizado ao combate da pandemia do mesmo ano. O cenário no ano de 2021 já é diferente, apresentando um gasto, destinado às medidas de enfrentamento, quase três vezes menor (ACCIOLY, 2021). Tal medida emergencial somente pôde ser implementada em 2020 com a aprovação do Orçamento de Guerra, o qual permitiu o aumento do teto de gastos do Governo em meio a pandemia. Em 2021, como explicitado anteriormente, o Governo não conseguiria conciliar as regras consoantes ao teto de gastos anteriores a pandemia com a continuação do benefício. Dessa forma, foi sancionada a PEC Emergencial.

O Auxílio Emergencial em 2020 ajudou a reduzir desigualdades de renda e a diminuir a pobreza, por tempo determinado. Diversos brasileiros, que perderam o emprego, não precisaram procurar novos trabalhos imediatamente, logo após sua demissão, resguardando riscos de contágio pelo novo vírus. Os gastos do Governo com o Auxílio emergencial em 2020 impediram uma queda maior do Produto Interno Bruto (PIB) em 2020. Em um cenário sem o benefício, a queda do PIB seria de pelo menos 8,4%, quatro pontos percentuais a mais do que o esperado pelo mercado. No pior cenário sem o auxílio, a queda poderia chegar a 14,8% (TONETO *et al.*, 2021).

No início do ano de 2021, o Brasil passou por um de seus piores momentos da pandemia, um cenário de completo colapso no sistema de saúde, onde a vacinação caminhava a passos lentos e a contaminação pela Covid-19 crescia exponencialmente. Em contrapartida, o valor do auxílio caiu e o custo de vida subiu muito. Assim, as pessoas beneficiárias do auxílio não poderiam deixar o mercado de trabalho a fim de subsistir apenas com a pequena parcela da medida.

Houve aumento da inflação, bem como dos juros. Tais fatores, juntamente com o desemprego congregaram para a manutenção da caótica situação. Economistas afirmam que, se a vacinação tivesse sido intensa desde o início do ano, muitas pessoas começariam a recuperar o trabalho e o auxílio seria um mero complemento. Inicialmente, a estratégia governamental era diminuir o valor do Auxílio Emergencial para a recuperação dos cofres públicos e a injeção do valor na economia, algo, como dito anteriormente, impossibilitado pelo aumento do contágio pelo vírus e pela escassez de vacinas, os quais afetaram diretamente o mercado. Destarte, o cenário vivido atualmente é onde os produtos básicos de higiene, alimentação e transporte encontram-se elevados,

não sendo suficiente para a manutenção de uma vida digna apenas a parcela do Auxílio Emergencial, no valor médio de R\$ 250,00.

Consoante a isso, diz Toneto *et al.* (2021) que, para salvar a economia, não depende de um menor isolamento ou de um descomprometimento com a saúde, mas muito pelo contrário, para salvar a recessão, o melhor remédio são os estímulos fiscais, que possam garantir a renda das famílias e a saúde financeira das empresas, possibilitando uma resposta sanitária adequada por parte dos governos.

A CORRUPÇÃO ENVOLTA NAS MEDIDAS EMERGENCIAIS

Como já explanado neste presente trabalho científico, o Auxílio Emergencial trata-se de uma medida que amparou diversas famílias afetadas pela pandemia da Sars-Covid-19. Contudo, apesar do bem inquestionável proporcionado pela medida, devido ao número alto de cadastros, tornou-se difícil para que o Governo Federal pudesse fiscalizar a liberação dos auxílios, o que possibilitou uma onda de fraudes e golpes advindos da implementação do Auxílio Emergencial.

São diversas as fraudes organizadas por criminosos, e cada delito exige uma conduta específica do agente criminoso. O cometimento de fraudes pode variar de acordo com o *modus operandi*, sendo possível que o agente cometa a fraude ao mentir para obter um benefício que não lhe cabe, organize pequenos golpes online para obtenção de vantagens e, ainda, casos em que atuam grandes organizações criminosas.

Inicialmente, temos a conduta daqueles que fraudam informações pessoais, já que não se encaixam nos requisitos propostos pelo governo, para obter o benefício financeiro de forma indevida. Essas pessoas utilizam-se de seus documentos legítimos, mas omitem questões de renda, bens, entre outros benefícios, de forma que possam se enquadrar de forma equivocada nos grupos dos beneficiários do Auxílio Emergencial.

Sobre isso, a Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados chegou a aprovar uma proposta que determinaria a restituição em dobro do Auxílio Emergencial por quem tiver recebido o benefício de má fé. De acordo com o texto aprovado, a devolução se dará em até seis meses, e, após esse período, será cobrada uma multa diária de 0,33% até o limite de 20% do valor total a ser devolvido. A restituição não será cobrada, no entanto, se o beneficiário estiver sido cadastrado sem seu consentimento para o recebimento do auxílio. No momento, a proposta do Projeto de Lei

nº 3.115/20 está aguardando a Designação de Relator na Comissão de Finanças e Tributação (CFT).

Já no que tange aos crimes online, podemos citar o envio de links falsos, em que os fraudadores enviam links se passando por instituições bancárias e a partir disso, coletam informações pessoais das vítimas. Isso ocorre mormente nas datas próximas ao pagamento do benefício financeiro. Os golpistas costumavam se utilizar, também, do aplicativo de mensagens *WhatsApp*. Eles entravam em contato com a vítima se passando por funcionários de alguma empresa e faz com que a vítima abra mão da segurança do seu aplicativo para ter acesso às suas mensagens e contatos. Dessa forma, podem descobrir a data de recebimento e saque do auxílio emergencial.

Por fim, outra fraude que se tornou comum nos tempos de pandemia e será discutida daqui para frente, tem a ver com o recebimento do Auxílio Emergencial. Desde o início da implementação do benefício financeiro, em abril de 2020, muitos golpistas passaram a utilizar o Cadastro de Pessoa Física (CPF) de terceiros para obtenção indevida do auxílio, impossibilitando que o real beneficiário possa sacar o dinheiro.

Quando um beneficiário se der conta de que foi vítima de um desses golpes anteriormente listados, deve-se dirigir à Caixa Econômica Federal para formalizar sua contestação ao uso indevido do Auxílio Emergencial. A caixa estabeleceu o prazo de 10 (dez) dias úteis para que se decorram as investigações, e, caso seja comprovada a fraude, o ressarcimento do benefício.

Destaca-se que qualquer cidadão pode consultar seu CPF para verificar se ele foi utilizado em algum cadastro. Caso seja encontrada alguma inconsistência com a realidade, era possível fazer uma representação pelo canal Fala.Br à Ouvidoria e Acesso à Informação da Controladoria-Geral da União (CGU).

Vale salientar, ainda, a atuação dos órgãos de repressão às fraudes. O Governo Federal determinou a atuação da Polícia Federal (PF) e do Ministério Público Federal (MPF) no combate às fraudes no auxílio emergencial, de modo que os dois órgãos passaram a atuar nos casos considerados graves e que envolviam grupos criminosos. Os casos individuais nos quais não houveram indicação de atuação organizada e sistêmica foram encaminhados às unidades da Polícia Federal para investigação.

As irregularidades detectadas tinham que ser repassadas à Caixa Econômica Federal (CEF), responsável pela verificação se houve ou não pagamento fraudulento do auxílio. Se confirmado, o Banco era responsável por repassar os dados à PF para que integrem a Base Nacional de Fraudes ao Auxílio Emergencial (BNFAE), criada pela PF,

para a investigação da atuação de grupos criminosos. Nos casos em que a Caixa verificasse que não houve o pagamento do auxílio a um particular ou, mesmo que haja pagamento, não existisse indícios de fraude no momento do pagamento dos valores, os dados serão repassados ao Ministério da Cidadania.

Outros órgãos e entes públicos que também estiveram mobilizados na atuação conjunta para repressão das fraudes, foram o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Controladoria-Geral da União (CGU), que também enviaram ao Ministério da Cidadania os dados que obtiveram diretamente. De acordo com a Polícia Federal, os eventuais fraudadores estarão sujeitos a penas de reclusão de um a cinco anos, acrescida de 1/3, no caso de estelionato qualificado, de dois a oito anos, no caso de furto qualificado e de três a oito anos, no caso de o crime ter sido praticado por organização criminosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente produção científica foi feita uma análise acerca das medidas emergenciais que surgiram a fim de atenuar os danos gerados pela pandemia da Covid-19 em uma população economicamente vulnerável. Houve, a partir disso, uma mobilização do Governo Federal para atenuar os males gerados. Visto isso, apesar de o sistema financeiro brasileiro ser regido pelo princípio da legalidade, ou seja, o governo, em tese, só está autorizado a realizar gastos conforme a legislação orçamentária, estas que foram ampliados consideravelmente os gastos em razão da pandemia. Situação essa que só foi possível mediante a decretação de Estado de Calamidade e aprovação do Orçamento de Guerra.

Posto isso, foram discutidas as principais medidas emergenciais, decorrentes da pandemia, que foram de suma importância para conter os impactos na vida cotidiana da população brasileira que, afetados diretamente pela crise também econômica, e que necessitaram de suporte governamental. Foram citadas diversas medidas importantes, quais sejam: Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEm); Medidas trabalhistas; Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe); o próprio Auxílio Emergencial, entre outras medidas.

Foi feita, também, uma pesquisa detalhada focada no Auxílio Emergencial, em que se abordou o histórico da medida em suas duas edições. Nesse ponto, foi explorado o Projeto de Lei nº 9.236/17, posteriormente transformado na Lei Ordinária nº 13.982/20, lei essa que regulamenta o benefício. Além disso, foram traçados os requisitos

para a concessão do auxílio, nos anos de 2020 e 2021, sendo descritos de forma clara aqueles que de fato têm direito à concessão do benefício. Abordou-se, ainda, acerca da aprovação de uma PEC Emergencial que permitiu a edição de 2021 do auxílio, mesmo após a tentativa do Governo Federal de encerrar a medida em 2020 e, dessa forma, retomar o teto de gastos.

Mediante o exposto, fez-se necessário abordar os impactos da implementação do auxílio no orçamento público. A respeito disso, demonstrou-se que apesar do Auxílio Emergencial ter sido uma medida de grande importância no combate aos danos causados pela pandemia na população economicamente vulnerável, sua implementação corroborou para um cenário de inflação alta, já que o teto de gastos aprovado anteriormente pelas leis orçamentárias, LOA, LDO e PPA, foi amplamente ultrapassado para conseguir gerir uma medida de tamanha magnitude como foi o auxílio.

Além disso, também foram abordadas as condutas criminosas que permitem que o auxílio seja recebido de forma indevida, impossibilitando, dessa forma, que os verdadeiros beneficiários possam receber o benefício financeiro. Sobre isso, foi informado, ainda, a respeito de como o beneficiário que se der conta que está sendo vítima de fraude pode agir para reparar tal situação. Foi discutido, também, sobre as tentativas governamentais de repressão às condutas fraudulentas, destacando a ação da Polícia Federal (PF), do Ministério Público Federal (MPF), do Tribunal de Contas da União (TCU) e da Controladoria-Geral da União (CGU).

A partir do elencado, conclui-se que as medidas emergenciais foram imprescindíveis para a superação dos danos causados na pandemia, já que deu poder de compra para à população em vulnerabilidade social e econômica, permitindo que suas famílias não ficassem a mercê do desemprego. Contudo, apesar dos bens gerados pelo Auxílio Emergencial, é incontestável que sua implementação foi determinante para o atual cenário econômico, em que a inflação só cresce e o fator desemprego continua presente. Além do apontado, nota-se que diante da magnitude do auxílio, houve dificuldade para que o Governo Federal pudesse fiscalizar de forma eficiente a concessão do benefício, cenário esse que permitiu a crescente de fraudes ligadas ao Auxílio Emergencial. Ademais, ressalta-se que o objeto desse estudo é uma matéria recente, sujeita a atualizações.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Dante. **Gasto médio do governo com pandemia é 12 vezes menor em 2021.** 2021. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/12/nos-primeiros-100-dias-do-ano-governo-gasta-12-vezes-menos-com-pandemia>. Acesso em: 18 de mai. 2023.

AGÊNCIA SENADO. **Governo federal já gastou R\$ 509 bilhões no enfrentamento à pandemia.** 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/22/governo-federal-ja-gastou-r-509-bilhoes-no-enfrentamento-a-pandemia>. Acesso em: 16 de mai. 2023.

ALCÂNTRA, Thais Cesário. **Fraudes ao Auxílio Emergencial.** 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/2392>. Acesso em: 18 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 173.** 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm. Acesso em: 16 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.982.** 2020. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 16 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.995.** 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13995.htm. Acesso em: 16 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.161.** 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14161.htm. Acesso em: 16 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.982.** 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm. Acesso em: 16 de mai. 2023.

BRASIL. **Medida provisória nº 1.000.** 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1000.htm. Acesso em: 16 de mai. 2023.

BRASIL. **Medida provisória nº 1.039.** 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1000.htm. Acesso em: 16 de mai. 2023.

BRASIL. **Medida provisória nº 1.045.** 2021. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.045-de-27-de-abril-de-2021-316257308>. Acesso em: 16 de mai. 2023.

BRASIL. **Medida provisória nº 1.046.** 2021. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470>. Acesso em: 16 de mai. 2023.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Auxílio Emergencial**. 2021. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/auxilio/auxilio2021/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 16 de mai. 2023.

CASAL JÚNIOR, Marcello. **Gastos do governo com pandemia chegam a R\$ 38,2 bi na Saúde e R\$ 2,7 bi na Cultura**. 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/701831-gastos-do-governo-com-pandemia-chegam-a-r-382-bi-na-saude-e-r-27-bi-na-cultura/>. Acesso em: 16 de mai. 2023.

GERBASE, Livi. **Orçamento 2021: entre erros, chantagens e falta de recursos para enfrentar a pandemia**. 2021. Disponível em <https://www.inesc.org.br/orcamento-2021-entre-erros-chantagens-e-falta-de-recursos-para-enfrentar-a-pandemia/>. Acesso em: 16 de mai. 2023.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Principais ações na área econômica**. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/dois-anos-de-avancos/acoes-combate-a-covid-19>. Acesso em: 15 de mai. 2023.

NOBRE, Noéli. **Projeto obriga burladores do auxílio emergencial a devolver dinheiro em dobro**. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/666889-projeto-obriga-burladores-do-auxilio-emergencial-a-devolver-dinheiro-em-dobro/>. Acesso em: 21 de mai. 2023.

ROUBICEK, Marcelo. **Qual o impacto do novo auxílio para a população e a economia**. 2021. Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2021/03/16/Qual-o-impacto-do-novo-aux%C3%ADlio-para-a-popula%C3%A7%C3%A3o-e-a-economia>. Acesso em: 22 de mai. 2023.

TONETO, Rodrigo; CARDOMINGO, Matias; CARVALHO, Laura. **Salvando vidas e a economia: a importância dos gastos públicos na crise causada pela covid-19**. Nota de Política Econômica n° 0009. MADE/USP. 2021. Disponível em <https://madeusp.com.br/wp-content/uploads/2021/03/NPE-009-site-2.pdf>. Acesso em: 19 de mai. 2023.

UOL ECONOMIA. **Auxílio emergencial chega a R\$275 bi pagos e beneficia 67,9 mi de pessoas**. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/12/15/auxilio-emergencial-chega-a-r-275-bi-pagos-e-beneficia-679-mi-de-pessoas.htm>. Acesso: 20 de mai. 2023.

REVISÃO DO FGTS NO BRASIL: ANÁLISE DOS IMPACTOS E PERSPECTIVAS

INSPECTION OF THE FGTS IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE IMPACTS AND PERSPECTIVES

Kevellyn Mariana Souza Fernandes

kevellyn-fernandes@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/8235243618530341>

Vitória Dreide Xavier Araújo Silva

dreidevitoria@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/3638034320387808>

RESUMO: O presente estudo versa sobre o debate da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 5.090, que discorre sobre o critério de remuneração do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, qual seja, à taxa referencial (TR) e juros capitalizados de 3% ao ano (art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 c/c art. 17, *caput*, da Lei nº 8.177/1991). Conforme é possível depreender da discussão, a legislação em comento já passou por diversas alterações, sendo expressiva a sua importância e o avanço atinente à seara da defesa dos direitos fundamentais sociais do trabalhador. Dito isso, o trabalho traz em seu teor um breve histórico do FGTS no Brasil, buscando contextualizar a evolução desse sistema e a necessidade de adequação de sua liquidez. Para isso, foi realizada uma pesquisa de caráter exploratório, qualitativo, bibliográfico e documental, que buscou verificar em que medida houve a violação do direito fundamental social do trabalhador. Portanto, o artigo visa analisar ambos os debates, sendo preponderante o entendimento de que a remuneração das contas do FGTS não atende os pressupostos perpetrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) se seus rendimentos estiverem inferiores aos da caderneta de poupança.

Palavras-chave: FGTS; ADI nº 5.090; Rendimento; Taxa referencial; Caderneta de poupança.

ABSTRACT: The present study deals with the debate of the Direct Action of Unconstitutionality - ADI nº 5.090, which discusses about the remuneration criterion of the Fundo de Garantia por tempo de Serviço - FGTS, that is, at the reference rate (TR) and capitalized interest of 3% per year (art. 13, *caput*, of Law nº 8.036/1990 combined with art. 17, *caput*, of Law nº 8.177/1991). As it is possible to infer from the discussion, the legislation in question has already undergone for several alterations, being expressive its importance and the progress related to the area of the fundamental social rights defense of the worker. That said, this paper brings in its content a brief history of the FGTS in Brazil, seeking to contextualize the evolution of this system and the need to adjust its liquidity. For this, it was carried out an exploratory, qualitative, bibliographical and documentary research which sought to verify to what extent there was a violation of the fundamental social right of the worker. Therefore, the article aims to analyze both debates, with a predominant understanding that the remuneration of FGTS accounts does not meet the assumptions perpetrated by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB/1988) if your income is lower than that of the savings.

Keywords: FGTS; ADI nº 5.090; Income; Reference rate; Savings account.

INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um direito fundamental dos trabalhadores, o qual está devidamente resguardado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e regulado pela Lei n.º 8.036, 11 de maio de 1990.

Diante disso, pela pertinência desse fundo, o presente estudo busca analisar o critério de remuneração do Fundo de Garantia por Tempo no Serviço - FGTS, correspondente à taxa referencial (TR) e juros capitalizados de 3% ao ano (art. 13, *caput*, da Lei n.º 8.036/1990 c/c art. 17, *caput*, da Lei n.º 8.177/1991) e o valor desrazoável fornecido pela União.

Nesse sentido, o presente artigo analisará a garantia elencada na CRFB/1988 e a incompatibilidade do referido índice de correção monetária com a previsão da referida Lei, demonstrando a inconstitucionalidade do índice utilizado e a violação dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Inicialmente, a pesquisa elucida a conceituação e os aspectos históricos do respectivo fundo de garantia, expondo sua importância para os trabalhadores, em razão de viabilizar o seu sustento diante de uma possível situação de desemprego.

Por conseguinte, é conceituada a taxa referencial, e a caderneta de poupança, evidenciando as diferenças, seus rendimentos e outros aspectos econômicos que permeiam os dois tipos de rendimentos. Além disso, segue evidenciado, através de dados, para evidenciar as disparidades existentes.

Por fim, traz-se à baila a temática central da ADI, qual seja, o questionamento sobre a defasagem da Taxa Referencial como índice de correção monetária relativo ao FGTS e os consequentes prejuízos para os beneficiários, pois conforme os autores da ação, a TR além de provocar expurgo inflacionário e provocar perdas econômicas aos trabalhadores, gera enriquecimento sem causa à máquina pública.

Entretanto, conforme exposto pelo ente público, a manutenção da TR como índice de correção monetária é medida necessária, uma vez que a alteração traria consequências negativas para o fomento de possíveis políticas públicas oriundas do fundo, além de alegar ser uma matéria de discricionariedade do poder legislativo.

Logo, para tanto, foi realizada uma pesquisa de caráter exploratório, qualitativo, bibliográfico e documental que buscou verificar em que medida houve a violação do direito fundamental social do trabalhador.

HISTÓRICO DO FGTS NO BRASIL: CONTEXTUALIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DO SISTEMA

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é um direito social do trabalhador, previsto no artigo 7º, III, CRFB/1988, que visa proporcionar “melhoria de sua condição social” (art. 7º, *caput*, CRFB/1988). O respectivo fundo foi instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, buscando proteger o trabalhador demitido sem justa causa, oferecendo-lhe uma forma de assistência financeira temporária.

Cabe destacar que esse inicialmente surgiu como uma alternativa ao regime de estabilidade decenal, previsto no art. 492 da CLT o qual previa que: “O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas” (BRASIL, 1943). Nesse sentido, Maurício Godinho (2011, p.1206) diz que:

Criado pela Lei nº 5.107, de 1966, inicialmente como sistema alternativo ao indenizatório e estabilizatório da CLT, o FGTS submetia-se a uma opção escrita por parte do trabalhador, no início do contrato laborativo. A nova lei facultava também a realização de opção retroativa ao longo do contrato ainda não inserido no sistema do Fundo de Garantia.

Atualmente, o FGTS é regido pela Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e em razão de seu caráter social, pode ser utilizado em outras situações específicas, como na compra de imóveis, no pagamento de parte do financiamento habitacional, na aposentadoria, em caso de doenças graves e na ocorrência de desastres naturais vinculados as necessidades pessoais do beneficiário, conforme expressa o artigo 20 da referida lei.

Dessa forma, FGTS é formado por um depósito bancário vinculado, pecuniário, compulsório, efetuado pelo empregador em favor do trabalhador, objetivando formar uma espécie de poupança para este, que poderá ser sacado nas hipóteses legalmente previstas.

O FGTS é constituído assim por depósitos mensais feitos pelos empregadores em contas vinculadas aos trabalhadores, correspondentes a 8% do salário bruto. Esses

depósitos são realizados em uma instituição financeira determinada pela Caixa Econômica Federal, que é o agente operador do FGTS. Vejamos:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965 (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Esse recolhimento a título de FGTS não possui natureza jurídica de tributo. Segundo explica Leandro Paulsen (2017, p.359): “Trata-se de um ônus de cunho trabalhista. Note-se que tributo, por essência, pressupõe a inversão de recursos ao Estado ou a outros entes que exerçam serviços públicos, e não a particulares no seu interesse pessoal, como é o caso do FGTS.” Nesse mesmo sentido segue a jurisprudência, conforme o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em súmula de nº 353, aduzindo que “As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2008).

O ordenamento exige o enquadramento de dois critérios para fins de incidência da contribuição ao FGTS, portanto, para que incida contribuição previdenciária sobre os valores pagos aos empregados, é necessário que essa verba possua duas características cumulativas, sendo elas: ser uma verba de natureza remuneratória/trabalhista e ter que ter habitualidade.

É ainda importante salientar que diante de demissão sem justa causa, o empregador é obrigado a depositar, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, uma indenização compensatória de 40% do montante de todos os depósitos efetuados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros, conforme o art. 18, § 1º da Lei n.º 8.036/90.

No entanto, ressalta-se que tal regra não se aplica aos casos de demissão por acordo entre empregado e empregador, já que a reforma trabalhista alterou o artigo 484-A. Essa reforma impactou o percentual da indenização compensatória do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), estabelecendo que em caso de demissão por acordo, a multa rescisória pode ser reduzida a 20% do saldo do FGTS, ao invés dos tradicionais 40%, proporcionando um cenário mais favorável para ambos os lados.

O trabalhador, chamado de trabalhador participante do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tem direito a sacar o saldo do FGTS quando ocorrem algumas situações específicas, como demissão sem justa causa, término do contrato por prazo determinado, aposentadoria, compra de imóvel, doenças graves, dentre outras. Além disso, é possível realizar o saque-aniversário, modalidade que permite ao trabalhador sacar uma parte do saldo do FGTS anualmente no mês de seu aniversário.

Ressalta-se que os 8% do FGTS incide sobre tudo o que é pago ao trabalhador, salvo aquilo que a lei expressamente exclui, sendo essas previstas taxativamente no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91. Essa exclusão é determinada pelo § 6º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 que prevê que:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

(...)

§ 6º Não se incluem na remuneração, para os fins desta Lei, as parcelas elencadas no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, os tribunais entendem que em se tratando de contribuição de FGTS, pouco importa a natureza da verba trabalhista, tendo em vista que a lei é taxativa quanto às exceções, ou seja, independente da vinculação empregatícia associada à verba remuneratória, o FGTS deve ser recolhido, apenas havendo não incidência sobre as verbas elencadas no artigo 15, parágrafo 6º, da Lei nº 8.036/1990, como por exemplo, os benefícios previdenciários, ajuda de custo e adicional mensal recebido por aeronautas, importâncias recebidas a título de incentivo à demissão, dentre outros, salvo às exceções legais. Nesse sentido, é o que ratifica o STJ na súmula nº 646, vejamos:

Súmula 646-STJ: É irrelevante a natureza da verba trabalhista para fins de incidência da contribuição ao FGTS, visto que apenas as verbas elencadas em lei (artigo 28, parágrafo 9º, da Lei 8.212/1991), em rol taxativo, estão excluídas da sua base de cálculo, por força do disposto no artigo 15, parágrafo 6º, da Lei 8.036/1990 (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2021).

Conforme o exposto, as regras do FGTS sofreram diversas alterações ao longo do tempo, seja para ampliar as garantias ou corrigir equívocos e corrigir omissões. Atualmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5090 trouxe novo debate

quanto ao FGTS, ao questionar o critério de remuneração desse. Essa ação sustenta que a taxa referencial, o parâmetro utilizado na legislação para rendimento do fundo, gera perdas aos trabalhadores, uma vez que ela não acompanha a inflação.

A mencionada ADI, sustenta que o FGTS seria semelhante a uma “poupança forçada”. No entanto, enquanto o fundo ostenta níveis de segurança semelhantes a uma poupança, a sua liquidez é inferior à tal modalidade de aplicação financeira (art. 7º, *caput* e III, *c/c* art. 5º, *caput* e XXII, da CRFB/88). Diante disso, reafirmam que a remuneração de qualquer investimento financeiro deve ser proporcional aos riscos assumidos e à sua liquidez.

Nesse sentido, para compreensão da matéria elencada no presente trabalho, é fundamental compreender o que é a taxa referencial, e o que significa a poupança, bem como as diferenças de rentabilidade e os impactos no rendimento das contas do fundo de garantia.

A taxa referencial (TR), criada pela Lei nº 8.177, de 01 de março de 1991, possuía a finalidade de controlar a inflação e desindexar a economia, pois, sendo uma taxa de juros de referência, controlada pelo Banco Central do Brasil, era o parâmetro utilizado para aplicação de taxas de juros da economia, pois o país atravessava um período de instabilidade financeira com elevada inflação, e conforme o debate da ADI nº 493 do Supremo Tribunal Federal, em 1992, a TR apresentava uma excelente solução à época, sendo ela um

[...] índice que exprime a taxa média ponderada do custo da captação da moeda por entidades financeiras para sua posterior aplicação por estas. A variação dos valores das taxas desse custo prefixados por essas entidades decorre de fatores econômicos vários, inclusive peculiares a cada uma delas (assim, suas necessidades de liquidez) ou comuns a todas (como, por exemplo, a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro, a política de juros adotada pelo Banco Central, a maior ou menor oferta de moeda), e fatores esse que nada têm que ver com o valor de troca da moeda, mas sim – o que é diverso -, com o custo da captação desta (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº493, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Julgado em 25 de junho de 1992. DJ 04/09/1992, Relator Ministro Moreira Alves. p. 320).

Entretanto, ao passar dos anos, foi substituída pela Taxa Selic, em razão de esta última estar apresentando melhor rentabilidade ao controle inflacionário, e permanece até os dias atuais.

Embora a TR ainda seja um indexador usual do Banco Central do Brasil para alguns investimentos, como a poupança, o FGTS, os títulos de capitalização, o financiamento imobiliário e os títulos públicos, é importante ressaltar que para fins de

FGTS a taxa base utilizada para o cálculo da TR é a taxa referencial mensal e que o Banco Central do Brasil estabeleceu que a TR não poderia ficar negativa, portanto, não é incomum verificar que a TR mensal está zerada em alguns momentos, o que implica na ausência de rentabilidade.

Por outro lado, a caderneta de poupança, criada através do Decreto nº 2.723, de 12 de janeiro de 1861, também regulada pelo Banco Central do Brasil, com a finalidade inicial de atender a população mais carente, de maneira que pudessem lograr algum rendimento a partir de suas economias.

Ademais, a caderneta é um modelo de investimento marcada pela alta liquidez, ausência de taxas e isenção de impostos, e em que se leva em consideração para seu apreciação de rendimento a Taxa Selic e a Taxa Referencial, sendo que desde 04 de maio de 2012, o rendimento da caderneta de poupança depende do valor da Taxa Selic, pois se a Taxa Selic estiver acima de 8,5% ao ano, o rendimento da Poupança será de 0,5% ao mês somado ao valor da TR; se a Taxa Selic estiver igual ou abaixo de 8,5%, o rendimento da Poupança será de 70% da Taxa Selic mais o valor da TR.

Ademais, segue demonstrado abaixo dados atuais dos rendimentos da caderneta de poupança, considerando as atuais Taxas Selic e TR, para ilustrar a disparidade, e melhor compreensão do estudo:

Data	Data Fim	Depósitos até 03.05.2012			Depósitos a partir de 04.05.2012		
		Remuneração Básica	Remuneração Adicional	Remuneração Total	Remuneração Básica	Remuneração Adicional	Remuneração Total
10/04/2023	10/05/2023	0,1482	0,5000	0,6489	0,1482	0,5000	0,6489
11/04/2023	11/05/2023	0,1483	0,5000	0,6490	0,1483	0,5000	0,6490
12/04/2023	12/05/2023	0,1483	0,5000	0,6490	0,1483	0,5000	0,6490
13/04/2023	13/05/2023	0,1483	0,5000	0,6490	0,1483	0,5000	0,6490
14/04/2023	14/05/2023	0,1111	0,5000	0,6117	0,1111	0,5000	0,6117
15/04/2023	15/05/2023	0,0840	0,5000	0,5844	0,0840	0,5000	0,5844
16/04/2023	16/05/2023	0,1114	0,5000	0,6120	0,1114	0,5000	0,6120
17/04/2023	17/05/2023	0,1488	0,5000	0,6495	0,1488	0,5000	0,6495
18/04/2023	18/05/2023	0,1492	0,5000	0,6499	0,1492	0,5000	0,6499
19/04/2023	19/05/2023	0,1492	0,5000	0,6499	0,1492	0,5000	0,6499

Fonte: Banco Central do Brasil

Logo, é notório o expurgo inflacionário da TR, que atualmente está muito abaixo da Taxa Selic, e afeta diretamente os rendimentos da caderneta de poupança. É necessário reiterar que, a TR já foi zerada diversas vezes, acarretando maior prejuízo aos beneficiários do FGTS.

Nesse sentido, na ADI n° 5090, afirmou-se que a diferença entre o valor das contas, se considerada a inflação, e seu valor atualizado pela TR estaria sendo apropriado pela Caixa Econômica Federal, sendo assim um desrespeito ao direito de propriedade, ao direito social dos trabalhadores ao FGTS e à moralidade administrativa. Dessa forma, haveria um desrespeito ao direito de igualdade diante dos encargos sociais e a vedação ao enriquecimento sem causa.

Apesar disso, a União afirma que a CRFB/1988 não garante um direito à correção monetária dos depósitos do FGTS. Para a União, a incidência de tal correção e sua taxa seriam matérias entregues à discricionariedade do Legislativo. Esses ainda defendem um fim multifuncional pelo qual esses recursos também deveriam ser utilizados para projetos de interesse público a baixo custo.

No entanto, tais ponderações se encontram equivocadas, já que quem deve se adequar é a legislação a CRFB/88 e não o inverso, sendo assim a utilização dos recursos em políticas públicas é possível, mas essa utilização não pode restringir os direitos constitucionais dos trabalhadores ou interferir sobre a finalidade constitucional do benefício.

Nesse sentido, a desequiparação remuneratória entre FGTS e poupança é algo alarmante, já que a caderneta de poupança foi escolhida pelo próprio legislador como parâmetro para a definição da rentabilidade do Fundo.

Por isso, essa desequiparação torna-se preocupante, já que a baixa rentabilidade do fundo se deve ao fato de que seus recursos favorecem outros sujeitos além da relação econômico-financeira entre o fundista e o Fundo. Diante disso, observa-se que ocorre o “sacrifício” dos trabalhadores para que ocorra o custeamento de investimentos sociais.

Logo, tal ação pela União é desrazoável, tendo em vista que esse método impõe a um grupo de hipossuficientes o completo custo de uma política de interesse coletivo, sem remuneração condizente com essa situação.

Por conseguinte, o FGTS constitui recurso de propriedade do trabalhador, não sendo então um recurso público. Por isso, reafirma-se sua natureza de direito constitucional social e de poupança compulsória. Deste modo, não há dúvida de que a sua remuneração tem que ser ao menos equivalente à remuneração da caderneta de poupança.

Ressalta-se que o Brasil é signatário da Agenda 2030 da ONU a qual prevê que o país deve primar por trabalho decente e crescimento econômico, redução de desigualdades, paz, justiça e instituições eficazes. Nesse ínterim, cabe ao judiciário sopesar a realidade legislativa, e adequá-la às demandas sociais vivenciadas por sua população, já que a legislação, por vezes, torna-se obsoleta diante do dinamismo social, sendo necessário engendrar um novo viés. Assim, aguarda-se que a ADI em comento finalize o seu julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

E até o momento apenas dois dos onze ministros do STF proferiram seus votos, quais sejam, os ministros Luís Roberto Barroso e André Mendonça, cujos entendimentos convergem para a alteração do índice de correção do FGTS, equiparando-o ao da caderneta de poupança.

Entrementes, é salutar elucidar as alegações aduzidas pelo relator da ação, qual seja, o ministro Luiz Roberto Barroso. No princípio de seu voto, o ministro reiterou o caráter patrimonial privado do FGTS, sendo uma garantia ao trabalhador. Afirma também que, ainda que haja previsão legislativa à possível incidência de dispensação dos recursos do fundo aos interesses da União, esse não deve ocorrer, pois haveria sacrifício do benefício dos trabalhadores, polo vulnerabilizado, para custeio de investimentos que beneficiariam a sociedade como um todo, sendo a medida desproporcional. E conforme dito pelo ministro:

Em síntese, os trabalhadores – entre eles os estratos mais vulnerabilizados e hipossuficientes da população – têm parte de seu fundo de garantia sacrificado para custear investimentos que interessam à sociedade como um todo, inclusive aos mais abastados. Em outras palavras, para evitar lançar mão de recursos públicos para a consecução de fins igualmente públicos, a União optou por impor aos trabalhadores, unilateralmente, o peso da satisfação dos interesses gerais. O que se tem, portanto, é uma aplicação financeira compulsória, muito semelhante à poupança, em que os cotistas são forçados a suportar uma remuneração extremamente baixa – muito inferior a qualquer outra aplicação, inclusive as mais conservadoras (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – ADI nº 5090, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, Data de Julgamento: 20/04/2023).

Nesse sentido, S. Exa., advoga a favor da remuneração das contas do FGTS ser condizente com o rendimento da caderneta de poupança, mas que os efeitos sejam modulados, ou seja, que a atualização conforme a caderneta seja válida apenas após a publicação da ata de julgamento. Ademais, o ministro André Mendonça acompanhou o entendimento supracitado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto alhures, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um direito de cunho social concedido ao trabalhador, a título de garantia de manutenção temporária de suas condições econômicas, enquanto encontra-se desempregado, ressalvadas as condições legais.

E tendo em vista a importância do referido fundo, instalou-se uma discussão acerca do índice de correção, e da natureza do benefício, na ADI nº 5090, perante o Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, é importante compreender os conceitos de Taxa Referencial e Caderneta de Poupança para adentrar ao assunto da ADI, já que a discussão da alteração do índice de correção está ligada à defasagem do rendimento da TR, causando perda de poder aquisitivo aos beneficiários do fundo.

Por isso, tal debate quanto à revisão torna-se emblemática, já que a alteração do índice trará mudanças econômicas de ordem significativas, com efeitos *ex nunc*, ocorrendo assim a modificação da legislação de 1991, que implementou a taxa referencial como índice de correção ao FGTS.

Posto isto, conclui-se que tratando-se de recurso de propriedade do trabalhador não há dúvida da necessidade de observar e implementar o que há de melhor para o direito social deste. Assim, pelo estudo compreendeu-se que o melhor seria uma remuneração ao menos equivalente à remuneração da caderneta de poupança.

REFERÊNCIA

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Remuneração dos depósitos de poupança.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/remuneradepositospoupanca>. Acesso em: 28 mai. 2023.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15107.htm. Acesso em: 22 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm. Acesso em: 22 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 27 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 353.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/download/5583/5706>. Acesso em: 22 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493.** Tribunal Pleno. Julgado em 25 de junho de 1992. DJ 04/09/1992, Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 28 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 646.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/download/12307/12412>. Acesso em: 22 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5090.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotominBarroso_ADI5090.pdf. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL INDICADORES. **Taxa referencial: o que é, para que serve e como calcular?.** Disponível em: <https://brasilindicadores.com.br/tr/sobre/>. Acesso em: 27 mai. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 2.723, de 12 de janeiro de 1961.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2723-12-janeiro-1861-556013-publicacaooriginal-75580-pe.html>. Acesso em: 28 mai. 2023.

CNN BRASIL. **O que é TR (Taxa Referencial) e como ela impacta as suas finanças?.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/taxa-referencial-tr-saiba-o-que-e-e-quais-investimentos-ela->

ESTADO DEMOCRÁTICO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E TECNOLOGIA: A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE À EXPOSIÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS

*DEMOCRATIC STATE, FUNDAMENTAL RIGHTS AND TECHNOLOGY: CIVIL
RESPONSIBILITY FOR EXPOSING INTIMATE PHOTOS*

Ana Júlia Saldanha Caldas
anajucaldas@gmail.com

José Adélcio da Silva Júnior
jose.adelcio@unimontes.br
<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Mariana Pormann Miranda
mpormannmiranda@gmail.com

Sarah Letícia Silva Pinheiro
sarahleticiasr@gmail.com

RESUMO: O Direito regula as relações interpessoais, de modo que quando tais relações são alteradas, é preciso que o Direito se adeque à nova realidade. Os avanços tecnológicos, especialmente a *internet*, são exemplos de como fatores externos ao impactarem as relações humanas precisam de atenção do legislador a fim de assegurar os direitos fundamentais. Nesse sentido, a exposição de fotos íntimas tornou-se um problema fomentado pela velocidade e facilidade de divulgação de conteúdos na *internet*. Dessa forma, o objetivo geral é analisar a interseção entre o estado democrático, os direitos fundamentais e a tecnologia, com foco na questão da exposição de fotos íntimas, a fim de compreender os desafios e implicações da responsabilidade civil nesse contexto, a partir do método dedutivo, pesquisa bibliográfica e forma exploratória. Quanto ao objetivo específico este artigo busca examinar a evolução tecnológica e sua influência na forma como as informações e imagens pessoais são compartilhadas e disseminadas. A responsabilidade civil é regulada pelo Código Civil de 2002, devendo ser aplicada ao caso concreto adequando-se à CRFB/1988 para manter a coesão do ordenamento jurídico e respeitar os direitos fundamentais consolidados no texto constitucional. A exposição de fotos íntimas atinge diretamente a dignidade da vítima, possibilitando a responsabilização civil. No entanto, a lei é falha em estipular critérios para reparação do dano.

Palavras-chave: Dano. Direito à Intimidade. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The Law regulates interpersonal relationships, so that when such relationships are changed, it is necessary for the Law to adapt to the new reality. Technological advances, especially the internet, are examples of how external factors, when impacting human relations, need the attention of the legislator in order to guarantee fundamental rights. In this sense, the exposure of intimate photos has become a problem fostered by the speed and ease of dissemination of content on the internet. In this way, the general objective is to analyze the intersection between the democratic state, fundamental rights and technology, focusing on the issue of exposing intimate photos, in order to understand the challenges and instructions of civil liability in this context, based

on the method deductive, bibliographic research and exploratory form. As for the specific objective, this article seeks to examine technological evolution and its influence on the way personal information and images are shared and disseminated. Civil liability is regulated by the 2002 Civil Code, and must be applied to the specific case, adapting to the CRFB/1988 to maintain the coherence of the legal system and comply with the fundamental rights consolidated in the constitutional text. The exposure of intimate photos directly affects the victim, generating civil liability. However, the law fails to stipulate criteria to close the damage.

Keywords: Damages. Right to Privacy. Civil Liability.

INTRODUÇÃO

Considerando que o Direito decorre da necessidade de regular as relações interpessoais, se a maneira com que as pessoas se relacionam é alterada, é de se esperar que o Direito também sofra alterações. Dessa forma, a introdução dos avanços tecnológicos no cotidiano, em especial a internet, levou a mudanças no comportamento da sociedade que carecem de atenção do legislador.

A comunicação foi profundamente alterada, o que trouxe inegáveis melhorias, mas, por outro lado, ampliou a vulnerabilidade de direitos fundamentais ao impulsionar o conflito entre o Direito à Liberdade de Expressão e o Direito à Intimidade. Este conflito pode, ainda, ferir outras garantias inerentes à dignidade da pessoa humana.

Uma das problemáticas que se observa é a divulgação sem consentimento de fotos íntimas. O agente se valendo da posse de uma foto íntima utiliza da internet e das redes sociais para divulgá-la, atingindo a dignidade da vítima que sofre diversos prejuízos pela exposição de sua intimidade. Para tanto, o legislador pode oferecer soluções na área cível e penal.

Sem prejuízo da necessidade de uma resposta na área penal, o presente trabalho concentra-se na responsabilidade civil que decorre da divulgação de fotos íntimas, buscando constatar se o ordenamento jurídico brasileiro oferece uma resposta adequada à problemática. Para isso, optou-se pelo método dedutivo e pela pesquisa bibliográfica por meio da forma exploratória.

Torna-se, então, necessário compreender o impacto da tecnologia no Direito para saber quais os direitos estão em discussão, a fim de se chegar à possibilidade ou não de se falar em responsabilidade civil pela divulgação de fotos íntimas. Se de fato há responsabilidade civil, como é defendido, resta saber como tal pretensão é acolhida pela atual legislação.

1. A TECNOLOGIA E AS RELAÇÕES HUMANAS

A revolução Técnico-Científica iniciada na metade do século XX trouxe avanços das tecnologias, conseqüentemente, ampliou o processo de globalização e a velocidade das relações humanas (GONÇALVES; LOPES, 2017). Decerto, a tecnologia tem influenciado significativamente as relações humanas, tanto positiva quanto negativamente.

Hodiernamente, a comunicação entre pessoas de diferentes partes do mundo tem sido encurtada através de ferramentas como e-mail, redes sociais, vídeo chamadas, aplicativos de mensagens. Desse modo, é possível se conectar instantaneamente com amigos, familiares e colegas (PRADO, 2020). O que torna as relações humanas independentes da localização geográfica.

Ressalta-se que o advento da *internet* foi o catalisador dos processos de evolução tecnológica, uma vez que a integração mundial nunca ocorreu de forma tão veloz, proporcionando conhecimentos à distância de um clique (GONÇALVES; LOPES, 2017). No entanto, além do conhecimento, a evolução cada vez mais fugaz da tecnologia, passa a intermediar outros aspectos das relações humanas: a liberdade, privacidade e a segurança, direitos fundamentais que se tornaram mais vulneráveis tendo em vista o novo mundo da *internet*. Desta maneira, na era da hiperconectividade, se faz necessário fortalecer o direito no ambiente digital, uma vez que é preciso impor limites que assegurem a efetividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático brasileiro.

1.1. OS BENEFÍCIOS DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E TECNOLOGIA

A influência da tecnologia no Direito tem se intensificado cada vez mais nos últimos anos, tendo em vista a celeridade que a *internet* propicia nas interações sociais, metodologias de ensino e consumo de informações. Com as Tecnologias da Informação e Comunicação (TICS), conjunto de recursos tecnológicos utilizados para automação e comunicação, há uma inegável redução e melhor gestão do tempo, dos custos e a maior qualificação do serviço (SARAIVA, 2022).

Conforme já explicitado, é a celeridade proporcionada pela tecnologia que mais se alia ao jurídico, passando a exigir rápida adequação dos juristas, uma vez que a grande maioria dos processos recebidos pelos tribunais, por exemplo, já são eletrônicos, processo este intensificado pela pandemia de Covid-19.

Alguns exemplos proporcionados pela tecnologia em benefício ao direito são: assinatura digital, ideal para os processos eletrônicos serem inteiramente efetivos no meio digital; as audiências e intimações *online*, que fortalecem o princípio da economia processual e evidenciam a independência das relações frente à localização geográfica; além de *softwares* jurídicos que auxiliam em contagem de prazos com maior eficácia, logo propiciando a efetividade na busca do poder judiciário e também em relação aos sistemas conveniados dos tribunais (Sisbajud, Renajud, Infojud, Infoseg), que atraem a maior parte dos processos para o meio eletrônico.

Com base nos fatos apresentados, é possível introduzir uma nova área profissional no ramo do direito, a denominada tecnologia jurídica, nome este dado à incorporação de ferramentas tecnológicas ao campo do Direito, com o objetivo de facilitar processos burocráticos e repetitivos (LOPES, 2021). Dessa forma, os advogados podem realizar ações com mais eficácia e agilidade, além de ter um controle maior das atividades.

Compreender a dicotomia tecnologia-direito é essencial para a desmistificação e evolução dos ramos, considerando que com um melhor conhecimento e análise é possível que tal relação ocorra de forma saudável. Além disso, proporciona uma melhor análise do campo tecnológico frente ao ordenamento jurídico atual, que se encontra desmuniado de defesas efetivas quando as tecnologias são usadas para atacar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

1.2. A TECNOLOGIA FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Em vista do que já foi mencionado, tem-se por óbvio que a tecnologia alterou as relações humanas, podendo ser benéfica em relação ao direito. No entanto, sendo um ramo consideravelmente novo e em constante ascensão, é imprescindível analisar os impasses de direitos envolvendo o uso das tecnologias, sobretudo frente aos direitos fundamentais do Estado Democrático brasileiro. Nesse aspecto, o furto de dados ou uso indevido de imagem são problemas encontrados no meio digital, sendo situações que envolvem direitos básicos e fundamentais em face da perspectiva digital no que se refere a questões de liberdade de expressão e privacidade.

Os direitos fundamentais são os direitos protetivos, garantidos pela CRFB/1988, visando efetivar o mínimo necessário para uma vida digna em sociedade. Dessa maneira, a inviolabilidade desses direitos é o que solidifica a relação entre o

indivíduo e o Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, no âmbito dos direitos fundamentais que mais são impactados pelos adventos tecnológicos estão os direitos fundamentais à liberdade, privacidade e à segurança.

É notório que o direito à liberdade, não se limita à liberdade física, englobando o direito de ir e vir, o direito de livre expressão e pensamento, entre outros. Ademais, o direito à privacidade se remete a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas. Enquanto o direito à segurança visa à capacidade do Estado em punir aqueles que não respeitam as leis.

No meio digital os limites e a eficácia desses direitos ficaram desconexos com a realidade, promovendo questionamento a despeito de sua verdadeira eficácia de no ambiente virtual. Nesses casos, cria-se uma colisão direta aos direitos e garantias fundamentais, por exemplo, a liberdade de expressão versus o direito da privacidade. O legislador diante de tal conflito busca adequar-se e prevenir violações aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a Lei Carolina Dieckman entrou em vigor no ano de 2013, ganhando este nome devido ao vazamento de fotos íntimas da atriz na *internet*. Assim, a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, propôs alterações no Código Penal, que passou a contar com artigos que tipificam os chamados “delitos informáticos”, instituindo penas para quem os cometesse, fazendo valer o direito fundamental à segurança. Ainda no aspecto que visa demarcar juridicamente o meio digital, há a Lei nº 12.965/14, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da *Internet*, em vigor desde 2014, que é responsável por regulamentar a utilização da *internet* no País, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres, assim como determina diretrizes para a atuação do Estado.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS FERIDOS PELA EXPOSIÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS

No âmbito doméstico, a promulgação da CRFB/1988 ocorreu sob a égide de um espírito de redemocratização, em resposta ao período autoritário anterior. Por essa razão, houve a previsão de diversos direitos, dispostos não tão somente, mas, em sua maioria, no Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”, que comporta dois capítulos: “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” e “Dos direitos sociais”. Neste último, estão alocados, a título de exemplo, o direito à liberdade de expressão (art. 5º, § 4º) e à intimidade (art. 5º, inciso X). Cabe, brevemente e de maneira oportuna, recorrer à diferenciação entre direitos e garantias fundamentais; enquanto os direitos possuem

caráter declaratório, as garantias existem para atribuir materialidade aos direitos fundamentais.

Tendo em vista a primazia da CRFB/1988 no ordenamento jurídico pátrio, é de grande monta a consideração do conteúdo estampado no art.1º do diploma, o Estado Democrático de Direito previsto no *caput* e a dignidade da pessoa humana, tido como valor fundante. As duas expressões estão imbricadas, uma vez que o Estado “passa a exigir a participação efetiva dos cidadãos nas decisões públicas. Isso tem consequências na leitura do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto reconhece a capacidade de o próprio indivíduo dizer o que é, para ele, dignidade” (PEDUZZI, 2019, p. 37).

Ainda, segundo Flávia Piovesan (2007, p.26), “Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora”. Dessa maneira, os princípios constitucionais, sobretudo o Princípio da Dignidade Humana, devem limitar e guiar as ações do Estado e da própria comunidade, sob pena de infringir a essência do regime político adotado e talhada no artigo inaugural da Lei Maior do país.

Isto posto,

O Direito exerce papel fundamental na proteção e promoção da dignidade humana, sobretudo quando cria mecanismos destinados a coibir eventuais violações. Ressalte-se novamente que a dignidade não existe apenas onde é reconhecida, posto que é um dado prévio. Como expressão da própria condição humana, a dignidade pode e deve ser reconhecida e promovida, mas, não pode ser criada ou concedida (SARLET, 2003, p.203).

Assim, todos os sujeitos, indistintamente, devem ter sua dignidade assegurada. A ciência jurídica é, então, um meio para atingir tal objetivo, tanto em vias antecipatórias - com a criação de recursos que evitem a infringência do princípio constitucional - quanto em vias repressivas, a partir da devida tutela jurisdicional ante à violação expressa.

Em termos de exposição não consentida de fotos íntimas, existe um desrespeito flagrante ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e aos Direitos da Personalidade, a incluir o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, inciso X, da CFRB/1988).

A pessoa que tem sua vida sexual exposta de forma não autorizada sofre danos de várias ordens, como prejuízos psicológicos, aos relacionamentos interpessoais e até

mesmo financeiros - diante do fato de que a exibição pessoal feita por terceiro pode acarretar a maculação da imagem da vítima, de maneira a comprometer suas relações profissionais. Sobre a nocividade do comportamento criminoso na saúde mental de mulheres, que são as principais vítimas, expõe-se que

Transtorno alimentar, alcoolismo, automutilação, depressão, ideações e tentativas de suicídio, fobias, dificuldades de se relacionar socialmente e problemas de autoestima foram quadros relatados como consequência da exposição, tendo sido agravados ou iniciados após a experiência da violência (BEVILACQUA; PATROCINO; 2021).

Portanto, frente à constatação de que a Democracia assenta suas bases no Princípio da Dignidade Humana e nos Direitos Fundamentais; de que o Direito deve servir como mecanismo para desestimular e coibir práticas dissonantes ao valor constitucional; de que a exposição desautorizada de fotos íntimas viola o direito fundamental à intimidade, é cristalino o dever do Estado e do Direito em punir tais condutas, uma vez que a inércia ou a tutela jurisdicional ineficiente pode ensejar a corrupção do próprio regime político posto.

3. NOVO PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA EXPOSIÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS

Fernand Lassalle, em “A Essência da Constituição”, discute o que diferencia as leis em *lato sensu* e a Constituição. Ao se debruçar sobre alguns conceitos definidos por jurisconsultos, o autor encontra respostas que apenas descrevem a formação das constituições e o que fazem. Então, concluiu que a diferença entre a Constituição e as leis reside no fato que a primeira deve servir como verdadeiro fundamento para as segundas, de maneira que, por mais que exista a vontade, não deve haver a promulgação de nenhuma lei contrária à CRFB/1988 (VIEIRA, 1998).

Na mesma toada das contribuições deste teórico polonês, as leis brasileiras, para serem consideradas válidas, devem estar materialmente em conformidade com o conteúdo da CRFB/1988. Assim, os princípios e direitos fundamentais dispostos na CRFB/1988 devem nortear a aplicação de todas as normas. Nesse sentido, a doutrina passou a propugnar a ideia de que os princípios constitucionais são autoexecutáveis, de forma que todas as normas infraconstitucionais que contrariam aquilo esclarecido pela CRFB/1988 deveriam ser revogadas, conforme tese do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao Direito Privado, existe o movimento de Constitucionalização do Direito Civil, através do qual as relações entre particulares adquirem novos contornos, com a passagem da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimonialismo. Acerca da mudança, Lôbo (1999, p.5) diz que, na nova concepção do direito civilista, “Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens”.

No que pese este movimento de compatibilização real entre o Código Civil (CC/2002) e a CRFB/1988, houve mudanças significativas no que pertine à responsabilidade civil. O instituto encontra previsão nos art. 186,187 e 927 do CC/2002. A ver:

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

Art. 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.

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).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2013), a responsabilidade civil é configurada pela atitude danosa de alguém que, ao atuar ilicitamente, viola uma norma legal ou contratual, o que leva o autor a sofrer as consequências de seus atos. Logo, *a priori* existe uma obrigação, dever jurídico originário, e, da quebra deste, emerge o dever jurídico sucessivo, o dever de reparar o dano.

São pressupostos da responsabilidade civil: a) a antijuridicidade do fato; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o fato e o dano (CARRÁ, 2006). No entanto, para a distinção entre duas modalidades de responsabilidade civil, subjetiva e objetiva, a doutrina civilista perquire a análise de mais um elemento, a culpa.

Na responsabilidade civil subjetiva, com supedâneo no art. 186 do CC/2002, o ilícito “decorre de um dano causado a outrem em razão de um ato doloso (voluntário) ou culposos (negligente, imprudente ou imperita) do agente. Esta é regra do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não havendo culpa lato sensu na conduta, não restará o dever de reparar” (BATISTA, 2015, p.42).

Em contrapartida, na responsabilidade civil objetiva, independe a existência de culpa. Para restar configurado o ilícito e surgir o dever de indenizar, basta que seja provado o dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e a ocorrência do prejuízo.

Da relação entre o instituto da responsabilidade civil e a constitucionalização do Direito Privado, tem-se que “O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável” (GOMES, 1980, p.23).

Assim, a função compensatória do dano à vítima ganha maior notoriedade se comparada às outras duas, punitiva do ofensor e desmotivacional da conduta lesiva no seio da sociedade, conforme classificação trazida por Gagliano e Pamplona Filho (2013). No estudo em tela, as vítimas são sujeitas à exposição não autorizada de fotos íntimas. Como já visto, há inobservância pujante dos direitos fundamentais nestes casos.

Para tratar da responsabilidade civil em termos da exposição de imagens de conteúdo sexual e/ou pornográfico, é necessário o deslinde do consentimento em relação aos direitos da personalidade.

Em primeira análise, os direitos da personalidade são ínsitos a elementos corpóreos e incorpóreos que representam e diferenciam um determinado sujeito. A guisa de exemplificação é possível citar o direito ao nome, à honra, à integridade física e psíquica. Desse modo, o Direito nos protege de violações contra a individualidade (TEPEDINO, 2004, p. 29, *apud* LEAL, 2020).

Em segundo ponto, o consentimento, em relação aos direitos da personalidade envolvidos na exposição de conteúdos íntimos de terceiros, adquirem determinadas características. Nesse sentido:

Não se pode perder de vista que o consentimento é contextual e deve ser interpretado de forma restrita. Ou seja, o consentimento que um indivíduo dá para alguém de sua confiança captar ou receber uma imagem sua com conteúdo íntimo não se estende, como regra, para que a pessoa possa compartilhar com terceiros essas imagens. O consentimento para questões existenciais tem finalidade específica e se encontra diretamente ligado aos vínculos e relacionamentos estabelecidos. Representa uma das bases legais para o tratamento de dados pessoais e assegura controle ao indivíduo acerca de suas informações. Por estarem em jogo direitos da personalidade, poderá o titular desses direitos livremente e a qualquer momento revogar o consentimento dado, bem como alterar sua abrangência (TEFFÉ, 2019, p. 94-95).

Isto posto, recai na obviedade que uma pessoa, quando compartilha suas fotos íntimas, está fazendo à pessoa direcionada, que, por sua vez, não possui o direito de repassá-las, qualquer que seja a razão. Portanto, na situação descrita, há responsabilidade civil, haja vista que existe uma obrigação extracontratual, de preservação da imagem, da honra e da integridade psíquica da remetente das fotos, a ser cumprida pelo destinatário. Através da exposição, há uma quebra desta obrigação, o que enseja sua responsabilização civil, pela reparação do dano causado à vítima, ou seja, há a emergência de um dever jurídico sucessivo.

É cabível, ainda, salientar que os casos de divulgação de conteúdo íntimo de terceiros recaem na modalidade-regra do CC/2002 quanto à responsabilidade civil, a subjetiva, na qual se perquire se houve dolo/culpa do agente. Assim, nasce a imperiosidade da fixação de danos morais.

Segundo Gonçalves (2009, p.359),

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere 17 dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

A partir da constatação cristalina de que o autor deve ser responsabilizado, surge outra questão, referente ao *quantum* suficiente para reparação do dano causado. Acerca disso, Moraes (2003, p. 286) diz que

Apesar da garantia constitucional de reparação de todos os prejuízos causados injustamente à pessoa humana, a lei não estabelece, expressa e objetivamente, os parâmetros para quantificação do dano moral, devendo o juiz, por seu livre arbítrio, estipular o valor da indenização devida, após análise minuciosa de todas as peculiaridades do caso concreto.

Além disso, conforme a doutrina civilista, o dano moral deve ser precisamente fixado, uma vez que qualquer valor a mais importará em enriquecimento sem causa. Paralelamente, a responsabilidade civil é regida pelo Princípio da Reparação Integral, que consiste na concepção de que a indenização deve ter correspondência exata ao dano ao qual a vítima sofreu, isto é, o dano moral não pode ser fixado a menor. Assim, o juiz passa a ostentar posição de suma importância.

Ainda, a CRFB/1988 expurga qualquer pretensão de limitar os danos morais, ante ao fato de que “a tarifação do dano moral representa, em última análise, uma punição

à vítima” (SANTANA, 2007, p. 23). Dessa maneira, para se solucionar o caso concreto e oferecer prestação jurisdicional adequada, um dos critérios amplamente aceitos pela doutrina e jurisprudência é a utilização da equidade.

Por todo o exposto, torna-se aclarado que existe uma lacuna legal em relação à fixação de indenização por danos extrapatrimoniais, sobretudo no que tange aos casos de exposição de fotos íntimas, objeto deste presente estudo. Então,

à míngua de parâmetros legais, matemáticos ou exatos, o juiz utiliza o seu prudente arbítrio, o bom senso, a proporcionalidade ou razoabilidade para valorar o dano moral.¹⁴ A atuação do juiz dirige-se a encontrar uma quantia que não seja ínfima, simbólica, que não represente uma mera censura judicial, ou reduzida a ponto de desmerecer a relevante natureza jurídica do bem da vida violado (direitos da personalidade). Por outro lado, o juiz não pode estabelecer um valor para o dano moral que represente um enriquecimento ilícito da vítima, um injustificado aumento patrimonial, ou corresponda a um montante desproporcional à condição econômica do ofensor, fato capaz de levá-lo à ruína (SANTANA, 2007, p.27).

Assim, a partir do movimento de constitucionalização do Direito Civil, surge o dever de o Direito Privado observar os princípios empregados pela Lei Maior, notadamente a dignidade da pessoa humana, que, na hipótese de exposição de fotos íntimas, é a primeira infringência que se impõe. Para reparar o dano causado pelo ilícito, nasce a responsabilidade civil do agente. Ainda, cabe ao juiz, por falta de normas legais, arbitrar o valor suficiente e necessário à reparação do dano extracontratual e extrapatrimonial causado pela divulgação de imagens de conteúdo íntimo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista do presente trabalho, foi possível verificar que o avanço das tecnologias ampliou o processo de globalização e tem influenciado significativamente as relações humanas, tanto positiva quanto negativamente. Nesse aspecto, convalida-se a hiperconectividade e a fragilidade jurídica no meio digital, o que vulnerabiliza certos direitos fundamentais defendidos pela CRFB/1988, como por exemplo, a liberdade, privacidade e a segurança.

Por conseguinte, os direitos fundamentais são protetivos, visando efetivar o mínimo necessário para uma vida digna em sociedade. Dessa maneira, a inviolabilidade dessas garantias é o que solidifica a relação entre o indivíduo e o Estado Democrático de Direito. Logo, os princípios constitucionais, sobretudo o Princípio da Dignidade Humana,

devem limitar e guiar as ações do Estado e da própria comunidade, sob pena de infringir a essência do regime político adotado e talhada no artigo inaugural da Lei Maior do país.

Com base nisso, em termos de exposição não consentida de fotos íntimas, existe um desrespeito flagrante ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e aos direitos da personalidade, a incluir o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, inciso X, da CRFB/1988). Fato este que é logicamente agravado pela tecnologia, uma vez que esta possibilita a dispersão rápida de informações na rede, sendo incalculável o dano à dignidade da vítima.

Ademais, no que se refere ao movimento de compatibilização real entre o CC/2002 e a CRFB/1988, houve mudanças significativas em relação à responsabilidade civil, conforme os artigos 186, 187 e 927 do CC/2002. Tais normas objetivam definir o ato ilícito e a responsabilidade de quem o comete para com outrem que teve o direito violado.

Destarte, a fim de tratar a responsabilidade civil em termos da exposição de imagens de conteúdo sexual e/ou pornográfico, é necessário o deslinde do consentimento em relação aos direitos da personalidade. Tem-se que através da exposição, há uma quebra da obrigação extracontratual, de preservação da imagem, da honra e da integridade psíquica da remetente das fotos, a ser cumprida pelo destinatário. Tal fato dá ensejo à responsabilização civil, devendo o ofensor reparar o dano causado à vítima, ou seja, há a emergência de um dever jurídico sucessivo.

Faz-se essencial salientar que, em casos de divulgação de conteúdo íntimo de terceiros, o Código Civil, quanto à responsabilidade civil, determina a imperatividade da fixação de danos morais. Contudo, mesmo com a garantia constitucional de reparação de todos os prejuízos causados injustamente à pessoa humana, a lei não estabelece o modo de quantificação do dano moral. Portanto, é válido dizer que a CRFB/1988 expurga qualquer pretensão de limitar os danos morais, assim para a resolução de casos concretos o juiz deve agir em nome da equidade, a fim de oferecer a prestação jurisdicional adequada, fazendo jus ao Estado Democrático que pleiteia e garante os direitos fundamentais, ainda que em face a uma nova realidade digital.

Diante disso, ainda há lacunas e desafios na aplicação consistente das leis do ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, é necessário um esforço conjunto envolvendo educação digital, conscientização pública e reformas legislativas. A implementação de medidas de prevenção, a promoção de uma cultura de respeito à privacidade *online* e o fortalecimento das leis são passos essenciais.

Além disso, é fundamental que a discussão esteja enraizada em um quadro ético, lembrando-nos constantemente dos limites da tecnologia e da importância de equilibrar a liberdade individual com a proteção dos direitos fundamentais, ou seja, o desafio está em criar um ambiente em que a tecnologia seja uma ferramenta para fortalecer, em vez de prejudicar, os direitos individuais.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Amanda Simões da Silva. **Responsabilidade civil e penal pelo dano à honra, à imagem e à intimidade das vítimas de pornografia de vingança**. 2015. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Aspectos das modalidades subjetiva e objetiva no sistema atual de responsabilidade civil brasileiro. **Revista da Esmafe**, v. 11, p. 187-210, 2006.

FACCHINI, Thiago. **Direitos e garantias fundamentais: conceito e características**. ProJuris, 2022. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/o-que-sao-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GONÇALVES, João; LOPES, Karina. **O que é globalização?** Politize, 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/globalizacao-o-que-e/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

LEAL, Laura Lazzaron. **Divulgação e compartilhamento de imagens íntimas: a responsabilidade civil pela exposição não consentida via internet**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 141, p. 99-109, 1999.

LOPES, Maria. **Como conciliar direito e tecnologia?** Damásio, 2021. Disponível em: <https://matriculas.damasio.com.br/blog/direito-e-tecnologia/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade.** 2009. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 8ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Marina Silveira. **A influência da tecnologia no comportamento humano.** Revista Saúde News, 2020. Disponível em: <https://revistasaudenews.com.br/post/919/a-influencia-da-tecnologia-no-comportamento-humano>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

SARAIVA EDUCAÇÃO. **Qual é a influência da tecnologia no Direito?** Saraiva, 2022. Disponível em: <https://blog.saraivaeducacao.com.br/influencia-da-tecnologia-no-direito/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. **Revista de informação legislativa**, v. 44, n. 175, p. 21-40, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Exposição não consentida de imagens íntimas: como o direito pode proteger as mulheres?** In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula (coord.). **Responsabilidade civil: novos riscos.** Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 139, p. 71-81, 1998.

A INFLUÊNCIA DA EXTENSÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE NA MITIGAÇÃO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NO AMBIENTE FAMILIAR E NO MERCADO DE TRABALHO

THE INFLUENCE OF THE EXTENSION OF PATERNITY LEAVE IN THE
MITIGATION OF GENDER INEQUALITY IN THE FAMILY ENVIRONMENT
AND IN THE LABOR MARKET

Marcos Antonio Ramos Melo

marcos.melo@soufunorte.com.br

<http://lattes.cnpq.br/3232630538827619>

Nathália Alves Spínola

nathalia.spinola@soufunorte.com.br

<https://lattes.cnpq.br/8374467270564911>

Valéria Santos Araújo

valeria.araujo@funorte.edu.br

<http://lattes.cnpq.br/6420986461621331>

RESUMO: Com a evolução dos direitos das mulheres, seu papel de cuidadora foi relativizado, ensejando maior necessidade da presença paterna nos cuidados iniciais da vida da criança. Porém, embora ambos os genitores sejam responsáveis pelo cuidado do infante, a lei estabelece períodos diferentes de licença-maternidade e paternidade, o que intensifica a desigualdade de gênero. Desse modo, a pesquisa tem como objetivo analisar se a extensão da licença-paternidade contribui para diminuir a desigualdade de gênero no mercado de trabalho e no contexto familiar. A metodologia adotada baseou-se na pesquisa de natureza teórica, com abordagem qualitativa, através do procedimento de revisão bibliográfica e documental, com o objetivo exploratório. Utilizou-se livros, doutrinas, legislações, teses, dissertações, monografias e artigos científicos. A pesquisa constatou que a extensão da licença-paternidade pode contribuir para a redução na sobrecarga de trabalho reprodutivo depositada sobre a mulher, bem como mitigar as desigualdades e preconceitos contra a mulher no mercado de trabalho, muitos dos quais têm origem no afastamento dela do trabalho durante o período da licença-maternidade e no desafio enfrentado pela mulher na vida familiar e profissional.

Palavras-chave: Licença-Paternidade. Mercado de Trabalho. Equiparação. Desigualdade.

ABSTRACT: With the evolution of women's rights, their role as caregivers was relativized, leading to a greater need for a father's presence in the initial care of the child's life. However, although both parents are responsible for the care of the infant, the law establishes different periods of maternity and paternity leave, which intensifies gender inequality. Thus, the research aims to analyze whether the extension of paternity leave contributes to reducing gender inequality in the labor market and in the family context. The methodology adopted was based on research of a theoretical nature, with a qualitative approach, through the procedure of bibliographical and documental review, with an exploratory objective. Books, doctrines, legislation, theses, dissertations, monographs and scientific articles were used. The research found that the extension of paternity leave

can contribute to reducing the burden of reproductive work placed on women, as well as mitigating inequalities and prejudices against women in the labor market, many of which originate from their absence from work. during the period of maternity leave and the challenge faced by women in family and professional life.

Keywords: Paternity leave. Job market. Equation. Inequality.

INTRODUÇÃO

Existem diversos aspectos sociais e culturais que configuram as diferenças entre os sexos e criam a percepção de que o homem possui aptidões intelectuais e capacidade superior às mulheres, resultando em atividades mais direcionadas para o gênero masculino e mercado de trabalho mais receptivo aos homens. Enquanto isso, reafirma-se a posição do papel feminino direcionado aos cuidados maternos e familiares.

Em virtude disso, conforme preleciona Oliveira (2019 *apud* SAFFIOTI, 1976, p. 94) a mulher foi afastada das correntes de transformações sociais e políticas, tendo sido reduzida sua participação às atividades que extrapolam os limites da família. Isso reflete diretamente nas condições de trabalho das mulheres e nos cargos que ocupam. Ademais, evidenciam a ampla desigualdade entre mulheres e homens no mercado de trabalho, seja pelos cargos ocupados, seja pela remuneração a curto/médio/longo prazo conquistada e aferida por cada um (OLIVEIRA E DANTAS, 2017).

Nessa conjuntura, o mercado de trabalho é um campo marcado por fortes desigualdades de gênero em que as mulheres são menos inseridas que os homens e, quando se inserem, muitas vezes, são segregadas em setores e ocupações tradicionalmente femininas (ANDRADE, 2018).

Com intuito de resguardar a mulher em suas relações de emprego, o Estado passou a inserir normas regulamentadoras referentes ao evento que mais dificulta a promoção da mulher no ambiente de trabalho: o período da maternidade.

A licença-maternidade é um tipo de licença parental, concedida principalmente à mãe de um(a) recém-nascido(a) ou de um(a) recém-adotado(a). Corresponde a um prazo remunerado de não trabalho, custeado pelo empregador ou pelo sistema previdenciário, exceto a prorrogação nos casos de Empresa Cidadã. (PEDROSA, 2018).

Para garantir maior auxílio nos cuidados iniciais de uma criança, foi criada também a licença-paternidade, pois se entende que os cuidados iniciais da vida do filho devem ser de ambos genitores.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), em seu artigo 7º, XIX e no artigo XIX das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) artigo 473, III, garantem a licença-paternidade por cinco dias consecutivos, em caso de nascimento do filho, de adoção, ou de guarda compartilhada (BRASIL, 1988; BRASIL,1943).

No entanto, o prazo de cinco dias da licença-paternidade não é suficiente para isentar a criança dos cuidados que devem ser proporcionados pelo pai. Consciente dessas circunstâncias, o Poder Legislativo promulgou a Lei nº 11.770/2008 que possibilita a ampliação da licença-paternidade por mais 15 (quinze) dias, mas, apenas, para empregados de empresas vinculadas ao Programa Empresa Cidadã (BRASIL, 2008).

Por outro lado, o artigo 392 da CLT garante a licença-maternidade por 120 dias, cujo prazo também pode ser prorrogado para 180, no caso de empregadas de empresas vinculadas ao Programa Empresa Cidadã (BRASIL,1943; BRASIL, 2008).

O artigo 229 da CRFB/1988 estabelece que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. (BRASIL, 1988).

Desse modo, o cuidado entre membros da família deve ser mútuo e não proporcionado por um só, entretanto, a disparidade de dias concedidos em ambas as licenças, de certa forma, atribui à mulher maior responsabilidade familiar.

Apesar de seu importante papel como política de proteção social, apenas a proteção à maternidade não promove a igualdade de gênero, principalmente, porque os benefícios oferecidos a mães e pais são desproporcionais, criando marcantes desigualdades tanto no campo do trabalho produtivo quanto reprodutivo. (ANDRADE,2018).

Do conjunto normativo explorado, emana a certeza de que o homem/pai detém o mesmo direito fundamental de ser participativo e presente no processo de formação de seu filho, mormente nos primeiros dias de vida, quando se formam os mais fortes laços, vínculo afetivo e afinidade parental. (OLIVEIRA, DANTAS, 2017)

Tamanha desproporcionalidade entre os prazos de licença-maternidade e paternidade fomenta a divisão sexual do cuidado e afeta, inclusive, a participação da mulher no mercado de trabalho. Desse modo, é pertinente questionar se a ampliação da licença-paternidade tem o condão de diminuir a desigualdade de gênero no âmbito familiar e no mercado de trabalho?

Para responder à questão de pesquisa, foi estabelecido como objetivo analisar de que maneira a extensão da licença-paternidade pode contribuir para a redução da desigualdade de gênero, tanto no contexto familiar quanto no mercado de trabalho. Por meio de uma avaliação abrangente, busca-se compreender os impactos dessa medida na distribuição de responsabilidades entre os gêneros, nas oportunidades profissionais das mulheres e na promoção de uma cultura mais igualitária

Para alcançar o objetivo proposto, a pesquisa discute a divisão sexual do trabalho, além de apontar os fundamentos da licença-maternidade e da licença-paternidade. Para analisar a possibilidade de equiparação da licença-maternidade e licença-paternidade para a promoção da igualdade de gênero, tomou-se como parâmetro o Real Decreto-Ley espanhol sobre medidas urgentes, aprovado em março de 2019; por fim, foram apresentados os efeitos e desafios da extensão da licença-paternidade como forma de diminuir a desigualdade de gênero.

A DIVISÃO SEXUAL NO TRABALHO

Em determinadas profissões, setores ou cargos, é fácil notar a separação dos espaços de acordo com o gênero, refletindo diretamente na divisão sexual de trabalho. Resultado que se faz pelas normas sociais que estabelecem os trabalhos destinados aos homens e mulheres.

Nessa perspectiva, a divisão sexual do trabalho, de acordo com Martins (2022), é definida como

a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos; mais do que isso, é um fator prioritário para a sobrevivência da relação social entre os sexos. Essa forma é modulada histórica e socialmente. Tem como características a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado (políticos, religiosos, militares etc.) (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 596, *apud* MARTINS, 2022).

Analisando a perspectiva histórica dos modelos de sociedade durante o século XIX, percebe-se um padrão existente nas relações sociais, de tal forma que é notória uma distinção entre a ocupação dos espaços públicos e privados da nossa sociedade, por meio de uma divisão existente entre os gêneros. O homem, geralmente, encontrava-se nos espaços públicos como provedor da família, enquanto as mulheres costumavam se submeter aos cuidados do lar e dos filhos, com o sustento financeiro do marido (SOUSA, GUEDES, 2016).

A divisão do trabalho proveniente das "relações sociais de sexo" reservou às mulheres a esfera reprodutiva e aos homens, a esfera produtiva, estabelecendo uma relação assimétrica entre os sexos que cria e reproduz concomitantemente as desigualdades de papéis e funções na sociedade. (SOUSA; GUEDES, 2016, p. 125)

Durante o processo de industrialização e com as revoluções feministas no século XX, essa diferença começa a ser lentamente reestruturada, de modo que a inserção da mulher no mercado de trabalho é percebida ao assumir cargos de grande importância dentro das empresas. Contudo, apesar de serem inseridas na esfera pública, as atribuições de cuidadoras do ambiente familiar permaneceram concentradas no gênero feminino.

Federeci (2019) afirma que, mesmo com as grandes conquistas ao longo do tempo, a conexão umbilical, gera um papel pregado à mulher, fazendo com que sinta na responsabilidade de exercer primeiramente os cuidados maternos, desvalorizando seu papel no mercado de trabalho.

Com isso, a mulher passou a desempenhar “dupla jornada”, colocando, muitas vezes, a carreira profissional em segundo plano para dedicar o tempo livre aos afazeres domésticos e aos cuidados com os filhos do casal. (MARTINS, 2022).

Nessa realidade, muitos casais de dupla jornada, especialmente as mulheres, precisam contar com estratégias diversas - pessoais (opção por trabalhos flexíveis, babás, empregadas domésticas, creches ou ajuda de familiares, como as avós), ou advindas de políticas públicas e organizacionais (trabalho de meio período, compartilhamento de empregos, horários flexíveis, licença parental) que possibilitem estar na força de trabalho (MARTINS, 2022).

Desse modo, para que a mulher concilie sua vida familiar e sua carreira profissional, são necessárias várias adequações, sendo que, não raras vezes, o trabalho informal é a alternativa que mais se adequa à realidade da mulher mãe.

Nesse sentido, Araújo e Lombardi (2013) afirmam que a desigualdade de gênero ganhou força à medida que o trabalho informal foi ganhando espaço e passou a absorver mais mulheres do que homens, visto que elas buscam trabalho que se adequa à sua vida doméstica.

Tal ideia se propaga devido às cobranças direcionadas às mulheres segundo as quais primeiro se coloca a vida familiar como prioridade e só após a vida profissional.

Nessa perspectiva, a mulher é cobrada em suas atribuições profissionais e pessoais, lidando com as jornadas de trabalho produtivo, além de ser predominantemente responsável pelo trabalho reprodutivo.

Desse modo, a divisão sexual e social do trabalho reflete na regulamentação do trabalho da mulher bem como na criação de políticas públicas, especialmente, no que diz respeito à licença parental.

FUNDAMENTOS DA LICENÇA-MATERNIDADE E DA LICENÇA-PATERNIDADE

Fundamentos da licença-maternidade

A licença maternidade é um direito fundamental que visa resguardar tanto a saúde da mãe quanto do recém-nascido. Está embasada em várias premissas, as quais têm orientado a regulamentação da licença maternidade no Brasil.

Nesse sentido, a licença maternidade se fundamenta, especialmente: na manutenção e recuperação da saúde materna e na adaptação às mudanças físicas e emocionais após o nascimento da criança; no desenvolvimento de um vínculo profundo entre a mãe e o recém-nascido; na amamentação e adequada nutrição do recém-nascido com vistas ao fortalecimento do sistema imunológico e crescimento saudável da criança; na promoção da saúde pública, ao possibilitar que os recém-nascidos recebam os devidos cuidados e amamentação, o que pode impactar na saúde e qualidade de vida a longo prazo; também na promoção da igualdade de gênero ao reconhecer o valor do cuidado infantil e estimular a partilha equitativa de responsabilidades parentais entre homens e mulheres.

No aspecto legislativo, em 1934 o Brasil recepcionou a convenção nº 3 da OIT - Convenção Relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade) que determinou que as gestantes não poderiam trabalhar após o nascimento da criança durante um período de seis semanas e, ainda, teriam direito à indenização e vantagens suficientes para assegurar o próprio sustento e o dos filhos.

Também, em 1943, foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que determinava em seu artigo 392: “é proibido o trabalho da mulher grávida no período de seis (6) semanas antes e seis semanas depois do parto” (BRASIL, 1943). Portanto, a mulher teria uma garantia de estabilidade de 84 dias e, nesse momento, o próprio empregador deveria arcar com a concessão da licença.

Avançando-se para o ano de 1973, foi criada a Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 que alterou a legislação de previdência social. A partir de sua criação, a Previdência

Social passou a ser responsável por arcar com a concessão da licença-maternidade, com compensação integral do salário. Já em 1988, a Constituição Federal resguardou a licença-maternidade de forma assecuratória, aumentando o tempo a ser concedido para 120 dias, sendo uma grande conquista para o direito das mulheres.

A nova Constituição ampliou o escopo da proteção, bem como a duração das licenças para o trabalho formalizado, garantiu a estabilidade no emprego para as empregadas grávidas (desde a confirmação da gestação até cinco meses após o parto) e ampliou o período da licença maternidade de 84 para 120 dias, com remuneração integral e paga pelo INSS (BRASIL, 1988).

Com a instituição da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, o artigo 71 estabelece que o salário-maternidade era devido à segurada empregada, à trabalhadora avulsa e à empregada doméstica, durante 28 (vinte e oito) dias antes e 92 (noventa e dois) dias depois do parto, desde que fossem observadas as situações e condições previstas na normativa no que fosse referido à proteção à maternidade. Já no século XXI, além de outras alterações que ocorreram em 1994 e 1999, a Lei nº 10.710, de 5 de agosto de 2003, garantiu às seguradas da Previdência Social salário-maternidade durante 120 dias:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (BRASIL, 2003).

Por fim, com a criação da Lei nº 11.770/2008 e regulamentação por meio do Decreto nº 7.052/2009, foi instituído no Brasil o Programa Empresa Cidadã, o qual estabeleceu a prorrogação desse período por mais 60 dias para os empregados das empresas que fizessem parte do programa, por meio de incentivos fiscais da Receita Federal. É importante destacar que a adesão é facultativa às pessoas jurídicas e aos empresários, no entanto há benefícios importantes como deduções fiscais para as empresas e uma maior proteção física e psicológica para as trabalhadoras, tornando-as mais atrativas e diferenciadas no mercado.

As premissas sob as quais a licença maternidade se sustenta demonstra a sua importância em diversos aspectos individuais e sociais, de modo que esse direito social não pode ser enfraquecido, ao contrário, deve ser protegido e, quando possível, ampliado.

Fundamentos da licença-paternidade

Apesar da licença paternidade ter sido pensada, inicialmente, para permitir ao ausentar-se do trabalho pai registrar o filho, com o passar dos anos a concepção sobre a licença paternidade evoluiu, tendo seus fundamentos baseados em importantes premissas, especialmente, no reconhecimento do papel dos pais na vida dos filhos, na promoção da igualdade de gênero e na contribuição para o bem-estar da família como um todo.

No Brasil, a primeira licença concedida aos pais foi na Consolidação das Leis Trabalhistas em 1934, em que era expresso no artigo 473 que os pais tinham a licença de um dia após o nascimento do filho. O texto estabelecia: “Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário. Inciso III - por um dia, em caso de nascimento do filho no decorrer da primeira semana” (BRASIL, 1943).

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi estendido o prazo da licença-paternidade, uma vez que o antigo prazo era insuficiente para que os pais conseguissem até mesmo registrar seus filhos.

O §1º do artigo 10 da ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) diz que a licença paternidade será de cinco dias até que venha uma lei para disciplinar o artigo 7º, inciso XIX da Constituição Federal. A licença poderá ser ampliada por mais 15 dias para os empregados das empresas filiadas ao Programa Empresa Cidadã, podendo o pai ficar em casa por um período total de 20 dias. (SOUZA,2018)

Conforme Sorj e Fraga (2017), a licença-paternidade também foi ampliada de 1 para 5 dias, mas, diferente da licença-maternidade, continuou sendo custeada pelo empregador.

Com a promulgação do Decreto nº 7.052/2009, o Programa Empresa Cidadã, passou a garantir aos pais a concessão de licença por 15 dias, mais os 5 dias previstos na CRFB/1988.

A ampliação da licença paternidade é importante pois, permite a participação ativa dos pais na vida dos filhos desde os primeiros momentos, fortalecendo os laços familiares e criando uma base sólida para o relacionamento paterno-filial, o que contribui, inclusive, para o desenvolvimento cognitivo, emocional e social da criança. Além disso, a licença paternidade contribui para o bem-estar geral da família, permitindo que ambos os pais compartilhem as responsabilidades de cuidar do filho, reduzindo a pressão sobre a mãe e criando um ambiente de apoio e cooperação na família.

Ademais, a licença paternidade é importante para promover a igualdade de gênero, ao reconhecer que a responsabilidade de cuidar e criar os filhos não é exclusiva das mães, permitindo aos pais assumirem parcela significativa das responsabilidades

parentais, o que contribui com a quebra de estereótipos tradicionais de gênero relacionados às tarefas domésticas e ao cuidado infantil, proporcionando distribuição mais equitativa das responsabilidades entre os membros da família. Também é importante destacar que a licença paternidade contribui para estabelecer novos modelos de paternidade e parentalidade.

ANÁLISE DA LICENÇA-PATERNIDADE COM O REAL DECRETO-LEY ESPANHOL SOBRE MEDIDAS URGENTES

Para analisar a possibilidade de equiparação da licença-maternidade e licença-paternidade para a promoção da igualdade de gênero, tomou-se como parâmetro um ordenamento que proporciona uma melhor equiparação e conseqüentemente reduz os efeitos das diferenças nas licenças parentais concedidas.

O Real Decreto-Ley 6/2019, de 1º de março, trata sobre medidas urgentes para garantir a igualdade de tratamento e oportunidades entre mulheres e homens no emprego e na profissão, instituído na Espanha, visando à plena igualdade entre os gêneros. O legislativo Espanhol alterou 07 artigos, entre eles, uma norma que gerou impactos diretos na distinção de dias concedidos no período de licença-maternidade e licença-paternidade.

Dispõe o artigo 2º e 3º do Decreto que,

O parto, que inclui o parto e o cuidado de filho menor de doze meses, suspenderá o contrato de trabalho da mãe biológica por 16 semanas, das quais serão obrigatórias as seis semanas ininterruptas imediatamente após o parto, a serem gozadas em tempo integral, para garantir a proteção da saúde da mãe. O nascimento suspenderá o contrato de trabalho do progenitor que não a mãe biológica por 16 semanas, das quais serão obrigatórias as seis semanas ininterruptas imediatamente após o nascimento, as quais devem ser usufruídas a tempo inteiro, para o cumprimento dos deveres de cuidados previstos para no artigo 68 do Código Civil.

A legislação espanhola dá um passo importante na concretização da igualdade real e efetiva entre homens e mulheres, na promoção da conciliação da vida pessoal e familiar, e no princípio da corresponsabilidade entre progenitores, ambos essenciais para o cumprimento do princípio da igualdade de tratamento e oportunidades entre homens e mulheres em todas as áreas.

Nessa perspectiva, Hartz, Natal e Baratieri (2020) defendem que,

Para a garantia de bons resultados à saúde das mulheres, faz-se necessário que a assistência pós-parto seja organizada de forma coerente e aplicável, com foco nas suas necessidades de saúde, proporcionando atenção integral e superação da visão das mulheres como reprodutoras, arraigada nas políticas de saúde nacionais e internacionais.

Percebe-se que o decreto mencionado preocupa-se, a princípio, com os cuidados da mulher nos dias iniciais após o nascimento do filho, momento de fortes transformações físicas e psicológicas, sendo necessária a devida importância ao pós-parto e qualificando a licença para os cuidados e proteção da mãe.

Diferente das especificações sobre a licença-maternidade, os dias concedidos aos genitores são direcionados aos cuidados exclusivos para a criança, desqualificando a ideia de que os cuidados iniciais de uma criança são direcionados às mulheres. A licença-paternidade é projetada para promover a relação afetiva na vida dos filhos, promovendo a igualdade de gênero no local de trabalho, ao reconhecer que a paternidade é uma responsabilidade compartilhada.

A INFLUÊNCIA DA EXTENSÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE PARA MITIGAÇÃO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO DOMÉSTICO E NO MERCADO DE TRABALHO

A extensão da licença paternidade contribui com a redução da desigualdade de gênero no âmbito doméstico ao promover a participação ativa do homem na criação dos filhos e a divisão mais equitativa das tarefas domésticas e cuidados com a criança, diminuindo a disparidade nas responsabilidades parentais entre os gêneros

Nesse sentido, a extensão da licença paternidade desafia os estereótipos tradicionais de gênero, ao demonstrar que tanto homens quanto mulheres são capazes de serem cuidadores ativos e responsáveis, o que contribui para uma mudança gradual nas percepções culturais sobre os papéis de gênero na família.

Destaca-se que a presença e participação paterna na vida da criança impacta significativamente o desenvolvimento infantil, pois, o envolvimento do pai pode ajudar a criar um ambiente seguro e estável, promover um apego saudável e modelar comportamento e valores, ensinando responsabilidades e tomadas de decisões.

Um amplo conjunto de trabalhos empíricos vêm documentando os impactos positivos de intervenções na primeira infância sobre performance escolar e habilidades cognitivo-emocionais. Alguns estudos destacam, por exemplo, que a interação inicial do pai com o recém-nascido aumenta o envolvimento dele

na educação dos filhos, o que gera efeitos positivos no desenvolvimento sociocognitivo das crianças. Tais efeitos são importantes porque estão associados, na fase adulta, com relativo sucesso socioeconômico. (KAROLY; CANNON, 2005; ZIGLER, 2006, p. 2. *apud* ALMEIDA; PEREDA; FERREIRA, 2016).

Além disso, a participação paterna ativa na vida do filho e no compartilhamento equitativo das responsabilidades parentais faz com que as crianças internalizem uma visão mais equitativa dos papéis de gênero, influenciando positivamente suas atitudes e comportamentos no futuro, contribuindo para quebrar o ciclo de desigualdade.

Almeida (2016), destaca que a licença-paternidade, sobretudo quando atraente para os pais e quando não pode ser transferida para a esposa, promove o maior envolvimento dos pais no cuidado dos filhos de forma duradoura.

No âmbito profissional, a extensão da licença paternidade contribui para o equilíbrio da carreira profissional, pois, quando o homem tem licença paternidade mais longa, a mulher pode retornar ao mercado de trabalho mais cedo, evitando uma pausa prolongada na carreira e prejuízos ao seu desenvolvimento profissional.

Com a evolução dos arranjos familiares, a divisão sobre os cuidados dos filhos não devem mais recair apenas sobre a mulher, de modo que a escolha dependerá das circunstâncias específicas de cada família. A licença paternidade concedida ao pai, portanto, é insuficiente e está em descompasso com a evolução dos papéis dos gêneros e dos modelos de família contemporânea. (JANSEN, 2021).

No mercado de trabalho a desigualdade de gênero é mais proeminente em razão da chamada discriminação estatística, de modo que as empresas preferem contratar um homem para determinados postos à uma mulher, porque as mulheres representam possibilidade maior de extinguir o contrato de trabalho em razão da maternidade ou de outras responsabilidades familiares.

Além disso, há discriminação na contratação de mulher pela crença de que ensejaria um risco de custo maior à atividade empresarial pela necessidade de contratar outra pessoa para cobrir eventual licença maternidade.

Nesse sentido, a extensão da licença paternidade pode contribuir para mitigar a discriminação da mulher no mercado de trabalho, uma vez que o homem também estaria sujeito ao afastamento do trabalho por um período significativo.

Ao mesmo tempo, a extensão da licença paternidade pode pressionar as empresas e organizações a adotarem políticas mais flexíveis e inclusivas para acomodar as necessidades dos genitores, criando uma cultura de trabalho mais favorável à igualdade de gênero.

Do mesmo modo, pode impulsionar o poder público no desenvolvimento de políticas públicas mais voltadas à igualdade de gênero, a exemplo da regulamentação de horários de trabalho flexíveis, entre outras medidas de suporte à parentalidade.

Desafios para a extensão da licença-paternidade no Brasil

É importante destacar que, para a efetivação da extensão da licença-paternidade de modo que seja perceptível uma redução na desigualdade de gênero, é primordial analisar alguns aspectos.

Durante a licença-maternidade, a trabalhadora recebe um benefício pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que corresponde ao seu salário integral, artigo 18, g, da Lei nº 8.213 de 1991. Para ter direito à licença-maternidade, a mulher segurada contribuinte individual e facultativa precisa ter contribuído para a Previdência Social por, pelo menos, 10 meses e estar trabalhando formalmente no momento do nascimento ou adoção da criança, em conformidade com o artigo 25, III, da referida lei.

A segurada empregada, empregada doméstica e avulsa, por outro lado, são isentas de carência. Ou seja, não precisa comprovar as dez contribuições antes do parto, conforme artigo 26, VI da Lei .8.213/1991. A segurada especial precisa comprovar o exercício da atividade rural em regime de economia familiar pelo período de dez meses antes do parto, conforme artigo 39, parágrafo único da referida Lei.

Sabe-se que a reforma da previdência veio para amenizar o déficit previdenciário existente no país, devido às despesas com os benefícios superarem as receitas provenientes das contribuições dos trabalhadores, exigindo, assim, medidas de ajuste. O que leva a discutir se a Seguridade Social poderá resguardar os pais em uma licença maior.

Nessa perspectiva, é cabível salientar que a extensão da licença paternidade proporcionará efeitos na produção laboral de tal modo que, os impactos podem ser observados nos custos diretos e indiretos (ALMEIDA, 2016):

Conquanto haja evidências de que a extensão da licença poderia ter uma série de benefícios, o aumento da sua duração tem custos diretos e indiretos. Os

primeiros referem-se ao montante pecuniário a ser desembolsado pelo governo, ou pelos empregadores, para cobrir os rendimentos do trabalhador durante o período da licença. Já os custos indiretos correspondem aos potenciais impactos sobre o mercado de trabalho (salário e nível de emprego). (ALMEIDA, 2016)

Um dos pontos que dificultaria a ampliação do benefício da licença-paternidade seria uma possível incapacidade do Estado em assegurar todos os pais durante o período de licença. Atualmente, o empregador tem a obrigação de remunerar o pai devido à baixa quantidade de dias concedidos, contudo, caso seja concedido um período maior, o empregador não seria capaz de arcar com as despesas dos empregados.

A licença-paternidade continua como encargo do empregador, disposição que dificulta a aprovação de qualquer PL que vise ampliar ou equiparar o tempo das licenças, visto que, a princípio, o empregador teria que arcar com mais essa despesa. (JANSEN, 2021, p.59)

No entanto, a extensão da licença-paternidade pode ser implementada de outras formas, a exemplo do Programa Empresa Cidadã, em que os ônus são arcados inicialmente pelo empregador e compensados na carga tributária da empresa.

Nesse sentido, um estudo feito por Almeida, Pereda e Ferreira (2016) analisou o impacto gerado pela extensão da licença-paternidade e concluiu que, se 100% das empresas aderissem ao Programa Empresa Cidadã, o custo anual da extensão da licença-paternidade seria em torno de R\$ 100 milhões, o que representa cerca de 0,01% do total arrecadado pelo governo federal em 2014. Por outro lado, se as empresas absorvessem tal benefício, o custo estimado representaria 0,0002% do valor adicionado, a preço básico, gerado pela economia brasileira em 2014.

Apesar do ônus gerado para o empregador, tal medida poderia diminuir a discriminação da mulher no mercado de trabalho, uma vez que muitos empregadores deixam de contratar mulheres em razão do ônus da licença-maternidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desigual divisão sexual e social do trabalho relega a atuação da mulher preponderantemente a atividades relacionadas à reprodução. Além disso, é delegada à mulher maior responsabilidade na criação dos filhos e no bem-estar da família, independentemente de sua inserção no mercado de trabalho.

No entanto, nos últimos anos, tem havido mudança gradual nesse cenário, com uma maior participação dos pais nas atividades relacionadas ao cuidado com os filhos. Porém, a discrepância nos períodos de licença-maternidade, que pode perdurar até 180 dias, e a licença-paternidade, que pode perdurar no máximo 20 dias, faz acentuar as desigualdades no âmbito familiar e profissional.

Embora a divisão de tarefas ainda seja desigual, a extensão da licença-paternidade pode contribuir para a diminuição na sobrecarga de trabalho reprodutivo depositada sobre a mulher, bem como mitigar as desigualdades e preconceitos contra a mulher no mercado de trabalho, muitos dos quais têm origem no afastamento dela do trabalho durante o período da licença-maternidade e no desafio enfrentado pela mulher na vida familiar e profissional.

A equidade entre licença-paternidade e maternidade é possível e necessária para mitigar a desigualdade de gênero, tanto que foi implementada, recentemente, no ordenamento jurídico espanhol. No Brasil, essa medida enfrenta grandes desafios porque é pensada na perspectiva previdenciária, esbarrando na dificuldade de criação da fonte de custeio para a criação do benefício. Entretanto, existem outros caminhos, a exemplo do Programa Empresa Cidadã, cujo ônus da majoração da licença é arcado pelo empregador e compensado com a redução na carga tributária das empresas.

Desse modo, percebe-se a necessidade de estudos que analisem a viabilidade de criação do benefício previdenciário equitativo com o período de licença-maternidade; estudos que analisem a viabilidade de ampliação do Programa Empresa Cidadã e os motivos que impactam sua adesão ou não pelas empresas; além de estudos que analisem a forma de custeio da licença-paternidade em outros países e sua compatibilidade com o sistema brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sérgio; PEREDA, Paula; FERREIRA, Rafael. **Custos da ampliação da licença-maternidade no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Disponível em: <<https://doi.org/10.20947/S0102-30982016c0003>> Acesso em: 20 abr. 2023.

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**. 2018. 127 f. il. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais)— Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

ARAÚJO, Angela Maria Carneiro; LOMBARDI, Maria Rosa. **Trabalho informal, gênero e raça no Brasil do início do século XXI**. Cad. Pesquisa. São Paulo, 2013.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742013000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 abr. 2023.

BARATIERI, Tatiane; ZULMIRA, Sonia Natal; HARTZ, Maria de Araújo. **Cuidado pós-parto às mulheres na atenção primária**: construção de um modelo avaliativo. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00087319> Acesso em: 28 abr. 2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil 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: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11770.htm. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 17 abr. 2023.

ESPANHA, Jefatura del Estado. **Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación**. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2019/03/01/6/con>> Acesso em 28 abr. 2023.

FEDERECI, Silvia. **O ponto zero da revolução**: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista / Silvia Federici; tradução de Coletivo Sycorax — São Paulo: Elefante, 2019.

GUEDES, Dyego Rocha; SOUSA, Luana passos de. **A desigual divisão sexual do trabalho**: um olhar sobre a última década. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142016.30870008>> Acesso em: 20 mar. 2023.

GUIGINSKI, Janaina; WAJNMAN, Simone. **A penalidade pela maternidade**: participação e qualidade da inserção no mercado de trabalho das mulheres com filhos. Revista Brasileira de Estudos de População. Disponível em: <https://www.rebep.org.br/revista/article/view/1418>> Acesso em: 10 ago. 2023.

JANSEN, Bruna Bonow. **A equiparação das licenças-maternidade e paternidade como meio de promoção da igualdade de gêneros**. Dissertação para Conclusão de

Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/237596>> Acesso em: 23 mai. 2023.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa:** planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Sabrina dos Santos Vidigal. **Casais de dupla jornada:** diferenças entre homens e mulheres frente à conciliação entre trabalho e família. Dissertação para o Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação de Administração (PPGA) da Faculdade de Administração e Ciências Contábeis (FACC) da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/14046>> Acesso em: 13 abr. 2023.

MENDES, Viviane Vecchi. **Investimentos precoces nas crianças:** uma análise dos efeitos da licença maternidade. Dissertação para o Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade Federal de São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-24022011-201203/publico/VivianeVecchiMendes.pdf>> Acesso em: 16 out. 2022.

OLIVEIRA, Ugo Briaca de; DANTAS, Rodolfo Lima. **Mulheres e desigualdade da (des) construção do arquétipo feminino à equiparação da licença paternidade à licença maternidade como planejador das relações de trabalho.** REPATS, Brasília, V. 4, nº 2, p.271-295, Jul-Dez, 2017.

OLIVEIRA, Viviane Modda. **Revisitando Heleieth Saffioti:** a construção de um conceito de patriarcado. Dissertação para o Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de São Carlos, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/12221/dissertacao_viviane_modda_oliveira_-versaofinal.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 06 mai 2023.

PEDROSA, Hemy Carnelós. **A licença paternidade na busca pelo melhor interesse da criança.** Universidade Federal de Viçosa, MG, 2018.

SCALON, Celi; ARAÚJO, Clara. **Gênero e a distância entre a intenção e o gesto.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-69092006000300003>> Acesso em: 06 mai. 2023.

SILVA, Ana Luísa Cataldo da. **"Dá Licença, Eu Sou Pai!":** A Produção De Sentidos Sobre a Licença-paternidade Com Trabalhadores-pais Em Suape. Dissertação para o Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Pernambuco, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/14093/1/DISSERTA%20c3%87%20c3%83%20Ana%20Luisa%20Cataldo%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2023.

SORJ, Bila; FRAGA, Alexandre Barbosa. **Licenças maternidade e paternidade no Brasil:** direitos e desigualdades sociais. Revista Brasileira de Estudos de População, [S. l.], v. 39, p. 1–19, 2022. DOI: 10.20947/S0102-3098a0193. Disponível em: <<https://rebep.org.br/revista/article/view/1949>> Acesso em: 14 mai. 2023.

SOUZA, Gabriela Cristina de. **Licença paternidade:** o direito à igualdade. Dissertação para Conclusão de Curso de Graduação em Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, Minas Gerais, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/123456789/153>> Acesso em: 14 mai. 2023.

THOMÉ, Candy Florêncio. **A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero. Um estudo comparativo entre Brasil e Espanha.** Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.50, n.80, p.41-53, jul./dez.2009. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bdtrt3/bitstream/handle/11103/27207/candy_flarencio_thome.pdf?sequence=1> Acesso em: 20 mai. 2023.

LAÇOS AFETIVOS: A ADOÇÃO AVOENGA NO BRASIL - UMA REALIDADE EM ASCENSÃO

AFFECTIVE BONDS: GRANDPARENTING ADOPTION IN BRAZIL - A RISING REALITY

Vitória Dreide Xavier Araújo Silva

dreidevitoria@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/3638034320387808>

Janice Claudia Freire Sant'Ana

janiceclaudia_2709@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/5228133811310590>

RESUMO: O presente estudo versou sobre a adoção avoenga, isto é, sobre a possibilidade de os ascendentes adotarem os seus descendentes como resultado de uma construção estrutural familiar baseada na afetividade. Importante dizer que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 - inovou o Direito de Família brasileiro, ao se basear em três eixos: reconhecimento da igualdade de direitos e de obrigações entre homens e mulheres; reconhecimento da igualdade entre filhos, com rejeição de qualquer designação discriminatória; e reconhecimento da pluralidade de arranjos familiares. Em razão disso, adveio a possibilidade do reconhecimento e de novas modalidades de famílias. Assim, a discussão reside na possibilidade ou não da adoção avoenga, levando-se em conta a norma de ordem pública, ínsita no artigo 42, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA; que proíbe que ascendente adote descendente como uma forma de evitar confusão patrimonial e estrutural da ordem familiar. No entanto, se tornou necessário questionar em que medida o ordenamento jurídico vigente autoriza a adoção de descendentes realizadas pelos ascendentes. O estudo se respaldou nas decisões dos Recursos Especiais de nº 1.635.649 – SP, nº 1.448.969 – SC e nº 1.796.733 – AM em julgamentos de pedidos atinentes à adoção avoenga, abrindo-se um precedente. Constatou-se que para se afastar a incidência do artigo 42, §1º do ECA, se torna necessária a verificação de requisitos como menoridade do adotando, estudo psicossocial, reconhecimento do adotando dessa estrutura familiar, entre outros; pois se trata de situação excepcional, no qual se prioriza a aplicação do princípio de melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse viés, verificou-se a importância da existência de laços afetivos e que sigam as demais especificidades. Para se chegar a uma conclusão em torno do tema proposto, foram adotados como método de abordagem o dedutivo, como técnica de pesquisa a bibliográfica e como método de procedimento o jurídico, aliando o sistemático e o teleológico. Destarte, a técnica de pesquisa foi a documentação indireta, com a realização do exame de legislações e jurisprudência sobre o tema. Portanto, o estudo visou debater o instituto da adoção por ascendente, enquanto meio eficaz ao atendimento das necessidades das crianças e dos adolescentes, observando o diálogo das fontes entre os princípios constitucionais e a norma de ordem pública, do artigo supracitado do ECA mediante uma análise principiológica.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Melhor interesse da criança e do adolescente. Adoção avoenga. Filiação socioafetiva. Norma de ordem pública.

ABSTRACT: The present study dealt with grandparents' adoption, that is, about the possibility of ascendants adopting their descendants as a result of a structural family construction based on affectivity. It is important to say that the Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB / 1988 - innovated the Brazilian Family Law, based on three axes: recognition of equal rights and obligations between men and women; recognition of equality between children, with the rejection of any discriminatory designation; and recognition of the plurality of family arrangements. As a result, there was the possibility of recognition and new types of families. Thus, the discussion resides on the possibility or not of the adoption by grandparents, taking into account the norm of public order, inherent in article 42, §1º, of the Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA; which forbids the ascendant to adopt descending as a way to avoid patrimonial and structural confusion of the family order. However, it became necessary to question the extent to which the current legal system authorizes the adoption of descendants carried out by ascendants. The study was supported by the decisions of the Special Resources of n° 1.635.649 – SP, n° 1.448.969 - SC and n° 1.796.733 - AM in judgments of requests related to the adoption by grandparents, setting a precedent. It was found that in order to avoid the incidence of article 42, §1 of the ECA, it is necessary to verify requirements such as the minority of the adoptee, psychosocial study, recognition of the adoptee of this family structure, among others; because it is an exceptional situation, in which priority is given to the application of the principle of best interest to children and adolescents. In this bias, it was verified the importance of the existence of affective bonds and that follow the other specificities. In order to reach a conclusion around the proposed theme, the deductive method of approach, the bibliographic research technique and the legal method of procedure were used, combining the systematic and the teleological. Thus, the research technique was indirect documentation, with legislation examination and jurisprudence on the subject. Therefore, the study aimed to debate the institute of adoption by ascendant, as an effective means to meet the needs of children and adolescents, observing the dialogue between sources between the constitutional principles and the public order norm, of the above-mentioned article of the ECA through an analysis of principles.

Keywords: Dignity of the human person. Best interest of children and adolescents. Adoption by Grandparents. Socio-affective affiliation. Public order norm.

INTRODUÇÃO

É cediço que o Direito das Famílias se mostra um dos institutos que mais sofreram mudanças e inovações. Nesse ângulo, se torna premente o estudo da adoção no âmbito jurídico brasileiro, para compreender a dinâmica, que concerne o complexo de valores que legitimam a ordem jurídica brasileira que tutela o melhor interesse da criança e do adolescente.

Diante disso, pela pertinência desse instituto, o presente estudo busca analisar a adoção por ascendente face à vedação ínsita no artigo 42, §1º da Lei nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 – CRFB/1988 – representa um marco referencial atinente ao tratamento jurídico

do instituto da adoção. Esse por sua vez promoveu uma profunda alteração no ordenamento jurídico vigente, expandindo-se a proteção do Estado a novos conceitos de família.

A proposta da pesquisa consiste em analisar no Brasil a adoção por ascendente, ou seja, a adoção avoenga, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. De forma que esse princípio vem mitigando algumas previsões normativas do ECA, e possibilitando algumas decisões *inter partes* favoráveis a novos *status* familiares.

É certo que não se pretende esgotar o tema. Até mesmo porque a jurisprudência a esse respeito ainda é recente, não se podendo vislumbrar todos os desdobramentos desse novo posicionamento. Todavia, o estudo propõe uma breve análise da adoção por ascendente, sob a ótica do princípio constitucional do direito à dignidade humana bem como do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Além disso, visa compreender como esse instituto ganhou espaço na legislação, doutrina e no Judiciário nacional. Destarte, será pontuado como a inovação legislativa refletiu na solução das demandas do Judiciário.

Assim, a questão será analisada tanto por uma perspectiva patrimonial e biológica, quanto por uma visão fundamentada na afetividade que possui compreensão além do núcleo econômico, enaltecendo a autonomia da vontade nas relações jurídicas.

Nesse sentido, as decisões judiciais devem buscar a sintonia das normas vigentes com as múltiplas exigências da sociedade. Logo, faz-se necessário que as regras jurídicas sejam amparadas por valores axiológicos. Em vista disso, está pesquisa será observada por meio da ponderação dos princípios, além de observar os elementos essenciais que devem possuir uma decisão coerente e justa a necessidade das crianças e dos adolescentes.

Justifica-se a discussão do tema em vista de novas abordagens que exsurgem no âmbito jurisprudencial brasileiro, se fazendo necessário o estudo dos entendimentos doutrinários e dos tribunais pátrios, para compreender a sua abordagem principiológica, por meio dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Dessa forma, o objetivo do trabalho é abordar o instituto da adoção e o desdobramento da aplicação dele, face aos novos modelos de família decorrentes da ampliação da família afetiva.

Diante disso, esse estudo se propõe uma reflexão sobre: Em que medida poderá ocorrer o afastamento da incidência do artigo 42, §1 do ECA, levando-se em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de forma a permitir a adoção avoenga?

Para tanto, questiona-se a situação em que o Judiciário se encontrava antes das decisões do Recurso Especial nº 1.635.649 – SP (2016/0273312-3), nº 1.448.969 – SC (2014/0086446-1) e do nº 1.796.733 – AM (2017/0329096-4), e busca-se observar as vantagens e desvantagens geradas pela sua implementação.

Desse modo, visa, por meio da análise jurisprudencial e bibliográfica, contribuir com as discussões sobre o assunto, analisando o caminho percorrido pelas famílias até a pós-modernidade.

Quanto à metodologia da pesquisa utilizada para desenvolver este trabalho, o método de abordagem empregado foi o dedutivo. Os métodos de procedimento utilizados foram o método sistemático e teleológico, mediante o qual se buscou elaborar o estudo sobre a adoção e a proteção nacional à criança e ao adolescente. A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica por essa ser uma técnica sustentada em correntes doutrinárias, que possuem uma classificação segundo critérios de obras de autores ou áreas de conhecimento. Essa se encontra em doutrina, jurisprudência, teses, artigos, entre outros.

1 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA [IN]COERÊNCIA

1.1 Ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro é um conjunto de normas que estabelece uma unidade normativa, essa unidade possui sistemas dinâmicos que se adequam às necessidades sociais (BOBBIO, 2014).

Conforme, Hans Kelsen (2009) e Noberto Bobbio (2014) o ordenamento jurídico só poderá ser visto se tiver três elementos, sendo eles: a unidade, a sistematicidade e a pretensão de completude.

Para eles, a unidade seria compreendida pelo atributo da estruturação escalonada do ordenamento jurídico. Enquanto, a sistematicidade seria aquela responsável por buscar a coerência, ou seja, a ausência de contradição normativa. Por fim,

a pretensão de completude seria a impossibilidade de não existir julgamento por ausência de norma, ou seja, o ordenamento jurídico é completo não deixando espaços para falhas.

Ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro buscou-se verificar a possibilidade ou não de haver [in]coerência, ou seja, incompatibilidade da previsão normativa abstrata e da situação efetiva da criança e do adolescente, nas normas referentes à adoção, no que concerne à vedação de os ascendentes em geral adotarem seus descendentes (art. 42, §1º, do ECA).

A referida norma imperativa traz consigo um impedimento absoluto, tendo como justificativa a desordem da estrutura familiar e o acirramento de disputas e conflitos em relação quanto às questões hereditárias.

No entanto, essa perspectiva ignora um aspecto importante que é o atinente à afetividade e ao reconhecimento filial dos descendentes pelos ascendentes. Diante disso, faz-se necessário ponderar essas circunstâncias de forma a possibilitar uma flexibilização em virtude do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

1.2 As antinomias e critérios de solução

Para Bobbio, os ordenamentos jurídicos são sistemas dinâmicos pelo qual “a pertinência das normas é julgada com base em um critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo” (BOBBIO, 2014, p. 79), por isso, segundo ele havendo o conflito entre normas é necessário examinar os seus respectivos conteúdos, não sendo suficiente referir-se à autoridade que as editou.

No entanto, Diniz (2014) entende que o direito “não seria um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser analisada de modo sistemático pela ciência do direito” (DINIZ, 2014, p. 20), já que do termo “sistema” se exprime o significado de nexos e “método” um instrumento de análise que possibilitaria ordenar a realidade. Para ela, o jurista deveria saber “apresentar o direito sob uma forma sistemática, para facilitar seu conhecimento e manejo pelos que o aplicam” (DINIZ, 2014, p. 21).

Assim, caberá a realização de uma interpretação sistemática dos casos submetidos ao Judiciário de forma que a interpretação ultrapassará àquela meramente literal descrita na norma. Essa interpretação mais coerente ao caso concreto se faz necessária, tendo em vista que um dos objetivos da interpretação jurídica é o de eliminar as antinomias, podendo recorrer aos mais diversos meios hermenêuticos.

Dessa forma, “o direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências da vida” (DINIZ, 2014, p. 21). Por isso, ao conceber uma perspectiva na qual o sistema jurídico seria aberto e incompleto a realidade torna-se mais complexa do que as previsões abstratas, sendo, portanto, necessário que o jurista faça uma interpretação corretiva. Essa interpretação deverá ser guiada pela interpretação sistemática que auxiliará na aplicação dos critérios de solução das antinomias pelos aplicadores do direito.

Entende-se como antinomia as situações em que se tem duas normas positivadas, das quais “uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e outra permite o mesmo comportamento” (BOBBIO, 2014, p. 89), ou seja, “seria o conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular” (DINIZ, 2014, p. 27).

Para Ferraz Jr, a antinomia jurídica é

a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado (FERRAZ JR, p.14 *apud* DINIZ, 2014, p. 31).

A classificação das antinomias quanto ao critério de solução pode ser aparente ou real. A antinomia aparente ocorre quando: “os critérios de solução forem integrantes da ordem jurídica” (ACQUAVIVA, 1990, p. 181-182) e ocorre antinomia real “quando não existir, na ordem jurídica, nenhum critério normativo para solucioná-la, sendo inevitável, para sua exclusão, a edição de uma terceira norma” (ACQUAVIVA, 1990, p. 181-182).

Dessa forma, sendo um conflito aparente, o aplicador pode conservar as duas normas incompatíveis e optar por uma delas, já nos casos reais deverá o aplicador da norma aplicar a solução mais justa, valendo-se de todos os elementos a sua disposição, inclusive, os fora do ordenamento jurídico. Demonstrando o aspecto funcional da aplicação da norma.

Para Diniz (2014), a classificação do conteúdo quanto a antinomia pode ser própria ou imprópria. A própria ocorre quando independe do conteúdo material observando apenas as razões formais, já a imprópria ocorre em virtude do conteúdo material da norma, dividindo-se em de princípios ou de valoração. A antinomia imprópria

de princípios ocorre quando há desarmonia entre princípios presentes na ordem jurídica, já a de valoração ocorre se o legislador não é fiel à valoração prevista.

Quanto ao âmbito será de direito interno se as normas estão dentro de um mesmo ramo do direito ou entre normas de diferentes ramos. Será de direito internacional quando as normas estão previstas em

[...] tratados ou convenções internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, decisões judiciais, opiniões dos publicistas mais qualificados como meio auxiliar de determinação de normas de direito (art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), normas criadas pelas organizações internacionais e atos jurídicos internacionais (DINIZ, 2014, p. 40-41).

Será de direito interno-internacional quando tiver problema decorrente das relações entre os dois ordenamentos, sendo necessário decidir qual prevalecerá sobre o outro.

Quando se trata de antinomia quanto à extensão da contradição poderá ser: a) total-total se dentre as normas uma delas não puder ser aplicada sem que haja o conflito com a outra, b) total-parcial quando uma apresenta conflito totalmente incompatível enquanto a outra conflita apenas em parte com a outra e c) parcial-parcial ocorre quando ambas as normas se contradizem apenas quanto parte das normas uma das outras (ROSS, 1970 *apud* DINIZ, 2014). Assim, haverá conflito entre normas quando o previsto em uma for inconciliável com a outra.

Nesse sentido, é necessário compreender as diferenças entre princípios e regras e como essas atuam conjuntamente. Conforme Dworkin (2010), regra são normas imperativas que impõe, permite ou denegam uma ação. Para Gabrich (2007), os princípios seriam os meios pelo qual os valores fundamentais e relevantes para a sociedade seriam inseridos na ordem jurídica brasileira de forma ampla e genérica, vinculando inexoravelmente as regras que estão no sistema jurídico.

Deste modo, entende-se que as regras “geralmente são estabelecidas para dar concreção aos princípios, e justamente por isso a interpretação e aplicação das regras jamais poderão estar apartadas dos comandos mais genéricos, reconhecidos e introduzidos pelos princípios na ordem jurídica positiva” (GABRICH, 2007, p. 382). Logo, pode-se inferir que tanto os princípios como as regras possuem um caráter normativo-impositivo, responsáveis por determinar, uma regra de conduta ou um dever-ser. Assim, a distinção entre eles estaria no tipo de orientação que oferecem.

Por isso, caberia ao aplicador do direito, a doutrina e a jurisprudência interpretar essas fontes compatibilizando-as com os valores socialmente aceitos e inseridos no ordenamento jurídico brasileiro.

2 ADOÇÃO NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Aspectos conceituais e legislativos

Advindo do latim, *adoptio*, o termo adoção, em português, significa tomar alguém como filho. Rios define em seu dicionário, a adoção como: “1. Ato ou efeito de adotar. 2. Aceitação voluntária e legal de uma criança como filho” (RIOS, 2009, p.14), ou seja, é quanto um conjunto de vontades se unem e se propõem a constituir um lar sem vínculo biológico.

Segundo Diniz adoção seria “ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para uma família, na condição de filho, pessoa que, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha” (DINIZ, 2020, p.595).

A ideia de adoção no ordenamento jurídico brasileiro surgiu das Ordenações Filipinas, que trouxe referências sobre o instituto da adoção (GONÇALVES, 2012), principalmente, pelo constante fluxo de abandonos de recém-nascido no Brasil Colônia (FONSECA, 2012).

Segundo Gonçalves (2012), nesse período não havia uma legislação específica para tratar da adoção. Por isso, embora a adoção não fosse sistematizada, ela era muito citada especialmente pelas Ordenações Filipinas que conforme Gonçalves fazia: “[...] numerosas referências, permitindo, assim, a sua utilização. A falta de regulamentação obrigava, porém os juízes a suprir a lacuna com o direito romano, interpretado e modificado pelo uso moderno” (GONÇALVES, 2012, p. 379). Após esse período a adoção passa a ser regulamentada, principalmente, pela Lei nº. 3071 de 1º de janeiro de 1916 que instituiu o Código Civil de 1916 - C/C16.

O CC/16 trazia grande influência dos ideais romanos, por esse motivo a adoção ainda estava ligada à ideia de preservação da família. Diante disso, a adoção era vista como última alternativa sendo somente permitida aos maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada (GONÇALVES, 2012).

A adoção no CC/16 não rompia os laços com a família biológica do adotado. Isso ocorria em razão da seguinte previsão: “Art. 378. Os direitos e deveres que resultam

do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo” (BRASIL, 1916). Essa previsão contida nesse artigo foi um dos motivos do surgimento da prática da “adoção à brasileira”, já que os adotantes buscavam ter no registro do adotado apenas as suas informações. Por esse motivo, iniciou-se a prática ilegal da “adoção à brasileira” pela qual registravam filhos alheios como próprios para que não constassem os pais biológicos do adotado no registro (GONÇALVES, 2012).

Com surgimento da Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957, advieram importantes alterações ao CC/16, sob o prisma de Rodrigues: “[...] esse diploma que passou a considerar a adoção sob o prisma assistencial, tendo em mira a condição do adotado” (RODRIGUES, 2008, p. 337). Mediante referida lei o legislador flexibilizou alguns requisitos do instituto da adoção o que passou a ser um incentivo a prática da adoção, como por exemplo, a mudança da idade mínima para adotar, que de cinquenta anos foi diminuída para trinta anos, a diferença etária entre adotante e adotado que passou a ser de dezesseis anos de idade, com ou sem prole legítima ou ilegítima, e não mais de dezoito anos e sem prole, entre outras modificações.

Posteriormente, com o surgimento da Lei nº 4.665, de 02 de junho de 1965, criou-se a denominada “legitimação adotiva” que ocorria quando menores de cinco anos encontravam-se em situação “irregular”, ou seja, situações “de risco” e seus pais biológicos e um juiz autorizava a adoção, essa legitimação garantia ao adotado os mesmos direitos que os filhos biológicos. Essa Lei também inovou ao trazer a ideia do cancelamento do registro de nascimento do adotando, gerando assim um novo registro.

Contudo, essa legislação logo foi substituída pelo “Código de Menores” - Lei nº 6.697/79, que substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, tendo por um certo período dois tipos de adoção, adoção plena e adoção simples. O Código de Menores foi uma das primeiras estruturas de proteção do menor da pessoa com a idade entre dezoito e vinte um anos, nos casos expressos em lei, e nele estava disposto como tratar das situações que envolviam “menores em situação irregular” até os dezoito anos de idade (BRASIL, 1979). O Código de Menores, ainda, não apresentava em seu dispositivo qualquer vedação expressa quanto à adoção pelos ascendentes.

O ECA, Lei nº 8.069/90, surge substituindo o Código de Menores no qual vigorava a teoria do menor em situação irregular. Dessa nova legislação passou-se a adotar nas relações de que tratem de criança e adolescentes a teoria da proteção integral.

Com o advento do CC/02, a adoção passou a ser tratada apenas por essa legislação. No entanto, conservou-se a divisão que era prevista no CC/16 a qual ocorria em duas espécies: A adoção simples, prevista no CC/16 e Lei nº 3.133/57, e a plena, regida pela Lei nº 8.069/90, arts. 39 a 52.

Conforme Diniz (2020), a adoção simples, ou restrita, caracterizava-se como aquela ligada ao vínculo de filiação entre as figuras do adotante e do adotado, ou seja, essa relação ficaria restrita somente entre eles não se estendendo aos familiares do adotante. Assim, o adotante mantinha os seus vínculos com sua família biológica. Além disso, essas previsões não asseguravam a irrevogabilidade da adoção. Diante disso, surge a adoção plena para dar mais estabilidade as relações advindas dessa adoção.

A adoção plena, estatutária ou legitimante, foi introduzida no ordenamento pela Lei nº 6.697/79, essa teve como objetivo abordar o tema previsto na Lei nº 4.655/65. Todavia, a Lei nº 6.697/79 foi revogada pela Lei nº 8.069/90, art. 267, manteve-se a nomenclatura já utilizada tendo em vista que a terminologia já estava consagrada no ordenamento.

Assim, a “adoção plena era a espécie de adoção pela qual o menor adotado passava a ser irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (DINIZ, 2020, p. 598).

Com base na CRFB/1988, que consagra o princípio da proteção integral, o ECA inseriu direitos e deveres iguais aos filhos adotivos e naturais, destacando o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, disposto no artigo 227, parágrafo 6º da CRFB/1988. Também, buscou garantir o direito à convivência familiar e à integração do menor na família do adotante. Com esse advento da CRFB/1988, a adoção passa a ser sempre plena, com efeitos jurídicos expressamente previstos.

Após esse período o ordenamento jurídico dá fim à antiga divisão da adoção e investe na codificação privada pela qual se buscou a padronização em um único dispositivo do entendimento sobre a adoção.

Por essa razão, a Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 que instituiu o Código Civil brasileiro - CC/02 - apresenta um capítulo próprio a respeito do instituto estando esse previsto nos arts. 1.618 a 1.629. Dentre as mudanças realizadas pelo CC/02 a formulada pelo dispositivo art. 5 que modifica a idade em que se atingia a maioridade civil do CC/16, isso afetou diretamente o instituto da adoção, que passou a ter como idade

mínima dezoito anos de idade e não mais vinte e um anos como prevista na legislação anterior.

Porém, as tentativas de unificação legal da adoção no CC/02 foram frustradas. Por esse motivo, além da previsão da adoção na Lei nº. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente surge a Lei nº 12.010/2009, conhecida como a Lei Nacional de Adoção ou Nova Lei da Adoção. A nova norma revogou vários dispositivos do CC/02 que abordavam o assunto alterando, ainda, os arts. 1.618 e 1.619 (TARTUCE, 2018).

Atualmente, a adoção é consolidada e tratada, principalmente, no ECA não havendo mais dispositivos no CC/02 que regulamentam o instituto, já que o art. 1.618 determina que a adoção será deferida nas formas previstas pelo ECA (TARTUCE, 2018).

2.2 Adoção avoenga sob a ótica jurisprudencial

Apesar da vedação no ordenamento jurídico brasileiro da adoção avoenga, o Superior Tribunal de Justiça - STJ - vem mitigando essa previsão normativa. Exemplo dessa mitigação o julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.448.969 – SC (2014/0086446-1) que trata de um casal que adotou uma menina de 8 anos que já estava grávida por ter sofrido abuso sexual. A menina deu à luz quando ainda estava com 9 anos. Diante disso, o casal cuidou do recém-nascido como se filho fosse, já que a mãe não estava em condições de assumir a responsabilidade e assim ocorreu uma filiação socioafetiva do casal para com o bebê.

A decisão baseou-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Nesta perspectiva, os envolvidos no caso em questão apresentavam apenas pontos positivos à efetivação da adoção, já que a concessão dessa não traria qualquer prejuízo ao adotado. Isso porque a criança reconhecia aquela estrutura familiar desde o princípio, ou seja, a criança sempre fora tratada como filho.

Nesse sentido,

[...] Não cabe mais ao judiciário fechar os olhos à realidade dos autos e fazer da letra da lei do artigo 42, §1 do ECA tábula rasa à realidade. Em consequência, perpetuar a interpretação restrita de tal artigo, aplicando-o de forma estrábica, é pactuar com a injustiça (STJ- Res: 1448969 SC 2014/0086446-1, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 21/10/2014, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 03/11/2014).

Dessa forma, percebe-se que, ainda que o ECA (art. 42, §1) proíba expressamente a adoção avoenga, é possível que ocorra sua admissão em hipóteses excepcionais envolvendo crianças e adolescentes desde que verificado concretamente que é a medida que mais atende ao princípio do melhor interesse do menor, sobressaindo reais vantagens para a criança e ao adolescente. Assim, o STJ posicionando-se favoravelmente a adoção avoenga em situações excepcionais em que essa estrutura familiar proporciona a proteção integral e prioritária dos direitos desses.

A CRFB/1988 ao aderir a proteção integral e prioritária como vetor hermenêutico à aplicação das normas jurídicas fez com que o ECA tivesse que observar esses valores axiológicos para determinar quais seriam as medidas que proporcionariam de melhor forma a proteção e preservação a saúde mental, emocional e o ideal convívio social para essas crianças e adolescentes. Assim, essa introdução afastou das decisões judiciais o “maniqueísmo ou do dogmatismo da regra (tudo ou nada)”.

Nesse sentido, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem nesses casos o objetivo de salvaguardar “uma decisão judicial do maniqueísmo ou do dogmatismo da regra, que traz sempre consigo a ideia do tudo ou nada” (PEREIRA, 2015, p. 588-589).

Logo, embora a proibição prevista no artigo 42 do ECA busque evitar inversões e confusões nas relações familiares, não se pode afastar a possibilidade da adoção avoenga, em caráter de excepcionalidade, desde que tenha os seguintes requisitos: menoridade do adotando, maternidade ou paternidade desde o nascimento, existência de estudo psicossocial, reconhecimento do adotando desta estrutura familiar, inexistência de desaprovção familiar quanto a essa estrutura, inexistência de perigo de confusão mental e emocional do adotante, ausência de motivos ilegítimos e que tenha vantagens para o adotando.

Nesse seguimento foi provida o seguinte recurso

Na hipótese dos autos, consoante devidamente delineado pelo Tribunal de origem: (i) cuida-se de pedido de adoção de criança nascida em 17.3.2012, contando, atualmente, com **sete anos de idade**; [...] (iii) os adotantes **detêm a guarda do adotando desde o seu décimo dia de vida, exercendo, com exclusividade, as funções de mãe e pai da criança**; [...] (vii) o adotando **reconhece os autores como seus genitores e seu pai (filho da avó/adotante) como irmão**; (viii) **inexiste conflito familiar a respeito da adoção**, contra qual se insurge apenas o Ministério Público estadual (ora recorrente); [...] (xi) a **adoção apresenta reais vantagens para o adotando, que poderá se ver livre de crimes de delinquentes rivais de seus parentes maternos** (STJ - REsp: 1587477 SC 2016/0051218-8, Relator: Ministro Luis

Felipe Salomão, Data de Julgamento: 10/03/2020, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 27/08/2020, grifo nosso).

Deste modo, o relator demonstra que a flexibilização do art. 42, §1º do ECA somente ocorre em situações excepcionais, desde que elas cumpram cumulativamente todos os requisitos supramencionados.

Assim, ao observar as condições as quais estavam sendo consideradas nos requisitos supracitados das decisões favoráveis observa-se que o caso do bisavô não se enquadrava, uma vez que o adotando já atingiu a maioria. Logo, mostra-se inviável a desconstituição da identidade familiar já consolidada por tantos anos, além de evitar possíveis discussões sobre sucessão no futuro.

Logo, a Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1.635.649/SP pontuou que essas circunstâncias excepcionais de flexibilização são concedidas pelo próprio legislador que outorga ao juiz a possibilidade de, excepcionalmente, suplantar ou suplementar normas em prol do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista, a imprevisibilidade da dinâmica social. Salienta a mesma que:

O princípio do **melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda legislação** atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, **submetendo-o ao crivo objetivo de apreciação judicial da situação concreta** (STJ – Recurso Especial: 1.635.649- SP, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 27/02/2018, Data de Publicação: DJe 02/03/2018, grifo nosso).

Dessa forma, sobreveio o precedente que possibilitou a flexibilização da previsão normativa do ECA pelo melhor interesse da criança e do adolescente e pela dignidade da pessoa humana. No entanto, para que haja a flexibilização é necessário que ocorra o preenchimento dos requisitos da excepcionalidade supracitados.

3 ANÁLISE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR AVÓS FACE AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme essa perspectiva a decisão judicial não pode ser concebida como fruto de mera aplicação automática de regras gerais e abstratas, devendo ser fundamentada e de acordo com o caso concreto, já que se trata de circunstância distinta da criação legislativa e executiva.

Segundo a teoria de Günther (2004), a decisão judicial possui lógica e estrutura próprias que tem como objetivo à adequação imparcial de uma norma abstrata a um caso específico. Nesse sentido, Dworkin (2010) pontua a diferença argumentativa entre decisões judiciais e decisões legislativas, sendo os argumentos principiológicos adequados para aquelas, enquanto para as legislativas se faz mais adequado a utilização dos argumentos políticos.

Assim, pode-se dizer que a utilização dos princípios para analisar um caso específico traz uma carga valorativa (axiológica), mas além de tudo conduz o melhor direcionamento às dúvidas arguidas pelo caso concreto (GABRICH, 2007).

Nesse aspecto, os princípios dão alicerce e direcionam o caminho pelo qual as normas devem observar a situação *in concreto* (FARIAS; ROSENVALD, 2018). Para Cairo Jr (2015, p. 87), “por princípio entende-se tudo aquilo que orienta o operador do Direito na sua atividade interpretativa [...] em alguns casos [...] assume as feições da própria regra jurídica [...]” e por esse motivo em certos casos faz-se necessário a mitigação de normas abstratas, já que a realidade apresenta peculiaridades que não podem ser postas de lado.

Por isso, é necessário que haja cautela ao analisar as situações postas diante do Judiciário, principalmente, em casos em que envolvam vulneráveis como, por exemplo, os casos em que envolvem as crianças e os adolescentes.

Esse princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um critério essencial para a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, sendo inclusive, capaz de afastar a peremptoriedade de qualquer texto legal referente aos interesses desses, submetendo-o a uma análise objetiva de apreciação judicial da situação concreta.

Nessa acepção, Amin diz que:

Trata-se [Princípio do interesse superior] de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras. [...] Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete (AMIN, 2016, p. 72).

Diante disso, a adoção avoenga torna-se um assunto que merece maior visibilidade, principalmente, porque no Brasil, o número de avós que criam seus netos é elevado e a vontade da adoção por esses se mostra presente, embora haja previsão proibindo esta prática (art. 42, §1º do ECA).

Assim, embora, a legislação vigente do ECA em seu art. 42, §1º, vede a adoção avoenga, tendo como elementos justificadores a confusão da estrutura familiar, os problemas decorrentes de questões hereditárias e as fraudes previdenciárias. Esse dispositivo deve ser analisado pelo julgador por uma *summa* teológica, assim

[...] esse dispositivo pretende indicar aos operadores do Direito, basicamente ao Poder Judiciário, **a forma mais adequada para interpretar** o conteúdo deste Estatuto: **na dúvida, em prol da criança e do adolescente**. Fazemos questão de frisar: o interesse mais relevante é o da criança e do adolescente (NUCCI, 2018, p. 27, grifo nosso).

Por isso, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, essa regra vem sendo mitigada em algumas decisões *inter partes*.

Para Fonseca, essa admissão da adoção traria confusões às relações de parentesco: “devemos afastar a hipótese de a pessoa tornar-se pai do próprio irmão ou algum neto tornar-se filho e irmão do tio ou filho do avô” (FONSECA, 2011, p. 156). Nesse mesmo sentido entende Pereira que diz que:

Diante da equiparação dos filhos, inclusive dos adotivos, o que se pretende evitar é que netos e irmãos se transformem em filhos. Este impedimento deve se estender também ao cunhadio na constância do casamento. Está presente a mesma suspeita de concupiscência que impede o casamento entre o adotado e o filho superveniente aos adotantes, previsto no art. 183, nº V-CC (PEREIRA, 2015, p. 263).

No entanto, até que ponto essa preocupação essencialmente com a questão patrimonial deveria ser superior ao aspecto afetivo? A legislação vigente se posiciona a favor da prioridade do melhor interesse da criança e do adolescente e, por essa razão, deve ser observado o artigo 227 da CRFB/1988, assim como os artigos 3º, 6º e 15º da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças aplicando o método sistemático, onde se extrai a norma a partir da análise de todo o ordenamento jurídico, além de ser plenamente viável o exercício da ponderação e harmonizar de forma a evitar conflitos de normas.

Apesar disso, ao buscar a perpetuação do culto ao biologismo, o direito acaba por não abranger os novos tipos de família advindos da ordem cultural, e não da natureza. Diante disso, para dar voz a essas novas modalidades de família faz-se necessário o reconhecimento desses pedidos, uma vez que os demais poderes próprios da parentalidade já estão sendo exercidos por esses.

Assim, pode-se dizer que essas famílias apenas estão buscando “cristalizar” e formalizar uma relação já existente. Como pontua Madaleno:

Não obstante a codificação em vigor não reconheça a filiação socioafetiva, inquestionavelmente a jurisprudência dos pretórios brasileiro vem paulatina e reiteradamente prestigiando a prevalência da **chamada posso do estado de filho, representando em essência o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentado no amor e no desejo de ser pai ou mãe, em suma de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial** (MADALENO, 2015, p. 525-526, grifo nosso).

Por isso, a análise dos casos sob a perspectiva do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente salvaguardaria a sociedade do enquadramento do ordenamento jurídico a decisões estáticas sem o dinamismo característico dos avanços sociais e das necessidades populares. Por tanto, a superação dessa vedação seria um dever do julgador intérprete para proteger os interesses desses conferindo uma ponderação equilibrada.

Em meio a essas discussões convém analisar com base no contexto do caso em questão, como devem ser levados em conta as particularidades da situação e as necessidades da criança e do adolescente. Somente assim, os intérpretes/aplicadores do direito conseguiram evitar que o “sistema protetivo” criado pelos legisladores afete negativamente os direitos daqueles que realmente interessam, que são as crianças e os adolescentes.

Diante disso, a adoção avoenga não violará o ECA, em seu art. 42, §1º, sendo aplicada essa possibilidade excepcionalmente quando:

(i) o pretense adotando seja menor de idade; (ii) os avós (pretensos adotantes) exerçam, com exclusividade, as funções de mãe e pai do neto desde o seu nascimento; (iii) a parentalidade socioafetiva tenha sido devidamente atestada por estudo psicossocial; (iv) o adotando reconheça os - adotantes como seus genitores e seu pai (ou sua mãe) como irmão; (v) inexistir conflito familiar a respeito da adoção; (vi) não se constate perigo de confusão mental e emocional a ser gerada no adotando; (vii) não se funde a pretensão de adoção em motivos ilegítimos, a exemplo da predominância de interesses econômicos; e (viii) a adoção apresente reais vantagens para o adotando (STJ - REsp: 1587477 SC 2016/0051218-8, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 10/03/2020, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 27/08/2020, grifo nosso).

Essa excepcionalidade decorre da flexibilização proveniente da carga axiológica dos princípios da dignidade da pessoa humano e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Esses princípios conduzem às interpretações jurídicas na direção da melhor escolha ao desenvolvimento da criança e do adolescente, já que a ótica constitucional desses buscou consagrar a proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes.

Valida-se assim a possibilidade da relativização da norma de ordem pública prevista no art. 42, §1º do ECA.

Assim, reserva-se ao Judiciário a responsabilidade da adequação do direito aos casos concretos, quando houver omissão normativa ou quando a sua eficácia apresentar alguma inadaptabilidade a realidade social e aos seus valores. Nesse sentido, as decisões emitidas pelo Judiciário estão condicionadas pelo sistema jurídico em três subconjuntos: normativo, valorativo e fático (DINIZ, 2019).

Dessa forma, deverá ter aplicação do diálogo das fontes, visto que, a norma aplicada nas decisões deve advir da harmonização desse processo de tensão entre o fato e o valor (DINIZ, 2019). Logo, o magistrado ao ponderar esses fatores não criará novo direito, ele apenas desvendará normas já contidas dentro das possibilidades do sistema jurídico.

Por isso, levando-se em conta que o Direito das famílias é marcado pela principiologia faz-se necessário, sempre que possível, aplicar o seu caráter normativo para assegurar uma interpretação jurídica que garanta essa sua função determinadora do dever-ser, pois a legalidade estrita por si só não consegue sustentar um sistema normativo aberto. Por isso, nesses casos de adoção avoenga faz-se necessário afastar a regra e aplicar os princípios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou, todavia, apresentar a adoção enquanto instituto jurídico, no qual dentro desse contexto evolutivo passou por diversas adaptações sociais afastando-se da mera vinculação patrimonial-sucessória para vincular-se a uma relação afetiva. Resta claro, que as alterações estruturais e inovações decorrentes das legislações e dos posicionamentos jurisprudenciais buscaram assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, os seus direitos fundamentais para um desenvolvimento pleno de suas capacidades. Por isso, a CRFB/1988 é tida como um grande marco inovador, pois ao ressaltar a importância dos princípios na aplicação dos direitos e garantias desses, ela trouxe uma conotação mais humanista e espelhada nas necessidades das crianças e dos adolescentes.

Diante disso, as decisões judiciais têm se encaminhado no sentido de que os princípios também possuem a atribuição de informar a todo o ordenamento jurídico brasileiro, ultrapassando, dessa forma, a concepção estritamente positivista, que prega um

sistema de regras neutro. Dessa forma, o Direito consegue estar em consonância com a realidade.

Nesse viés, tanto os princípios como as regras completam-se de forma a criar as normas, já que esses são os responsáveis por regulamentar comportamentos. Assim, os princípios possuem, de grosso modo, a mesma natureza e finalidade que as regras.

Nessa esteira, os princípios possuem uma superioridade normativa que sobrepõe as regras se analisado o problema que tange à sustentação de um ordenamento jurídico, ou seja, o que dá validade às normas que o compõe. Por isso, os princípios sempre poderão e deverão ser aplicados, em menor ou maior medida, conforme o caso concreto, pois esses além de ajudarem na interpretação normativa, também, preenchem as lacunas legislativas.

Há, portanto, a necessidade dessas flexibilizações normativas como a adoção avoenga, já que a lei não consegue acompanhar a complexidade e dinamicidade das relações sociais. Por esse motivo, os princípios têm se revelado a forma mais adequada para superação dos desafios impostos pela dinamicidade da sociedade.

Diante disso, a análise da questão sobre a perspectiva do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, reuni uma série de outros princípios, sobretudo o da dignidade humana e da afetividade demonstra um zelo do aplicador do direito ao devido desenvolvimento moral, emocional, físico e psicológico das crianças e dos adolescentes.

Essa análise principiológica, principalmente, baseada no princípio da dignidade humana das pessoas tornou possível está democratização do conceito de família em uma perspectiva mais afetiva possibilitando debates antes não permitidos.

Logo, as crianças e os adolescentes são colocados como o centro da preocupação social. Isso afasta o biologismo anteriormente preponderante e ressalta a importância das bases principiológicas do ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão disso, as famílias anteriormente impossíveis de serem constituídas e reconhecidas ganham forma e voz perante a busca do reconhecimento e legalização. O termo mãe e pai escutados antes apenas em casa podem ser reconhecidos fora daquele ambiente familiar. Tudo isso torna mais nítido toda aquela relação afetiva baseada antes apenas no amor e carinho, essa agora detém poder familiar e direitos e deveres perante o Estado e para com aqueles que tanto se doaram.

É claro que o objetivo deste estudo não é encerrar o assunto, trata-se apenas de uma discussão que sempre precisará ser [re]visitada, para acompanhar as constantes mudanças na vida das famílias.

No entanto, esse estudo demonstrou o ganho social que essas decisões estão dando a sociedade e, principalmente, a aquelas famílias que sempre sonharam em ser reconhecidas como famílias. Assim, o aplicador do direito está conseguindo tornar previsões abstratas em experiências, está dando rostos e contando histórias que antes se perderiam pelo tempo.

Verificou-se assim, que é possível o surgimento de novos *status* familiares decorrentes da adoção avoenga em virtude da atuação dos princípios constitucionais, pois esses dão suporte axiológico e coerência interna ao ordenamento jurídico brasileiro de forma a preponderar disposições harmônicas as demandas sociais.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andrea Rodrigues. **Curso de Direito da criança e do adolescente**. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenadora). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Notas Introdutórias ao Estudo do Direito**, 2. ed. São Paulo, Ícone, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 47. ed. Brasília (DF): Edições Câmara, 2015.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 19 jan. 2020.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 19 jan. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 08 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.955, de 5 de fevereiro de 2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12955.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.509%2C%20DE%202%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017.,de%202002%20\(C%C3%B3digo%20Civil\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.509%2C%20DE%202%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017.,de%202002%20(C%C3%B3digo%20Civil)). Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-3133-8-maio-1957-355236-norma-pl.html>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990- Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.635.649 – SP (2016/0273312-3).** Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2018. Diário da Justiça, Brasília- DF, 02 de março de 2018. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/avos-podem-circunstancias-excepcionais%20\(1\).pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/avos-podem-circunstancias-excepcionais%20(1).pdf). Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.448.969 - SC (2014/0086446-1).** Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 21 de outubro de 2014. Diário da Justiça, Brasília- DF, 03 de novembro de 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483652/recurso-especial-resp-1448969-sc-2014-0086446-1/relatorio-e-voto-153483664>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.587.477 - SC (2016/0051218-8).** Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 de março de 2020. Diário da Justiça, Brasília- DF, 27 de agosto de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919833238/recurso-especial-resp-1587477-sc-2016-0051218-8>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.796.733 - AM**

(2017/0329096-4). Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 27/08/2019, Diário da Justiça, Brasília – DF, 06/09/2019. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ATC%20\(2\).pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ATC%20(2).pdf). Acesso em: 18 jan. 2021.

CAIRO JR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. rev. e atual. Bahia: JusPodivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18.ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martin Fontes, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Antinomia**, in Enciclopédia Saraiva do Direito, cit., p.14.

GABRICH, Frederico de Andrade. **O caráter normativo dos princípios**. Belo Horizonte: Metitum, v. 2, n. 2, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. **Conflito real de normas e teoria funcional**. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/643/3.1.2%20Conflito%20real%20de%20normas%20e%20teoria%20funcional.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 mar. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 4.ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIOS, Darnival Ribeiro. **Minidicionário escolar da língua portuguesa**. São Paulo: DCL, 2009.

ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS COMPLEXIDADES NO DIREITO BRASILEIRO

PARENTAL ALIENATION AND ITS COMPLEXITIES IN BRAZILIAN LAW

SANTOS, Jennifer Kethlyn Coelho
jenniferkethlyn@gmail.com

SILVA JÚNIOR, José Adélcio da
jose.adelcio@unimontes.br
<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

SOUZA, Hanna Ferreira
hannassouza56@gmail.com

RESUMO: O presente artigo aborda o conceito legal e doutrinário da Alienação Parental, atualmente previsto na Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, bem como as possíveis práticas e condutas que podem caracterizá-la. Nesse prisma, faz-se necessário tal estudo tendo em vista que é crescente no Brasil o número de divórcios, separações e dissoluções de uniões estáveis o que nem sempre possui um término consensual, sendo que em alguns casos o menor é o que mais sofre. Salienta-se que, o ordenamento jurídico pátrio defende a esses o direito a uma formação saudável, sendo dever dos pais preservar e conservar boas relações com esses. Nesse ínterim, os pais não podem se transformarem em carrascos dos próprios filhos. Dessa forma, a Lei nº 12.318/2010 é criada a fim de garantir e reforçar essa ideia. Assim, buscando evidenciar tal debate foi realizada uma pesquisa de caráter exploratório, qualitativo, bibliográfico e documental, que buscou verificar as implicações e previsões pátrias sobre esse respeito.

Palavras-chave: Alienação parental. Lei nº 12.318/2010. Direito de Família.

ABSTRACT: This article addresses the legal and doctrinal concept of Parental Alienation, currently provided for in Law 12,318 of August 26, 2010, as well as the possible practices and behaviors that can characterize it. In this light, such a study is necessary given that the number of divorces, separations and dissolutions of stable unions is increasing in Brazil, which does not always have a consensual end, and in some cases the minor is the one who suffers the most. It should be noted that the national legal system defends the right to a healthy education for these children, and it is the parents' duty to preserve and maintain good relations with them. In the meantime, parents cannot become the executioners of their own children. Thus, Law No. 12.318/2010 is created in order to guarantee and reinforce this idea. Thus, seeking to highlight this debate, an exploratory, qualitative, bibliographical and documentary research was carried out, which sought to verify the implications and national predictions on this regard.

Keywords: Parental Alienation. Law nº 12.318/2010. Family Law.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da alienação parental trata-se de uma interferência realizada pelo familiar de uma das partes da relação parental que de alguma forma induz psicologicamente a criança ou adolescente a se portar contrariamente a outro familiar. Diante disso, a Lei nº 12.318, 26 de agosto de 2010, é apresentada como uma forma de proteger estes indivíduos e seus direitos à convivência familiar saudável.

Após o rompimento do vínculo conjugal, os membros da família precisam se adaptar a uma nova realidade, redefinindo papéis e funções. No entanto, em alguns casos, um dos genitores pode não lidar bem com o fim do relacionamento e buscar vingança por meio de práticas prejudiciais ao próprio filho, caracterizando uma alienação parental.

Esse fenômeno é definido como uma interferência negativa na formação psíquica da criança, com o objetivo de prejudicar o relacionamento com o outro genitor. É considerado um abuso do poder familiar, violando os princípios constitucionais, como o melhor interesse da criança e do adolescente e a dignidade humana.

É essencial identificar esses atos de alienação parental para tomar as medidas necessárias e garantir a proteção integral da criança ou adolescente, priorizando seu bem-estar, conforme estabelecido no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Além disso, é importante considerar o conjunto familiar como um todo, uma vez que todos os envolvidos estão sofrendo de forma subjetiva.

O artigo propõe compreender as consequências desse fenômeno e direcionar o foco para as partes envolvidas, buscando reduzir o sofrimento psíquico dos pais e proteger o desenvolvimento psíquico da criança ou adolescente diante desse fato tão presente na realidade brasileira contemporânea.

A SOMBRA DO DESAMOR: DESVENDANDO A ALIENAÇÃO PARENTAL

A priori é mister pontuar que o divórcio em si não é o causador da alienação parental, mas sim o modo como cada genitor lida com a situação. A separação dos pais pode trazer à tona angústias e conflitos que estavam ocultos, revelando sentimentos como ciúme, inveja, ressentimento e vingança (DIAS, 2010).

A alienação parental ocorre quando um dos genitores influencia aceitar a criança, levando-a a expressar emoções falsas, manipular pessoas e situações, e até mesmo adotar

uma postura agressiva em relação ao outro genitor. Isso pode levar ao rompimento do vínculo entre a criança e o pai/mãe alienado, causando prejuízo emocional (LOCH, 2020).

Segundo Antônio de Pádua Serafim, psicólogo, mestre em Neurociências e Comportamento e doutor em ciências pela Faculdade de Medicina da USP, explica que:

A Alienação Parental é uma forma de maltrato ou abuso; é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. (2010, p.1).

É importante considerar a subjetividade de cada caso, levando em conta a idade da criança, características individuais, qualidade dos vínculos considerados e outros fatores. Os efeitos da alienação parental podem variar, podendo resultar em neurose, psicose, repetição de padrões comportamentais e até mesmo perversão.

A teoria do amadurecimento de Winnicott (2017) destaca a importância do ambiente facilitador para o desenvolvimento saudável da criança. Quando o ambiente falha, a criança pode desenvolver um falso eu como forma de defesa. Esse falso self mascara a realidade interna da criança e impede de expressar seus verdadeiros sentimentos.

A alienação parental reflete conflitos inconscientes que precisam ser compreendidos e elaborados para transformar o sofrimento psíquico. É fundamental que os pais mantenham diálogos sinceros com os filhos, demonstrando que o amor e a relação de cuidado permanecem mesmo após a separação (GRIGORIEFF, NÜSKE, 2015).

É importante ressaltar que a alienação parental é um tema complexo e sensível, e cada caso deve ser analisado individualmente. Em situações de alienação parental, buscar apoio de profissionais especializados, como psicólogos e assistentes sociais, pode ser fundamental para ajudar a família a lidar com os desafios e promover o bem-estar das crianças envolvidas.

Salienta-se que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas já se preocupava com o direito da criança à convivência familiar em 1959, apesar de não ter disposto sobre ela expressamente. Todavia, a Convenção Internacional de Direitos da Criança e do Adolescente reconheceu mais tarde que é necessário o desenvolvimento pleno e harmonioso da personalidade do menor em um ambiente feliz, com amor e compreensão que deve ser o seio da família.

No Brasil, esse direito está disposto na CRFB/1988, em seu artigo 227, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 19. Desse modo, tentando mostrar a importância do ambiente familiar saudável para o desenvolvimento do menor. Assim, cabendo ao Governo medidas para que não ocorra a separação dessa família, a não ser que ocorra alguma situação que afete o bem-estar e o futuro do menor.

DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O direito de ser criado e educado no ambiente familiar e, eventualmente, na família substituta é assegurado a toda criança e adolescente por meio do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 que diz que:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será está incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei. § 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial (BRASIL, 1990).

De fato, o ambiente familiar desempenha um papel crucial no desenvolvimento e crescimento saudável da criança e adolescente. É neste ambiente que ela encontra suporte emocional, afeto, cuidado e segurança, elementos essenciais para o seu desenvolvimento pleno. Uma convivência familiar saudável contribui para o desenvolvimento de habilidades sociais, emocionais e cognitivas, além de promover um senso de identidade e pertencimento.

É importante ressaltar que o direito à convivência familiar não é apenas fundamental para a criança, mas também para os pais. O convívio com os filhos fortalece os laços afetivos e permite o exercício das responsabilidades parentais. Além disso, a convivência familiar está intrinsecamente ligada a outros direitos, como o direito à saúde, à educação, ao desenvolvimento pessoal e ao bem-estar.

No entanto, as desigualdades sociais e a exclusão no mercado de trabalho podem dificultar a efetivação desse direito. A situação econômica precária de uma família pode afetar o ambiente familiar, levando a situações de negligência, abandono e outros problemas. É importante que sejam criadas políticas e medidas sociais que visem combater essas desigualdades, garantindo condições adequadas para o pleno desenvolvimento das famílias e o exercício do direito à convivência familiar (DIAS, 2010).

Em resumo, o ambiente familiar desempenha um papel fundamental no desenvolvimento da criança, sendo necessário que seja um ambiente saudável, repleto de afeto, cuidado e respeito. No entanto, desigualdades sociais e problemas mecânicos podem dificultar a efetivação desse direito, ações e políticas de trânsito que visem garantir condições adequadas para o pleno exercício do direito à convivência familiar.

Esse direito está disposto tanto na CRFB/1988 como no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo um direito fundamental do menor. A convivência familiar é tão importante quanto o direito à vida. Isso porque é através dela que o menor está protegido, está em um ambiente propício ao seu crescimento e desenvolvimento afetivo e cognitivo. É na família que o menor acha apoio, refúgio, um lar para que possa sobreviver. É a família também que vai fazer uma mediação entre o menor e a primeira experiência no quesito de vida em sociedade, podendo guiar e instruir o menor para o seu correto desenvolvimento.

Furquim (2006), aborda o tema da seguinte maneira:

A convivência com ambos os pais é fundamental para a construção da identidade social e subjetiva da criança. A diferença das funções de pai e mãe é importante para a formação dos filhos, pois essas funções são complementares e não implicam hegemonia de um sobre o outro.

Mesmo após a separação conjugal, é fundamental garantir o direito da criança à convivência familiar equilibrada e saudável com ambos os pais. A relação de parentalidade não deve ser prejudicada pelos conflitos entre os ex-cônjuges, uma vez que

a criança tem o direito e a necessidade de manter vínculos afetivos e de convivência com ambos os pais.

A família desempenha um papel fundamental na formação das crianças, preparando-as para o futuro e ensinando-lhes as normas de convívio social. O lar familiar é o ambiente onde ocorrem esses ensinamentos, e é essencial que seja um local estável, pacífico e harmonioso.

Os pais têm a responsabilidade de criar uma atmosfera de amor, compreensão e segurança moral e material, que contribuem para o desenvolvimento saudável da personalidade da criança.

Portanto, mesmo diante de uma separação conjugal, os pais devem priorizar o bem-estar e o melhor interesse da criança, buscando estabelecer uma convivência saudável e equilibrada. Isso requer maturidade, respeito mútuo, diálogo e cooperação entre os pais, mesmo que suas relações pessoais tenham se alterado.

Ao assegurar a convivência familiar e uma relação de parentalidade positiva, os pais criaram para o desenvolvimento harmonioso da criança e para a construção de sua identidade e valores.

PROTEGENDO O ELO FAMILIAR: LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL E SUAS PREVISÕES LEGAIS

A Lei 12.318/10, conhecida como Lei de Alienação Parental, reforçou o que a doutrina e a jurisprudência já afirmavam, buscando proteger o menor alienado e combater essas práticas desde o princípio.

A referida Lei menciona ações que podem ser identificadas como alienação parental, em um papel exemplificativo. Além disso, diante da necessidade de ações do Poder Judiciário nesses casos, a legislação estabelece a tramitação preferencial do processo e a determinação de urgência em medidas provisórias. (Art.4º)

Durante o processo, é mantida uma convivência familiar entre os envolvidos, mesmo que de forma assistida, com o objetivo de preservar o vínculo parental e proteger a família de falsas suspeitas. Para combater essas práticas, o juiz pode impor medidas à família, como ampliar o regime de convivência entre a criança e o genitor alienado. (Art. 4º).

Para efetivar esse contexto jurídico, é necessário considerar a criança no cenário da alienação parental, ajudando-a a lidar com essa situação até que consiga elaborá-la.

Conforme Dolto (2011), é ideal que o filho declare na residência em que vivia com a família, para que o genitor não mantenha a guarda física possa viver periodicamente ali sua função parental. No entanto, essa hipótese complexa pode ser devido a novas configurações familiares, e o detentor da custódia pode não desejar que o ex-parceiro entre em sua residência como antes. Para que isso facilite, é necessário que os pais dialoguem e cooperem, o que nem sempre é comum atualmente.

Apesar das dificuldades impostas pelas novas concepções familiares, a guarda compartilhada surge como uma forma de garantir o direito fundamental da criança à convivência familiar, compartilhando as responsabilidades relacionadas ao filho e buscando a participação de ambos os genitores em sua vida. Com a manutenção do vínculo materno-paterno-filial e o cumprimento efetivo das responsabilidades parentais, essa modalidade de guarda pode prevenir a alienação parental, atendendo as chances de a criança se tornar objeto de disputa entre os pais.

A presença contínua da criança na mesma escola também é fundamental, pois não é aconselhável que ela deixe sua escola para entrar em outra após o colapso. Segundo Dolto (2011), essa mudança pode causar confusão, desequilibrando seu ser pessoal e danificando seu ser social.

Nesse sentido, a instituição de ensino trabalha um papel importante, oferecendo apoio à criança e aceitando temporariamente comportamentos agressivos e regressivos, além de reduzir as exigências. Se o divórcio é conturbado, a criança pode entender que uma agressão é a forma correta de expressar o que sente, repetindo esse comportamento. Isso também pode afetar seu desempenho escolar.

ESTÁGIOS DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome da Alienação Parental é um processo que ocorre de forma gradual e progressiva, não se instalando de uma vez. No estágio I, também conhecido como leve ou tipo leve, a visitação entre o genitor alienado e a criança ainda ocorre sem grandes problemas. No entanto, o genitor alienador começa a difamar o outro genitor, embora de forma pouco frequente. A criança, nesse estágio, pode sentir-se culpada e mal por demonstrar afeto em relação ao genitor alienado. É importante destacar que, nesse estágio inicial, a família ainda não está envolvida no conflito e os vínculos emocionais entre os envolvidos, incluindo a criança, são fortes. A criança deseja que o conflito seja resolvido

e enxerga o genitor alienador apenas como alguém responsável por seus cuidados básicos, não havendo uma rejeição completa do genitor alienado.

Essa compreensão dos alcances da Síndrome da Alienação Parental auxilia na identificação precoce do fenômeno e pode ser útil na adoção de medidas para interromper a progressão e mitigar seus efeitos negativos na criança e na relação com ambos os pais.

No estágio II, médio ou tipo moderado, ocorre um vínculo entre o menor e o genitor alienador, isso porque os motivos das agressões acabam englobando os sentimentos dos dois. Ocorrem problemas na entrega do menor antes e depois da visitação quando os dois genitores se encontram, mas normalizando um pouco durante o período da visitação. É aqui que começa a ocorrer um conflito interno nesse menor, ele sofre com a ambiguidade de sentimentos que tem por amar e querer ficar com o genitor alienado, mas sente que tem que evitá-lo para não deixar o genitor alienador triste. É nesse estágio que o menor começa a ficar do lado do genitor alienador, identificando-o como bom e o outro como mau, também começa o distanciamento da família.

No estágio III, grave ou tipo grave, a visitação entre o genitor alienado e a criança enfrenta dificuldades, e em muitos casos, nem ocorre devido ao estado emocional extremamente perturbado da criança. Nesse estágio avançado da Síndrome da Alienação Parental, a criança rejeita completamente o genitor alienado e estabelece um vínculo de dependência com o genitor alienador. Durante as visitas, que frequentemente são repletas de ódio, difamação e provocações, a criança pode apresentar ataques de pânico, crises de choro e explosões de raiva. Nesse estágio, a criança já possui um discurso formado e é capaz de manipular informações para justificar sua rejeição ao genitor alienado. Além disso, é possível que a criança adote comportamentos opostos, como ficar em total silêncio e tentar fugir das situações envolvendo o genitor alienado (Ortolani, 2018).

É importante ressaltar que o fenômeno da alienação parental sempre existiu na sociedade, mesmo sem uma proteção legal específica. No entanto, algumas formas de proteção eram possíveis. Por exemplo, o artigo 1.638, inciso III, do Código Civil prevê a possibilidade de perda do poder familiar para pais que pratiquem atos contrários à moral e aos bons costumes.

A conscientização sobre o Síndrome da Alienação Parental e a existência de legislação específica, como a Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/10), são importantes para identificar, prevenir e tratar esse problema, buscando sempre o bem-estar da criança e a promoção das relações saudáveis entre ela e ambos os pais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação parental é um fenômeno prejudicial que ocorre quando um dos pais manipula ou influencia a criança para afastá-la do outro genitor durante ou após a separação. Isso pode resultar em conflitos de lealdade e prejudicar o desenvolvimento saudável da criança. A Lei nº 12.318/10 surgiu para proteger a criança nessas situações, estabelecendo medidas protetivas e enfatizando o melhor interesse da criança e do adolescente.

Durante o processo de separação, é fundamental que os pais mantenham um diálogo sincero e aberto, demonstrando ao filho que o amor por ele permanece intacto. A família ampliada e as escolas desempenham um papel importante, fornecendo apoio emocional e um ambiente acolhedor para a criança. No entanto, quando esses recursos não são suficientes, a psicoterapia pode ser necessária para ajudar a criança a lidar com a nova realidade e oferecer um espaço seguro para expressar seus sentimentos e medos.

Com o tempo, a criança não é capaz de discernir a realidade dos fatos inventados e passa a ter como verdade tudo àquilo que o genitor alienante coloca sobre o outro genitor e, inconscientemente ou mesmo de forma consciente, passa a sofrer a Síndrome da Alienação Parental (LIMA, 2012)

É essencial garantir que a identidade e as raízes da criança não se percam durante esse período de mudanças na estrutura familiar. A alienação parental pode levar à fragmentação da criança e do adolescente, por isso é importante ajudá-la a se estruturar e fornecer apoio constante, afeto, cuidado e proteção. A criança e do adolescente. devem ser tratados como sujeitos de desejos e direitos, e sua autoridade deve ser respeitada em todas as circunstâncias.

Há que se mencionar o instrumento da guarda compartilhada como meio de se evitar a ocorrência da alienação parental, uma vez que surge como opção quando não há acordo entre os pais. Assim, as crianças têm o direito fundamental de conviver com ambos os genitores, estes participando e acompanhando de perto o desenvolvimento. É bem verdade que a guarda compartilhada não evita a alienação parental, mas dá igual poder de guarda para os genitores, fazendo com que os esforços para algum destes desqualificar o outro não surtam os efeitos desejados. Afinal, a guarda igualitária foi definida em juízo

O artigo 6 da Lei nº 12.318/10, institui as providências que o juiz poderá tomar após detectar a alienação parental. Em resumo, é necessário combater a alienação parental, protegendo a criança e garantindo seu desenvolvimento saudável. Isso envolve

o envolvimento dos pais, a aplicação adequada da legislação e o suporte emocional fornecido pela família ampliada, escola e tratamento psicológico, quando necessário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

Assembleia Geral das Nações Unidas. (1989). **Convenção Internacional dos Direitos da Criança.** Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10148.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 22 mai. 2023.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf. Acesso em: 26 mai. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. Incesto e Alienação Parental: realidades que a Justiça insiste em não ver. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam-** ed. Zahar. São Paulo, 1989.

FURQUIM, Luís Otavio Sigaud. Os filhos e o divórcio: Na guarda compartilhada, pais partilham responsabilidade legal. **Revista Consultor Jurídico**, 4 de abril de 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006abr/guarda_compartilhada_pais_partilham_responsabilidade_legal. Acesso em: 23 mai. 2023.

GARDNER, Richard. **The Parental Alienation Syndrome.** 2. ed. NJ: Cresskill, Creative Therapeutics, 1998.

LOCH, Fábrika de Fátima Rodrigues de Barros. **Alienação parental sob a perspectiva da psicologia e do direito.** Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218859/TCC%20-%20ALIENA%C3%87%C3%83O%20PARENTAL%20SOB%20A%20PERSPECTIVA%20DA%20PSICOLOGIA%20E%20DO%20DIREITO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 mai. 2023.

LIMA, F. C. (2012). **Síndrome da Alienação Parental: uma análise do processo de alienação e suas repercussões na relação entre pais e filhos.** Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais.

NÜSKE, João Pedro Fahrion; GRIGORIEFF, Alexandra Garcia. **Alienação parental: complexidades despertadas no âmbito familiar.** Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2015000100007. Acesso em: 28 mai. 2023.

SERAFIM, Pádua. **O que caracteriza a prática de Alienação Parental?.** Disponível em : <https://www.ip.usp.br/site/antonio-de-padua-serafim/>. 28 mai. 2023.

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. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=2137281&pid=S1679-494X201500010000700015&lng=pt. Acesso em: 25 mai. 2023.

UMA ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 NA CIDADE DE MONTES CLAROS/MG

NA ANALYSIS OF THE INCIDENCE OF DOMESTIC VIOLENCE AGAINST
WOMEN DURING THE COVID-19 PANDEMIC IN THE CITY OF MONTES
CLAROS/MG

Brenda Gabrielle Alves Aguiar

aguiargabi82@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/2404835651707390>

Luís Fernando Martins Caldeira

luisfernandocaldeira@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/9743916132959301>

Dayane Ferreira Silva

dayane.silva@funorte.edu.br

<http://lattes.cnpq.br/8466073967992129>

RESUMO: Esse estudo teve como objetivo analisar a Lei nº 11.340/2006 e o índice de ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade de Montes Claros/MG, no período da pandemia da covid-19. Como meio de alcançar os objetivos propostos foi utilizado o método quali-quantitativo, de caráter descritivo, mediante pesquisa bibliográfica e análise de dados secundários, sendo este último extraídos da Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado de Minas Gerais. Os estudos efetuados mostram ainda que existe a prática frequente do crime de violência doméstica contra a mulher, ato este que foi enraizado há muito tempo atrás, em que por intermédio da cultura patriarcal criou o pensamento da superioridade dos homens sobre as mulheres, tornando esse pensamento um dos principais impulsionadores para a ocorrência da violência doméstica contra a mulher. Como forma de coibir e prevenir este crime foi criada a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, sendo esta considerada um símbolo na luta contra a violência doméstica e familiar contra a mulher. No entanto, a referida Lei não extinguiu ou diminuiu de modo significativo a prática desse crime no meio social, mas, oferece amparo para as vítimas realizarem as denúncias contra os agressores e possibilita punições mais severas. Conforme os dados analisados se constatam o aumento de casos de 2020 para 2021, sendo fatores de contribuição para este aumento a pandemia decorrente de isolamentos sociais impostos. Os resultados obtidos apontam a necessidade de refletir sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, principalmente a necessidade de intervenção por parte do Estado, uma vez que apenas a Lei Maria da Penha não tem sido suficiente para coibir e inibir a ocorrência desse tipo de crime, ainda mais em um cenário pandêmico.

Palavras-chave: Violência doméstica e familiar contra a mulher; Lei Maria da Penha; Montes Claros/MG.

ABSTRACT: This study aimed to analyze Law nº 11.340/2006 and the rate of occurrence of domestic and family violence against women in the city of Montes Claros/MG, during the covid-19 pandemic. As a means of achieving the proposed objectives, the qualitative-quantitative method was used, with a descriptive character, through the analysis of secondary data, the latter being from the Secretary of Justice and Public Security of the State of Minas Gerais. The studies of domestic violence against women were still very frequent on the crime of domestic violence against women, an act that through Christian culture created the thought of domestic violence on women, this thought one of the main drivers for the occurrence of domestic violence against women. As a way to curb and prevent this crime, it was created in Law nº 11.340/2006, known as Maria da Penha Law, which is a symbol in the fight against domestic and family violence against women. However, the law referred to is not the practice of crime or the significant reduction in the social environment, but offers protection to victims such as accusations against the aggressors and more severe punishments. According to the data analyzed, there is an increase in cases from 2020 to 2021, contributing factors to this increase in the pandemic resulting from fiscal social isolation. The results were obtained from the need to reflect on domestic and family violence against women, since only the Maria da Penha Law does not have enough need to curb and inhibit the occurrence of this type of crime, even more so in a pandemic scenario.

Keywords: Domestic and family violence against women; Maria da Penha Law;wa\ Montes Claros/MG.

INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra mulher é um fator preocupante no meio social, mesmo após a criação da Lei nº 11.340/2006. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui previsão como fundamento expresse a dignidade da pessoa humana no seu artigo 1º, inciso III, que resguarda o direito de todos de ter uma vida digna, inclusive no âmbito familiar, verifica-se a violação desse direito na violência doméstica e familiar contra as mulheres (BRASIL, 2006).

Vale ressaltar, também, que a CRFB/88 já possuía previsão no seu artigo 5º, caracterizado como os direitos e deveres individuais e coletivos, que todos são iguais perante a lei, sem nenhuma distinção, inclusive distinção sexual, citando garantias para todas as pessoas residentes no país, como o direito à vida, igualdade, liberdade e principalmente a segurança (BRASIL, 1988).

No artigo 5º, inciso I, da CRFB/88, caracterizada como soberana entre as leis, tem expresse de forma clara que “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição” (BRASIL, 1988). Há o questionamento sobre a data da criação da CRFB/88 e as falhas na aplicação deste direito de igualdade e obrigações para todos, incluindo também para as mulheres por um vasto período.

Mesmo com as previsões legais na CRFB/88, fez-se necessário a criação de lei específica contra a violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Desta forma, este artigo teve como objetivo geral analisar o crime de violência doméstica contra a mulher, em especial a incidência na cidade de Montes Claros/MG no período da pandemia da covid-19. Como objetivos específicos buscou-se conceituar e discorrer sobre o contexto histórico da violência doméstica e familiar contra a mulher até os tempos atuais; analisar a Lei nº 11.340/2006 que tipifica a prática do crime de violência doméstica e familiar contra a mulher; e, analisar também indicadores sobre a incidência de crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade de Montes Claros/MG, no período de 2020-2021.

Adotou-se para a realização desse estudo a metodologia quali-quantitativa, de natureza descritiva. Pesquisas quali-quantitativa referem-se: “Quando pesquisam aspectos qualitativos como atitudes e opiniões, empregam escalas que permitem a quantificação” (LAKATOS; MARCONI, 2002, p. 84). Foi utilizado o método da pesquisa bibliográfica e foram analisados dados secundários disponibilizados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais sobre a ocorrência de violência doméstica contra a mulher na cidade de Montes Claros/MG. Os métodos aplicados possibilitaram compreender a complexidade do tema, bem como analisar a incidência desse tipo de crime na cidade alvo desse estudo. O método aplicado contribuiu para um discernimento a respeito do crime e o nível de ocorrência na determinada região.

Este artigo possui três seções. Na primeira seção apresenta-se o contexto histórico referente a violência doméstica e familiar contra a mulher em relação ao patriarcalismo imposto na relação entre o homem e a mulher, e a influência deste ato na violência doméstica e familiar contra a mulher.

Na segunda seção realiza-se uma análise da Lei Maria da Penha, que estabelece a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, os seus efeitos na sociedade e as suas tipificações a respeito desses crimes contra as mulheres.

Na terceira seção analisam-se os dados quantitativos fornecidos pela Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado de Minas Gerais, para verificar a incidência dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher no período da pandemia mundial da covid-19.

Desse modo, fica nítido que pesquisas sobre o tema são de extrema relevância, por se tratar de um crime que atingem muitas mulheres, oprimindo-as em meio à sociedade, devido a comportamentos excessivos praticados contra as mesmas, contrariando as leis de proteção contra as mulheres vigentes. Estudos sobre essa temática possibilitarão esclarecimentos científicos sobre esse grave problema social, principalmente por ser um direito constitucional reforçado com a Lei Maria da Penha. Além disso, retratar a realidade da cidade de Montes Claros/MG contribuirá para compreender a ocorrência desse crime no âmbito local.

CONTEXTO HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Percebe-se no contexto histórico que as mulheres eram consideradas subordinadas aos homens, colocando-a na sociedade em posição subalterna, como no caso da Grécia, antigamente, “[...] as mulheres “boas” não deveriam demonstrar nenhum interesse pelas coisas do sexo e submeter-se a seus maridos porque era seu dever produzir filhos” (MURARO, 1995, p.89).

Devido a esta situação as mulheres eram classificadas como propriedades, sendo objeto para os homens, onde ocorriam os descasos e desprezo pelo sexo feminino, sendo enraizada a cultura da diminuição do sexo feminino, construindo uma superioridade indevida. “As mulheres, pois passaram a ser propriedade sexual dos homens, e o prestígio masculino se media na proporção em que este era capaz de controlar sua propriedade” (MURARO, 1995, p.89).

Na Idade Média, a mulher foi sujeitada a reproduzir o que apontavam como “o seu lugar no mundo”. Eram baseados em uma figura patriarcal, pois estabeleceram que os sexos femininos cabiam a função gestacional e cuidar da prole e alimenta-la. Enquanto aos homens, era atribuído um papel mais relevante, como prover sustento e ter comando e autoridade sobre a sociedade conjugal (GENEHR; SOUZA, 2014).

Esse tratamento perpassou com o tempo, por gerações, fatos como as mulheres eram tratados como objetos de negociações políticas, por interesses, tinham seus casamentos arranjados e eram criadas para servir e ser submissa ao seu marido. “Em geral as mulheres estavam sob a guarda dos pais, tendo que passar virgens para a guarda dos seus maridos” (MURARO, 1995, p.100). Conforme mencionado, as mulheres eram repassadas para os seus maridos, com exigências, sendo usadas como objetos de interesse, como forma de negócios.

Dessa forma, pode-se notar que as lutas das mulheres por aspectos básicos de liberdade foram estendidas por várias décadas e ainda se luta por respeito e pela integridade física.

A imposição da superioridade masculina foi se tornando parte da sociedade, por anos e anos, e ainda sofrem muito, por abuso dos seus próprios maridos ou companheiros, devido à cultura patriarcal presente na sociedade brasileira. O patriarcalismo “[...] é caracterizado por uma autoridade imposta institucionalmente, do homem sobre mulheres e filhos no ambiente familiar” (BARRETO, 2004, p. 64).

É nítido que a violência passava despercebida devido à naturalidade de o homem impor sua força e vontade na relação sobre a mulher, de modo que não se dava a devida atenção para a violência doméstica e familiar contra a mulher que nos dias de hoje é considerado crime.

Em todo o mundo, milhares de mulheres sofreram ou ainda sofrem com a violência doméstica. E na maioria dos casos o agressor pertence a sua própria família. A violência doméstica e familiar contra a mulher é a prática de abuso mais generalizada nos direitos humanos e também segue ainda sendo a menos reconhecida no cotidiano (DAY et al, 2003).

Dessa forma, percebe-se que a violência doméstica contra a mulher diz muito mais sobre a criação e a postura que o homem foi introduzido na sociedade do que sobre a própria mulher. Em décadas anteriores não havia nenhuma regra ou lei que amparasse as mulheres que tinham sua integridade física e psicológica abalada, e muitas vezes tentar sair daquele ciclo violento era a pior opção. Infelizmente, após o término dessas relações que ocorrem o aumento das ameaças e a frequência de agressões. Pois o maior risco de vida irá ocorrer após a denúncia e a separação (DAY et al, 2003).

Segundo Almeida et al. (2020) a violência doméstica e familiar contra a mulher não enquadra apenas em violência física, podendo também ser a psicológica que atinge diretamente a autoestima, colocando-a como inferior através de ameaças, constrangimentos. Possui também a violência moral, que caracteriza qualquer ato que se configure como difamação, ameaça ou calúnia contra a mulher, conforme previsto nos artigos 139,147 e 138 respectivamente, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Diante do contexto histórico apresentado torna perceptível a influência cultural na prática da violência doméstica contra a mulher, depois de anos ignorando tal ato. Após vários anos de convivência com essa prática de violência doméstica contra a mulher que abrange a violência moral e física foi criada a Lei nº 11.340/2006 (BRASIL, 2006).

Segundo o Ministério Público do Estado de São Paulo (2021) até a criação da Lei Maria da Penha houve muita impunidade em relação à violência doméstica e familiar contra a mulher. Vale informar que, a referida legislação recebe esse nome em homenagem a Maria da Penha que vivenciou um relacionamento com violência onde o agressor era o seu marido, ocorrência frequente de violência, duas tentativas de assassinato. Das tentativas de assassinato, uma delas a deixou paraplégica.

Conforme o Instituto Maria da Penha (2018), após várias tentativas de procurar por justiça no judiciário brasileiro, Maria da Penha em 1998 resolveu recorrer a Comissão

Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), tornando o fato repercussão internacional, onde a OEA depois de analisar os fatos condenou o Brasil por omissão e negligência, em relação ao crime de violência contra a mulher e a sua omissão caracterizou tolerância para a prática do crime. E diante das condenações estabelecidas pela OEA, uma delas foi a criação de um dispositivo de Lei que amparasse e coibisse a violência doméstica contra as mulheres, e por consequência da condenação em 2006 foi criada a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, tornando Maria da Penha símbolo contra a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Ainda em concordância ao Instituto Maria da Penha (2018) em uma entrevista realizada com Maria da Penha Maia Fernandes ela relata que a Lei surgiu como forma de fortalecer o combate a este crime, como forma de repudiar a violência doméstica contra a mulher e punir de fato o agressor. É uma ação positiva para enfrentar a violência contra a mulher, e afirma que a Lei veio como forma de resgatar a dignidade da mulher brasileira.

E de acordo Maria da Penha, em entrevista ao Instituto Maria da Penha (2018), a divulgação da Lei nº 11.340/2006 é de extrema importância por todos os meios de comunicações, inclusive no ambiente acadêmico, no repasse das informações, como forma de levar o conhecimento da referida legislação e dos direitos das mulheres, para que, providências sejam tomadas contra as agressões que sofreram ou caso venham a sofrer, fazendo valer a lei criada como forma de amparo para as mulheres.

LEI Nº 11.340/2006 E SUA TIPIFICAÇÃO QUANTO A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

O número relacionado às mulheres que são violentadas é elevado, além de toda a humilhação que leva até a violência física. A violência de gênero segue sendo a forma de violência mais preocupante, porque nesses casos, por falta de rede de apoio a vítima é obrigada a dormir com o seu “inimigo”. É a violência, que na maioria das vezes, ocorre em um lar que deveria ser um local de harmonia e respeito (BASTOS, 2006).

Um antecedente legislativo ocorreu em 2002, através da Lei nº 10.455/02, que acrescentou ao parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95 a previsão de uma medida cautelar, de natureza penal, consistente no afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica, a ser decretada pelo Juiz do Juizado Especial Criminal. Outro antecedente ocorreu em 2004, com a Lei nº 10.886/04, que criou, no art. 129 do Código Penal,

um subtipo de lesão corporal leve, decorrente de violência doméstica, aumentando a pena mínima de 3 (três) para 6 (seis) meses. Nenhum dos antecedentes empolgou. A violência doméstica continuou acumulando estatísticas, infelizmente. Isto porque a questão continuava sob o pálio dos Juizados Especiais Criminais e sob a incidência dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Alguma coisa precisava ser feita: era imperiosa uma autêntica ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica, a desafiar a igualdade formal de gênero, na busca de restabelecer entre eles a igualdade material. (BASTOS, 2006, p.3).

Vale relembrar que, veio então, a criação da Lei nº 11.340/2006, que recebe o nome de Lei Maria da Penha, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, que após vários anos sofrendo este de violência por parte do seu marido, resolveu realizar a denúncia, depois de anos de luta, em 2006 foi criada a Lei como forma de proteção para contra este crime praticado contra as mulheres. O Estado brasileiro tomou uma atitude sobre instituir um instrumento legal para coibir e prevenir essa violência, por meio da Lei 11.340/2006 (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2022)

A Lei Maria da Penha foi sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no dia 7 de agosto de 2006. A lei contém 46 artigos distribuídos em sete títulos e tem como objetivo prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a CRFB/88.

Art. 1º 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).

Além de prevenir e coibir a violência doméstica contra a mulher, a Lei Maria da Penha também aborda a garantia de direitos, previstos no Artigo 3º, da Lei 11.340/2006, como o direito à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso a justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2006). Segundo Meneghel et al. (2013), as medidas protetivas é um avanço na legislação permitindo e facilitando a ação da mulher no combate da violência doméstica e familiar contra a mulher.

No art. 5º, da Lei 11.340/2006 é apresentada a configuração da violência doméstica contra a mulher com “ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, em espaços que caracterizam unidade doméstica de convívio permanente, em âmbito familiar com indivíduos que são ou se consideram parentes e em relações que envolvam afeto, onde tenha a convivência do agressor com a vítima (BRASIL, 2006).

Esse crime, a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos (BRASIL, 2006).

A violência psicológica foi incluída no Código Penal de 1940 pela Lei 14.188, de 29 de julho de 2021, no artigo 147-B (BRASIL, 1940; 2021). Dentre as violências tem também a violência patrimonial, que configura quando o agressor toma posse de algo ou algum objeto da mulher de forma unilateral, sem o consentimento da ofendida. A violência sexual é obrigar a mulher a participar ou presenciar ato indesejado, através de ameaças, coação sem nenhum consentimento (ALMEIDA et al., 2020).

Criada em 07 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha, com o intuito de coibir essa prática criminosa contra a mulher, foi responsável pelo controle da violência doméstica e familiar contra a mulher, porém, existem certas falhas no setor judiciário que geram inseguranças para a própria mulher em efetuar a denúncia, “[...] as dificuldades para que a lei seja devidamente cumprida não se restringem aos recursos insuficientes que lhe são destinados. Por parte do Poder Judiciário também surgem ameaças” (CALAZANS; CORTES, 2011, p. 62).

A ameaça por parte do poder judiciário surge não aplicação de forma devida da Lei. Conforme Calazans e Cortes (2011), a ameaça pode também ser caracterizada resistência, desde a sua aplicação e efetividade de forma mais ativa, com amparo as mulheres nas suas denúncias, quanto a ataques e também a ações contra a própria Lei no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

De acordo Meneghel et al. (2013) após a criação da Lei Maria da Penha, as denúncias sobre esses casos específicos que englobam a violência doméstica contra a mulher tiveram um avanço significativo, pois as mulheres começaram a entender melhor sobre os seus direitos e se sentirem mais seguras em saber que não precisavam carregar a submissão sexista e nem serem agredidas caladas sem proteção do poder judiciário.

A aprovação dessa lei é reflexo de um marco histórico ao reconhecimento das lutas de mulheres que enfrentaram a violência doméstica, trata-se de um problema social no Brasil, resultado de um processo que ganhou força e participação de mulheres que lutam pela conquista de cidadania para todos e respeito pela diferença de gênero (PASINATO, 2010).

Mesmo com falhas no procedimento e atendimento para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, a criação da Lei Maria da Penha contribuiu com segurança e suporte para as mulheres tomarem providência e não aceitar este tipo de crime.

De acordo com o artigo 3º, § 1º, da Lei 11.340/06, incumbe ao poder público o desenvolvimento de políticas com a finalidade de garantir para as mulheres direitos

humanos no âmbito familiar e nas relações domésticas com o objetivo de resguardá-las contra negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2006).

UMA ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NA CIDADE DE MONTES CLAROS/MG, NO PERÍODO DE 2020-2021

O isolamento social imposto pelo coronavírus trouxe alguns indicadores preocupantes acerca da violência doméstica e familiar, foi possível notar o aumento desse tipo de crime, devido a coexistência proporcionada pelo isolamento social, o estresse econômico e os temores sobre essa nova pandemia (VIEIRA et al., 2020).

É notório que a crise sanitária, econômica e social que foi trazida pela covid-19 e suas medidas necessárias de enfrentamento, pode aumentar o risco de violência doméstica e familiar contra a mulher. Para muitas mulheres essas medidas de isolamento aumentam o trabalho doméstico e os cuidados com os afazeres de casa, trazendo também, a dependência financeira e dando poderes adicionais aos abusadores (MARQUES et al. 2020).

Segundo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), das denúncias que receberam no ano de 2020, aproximadamente 72% das 105,6 mil ligações, que equivale a 75,7 mil denúncias são de violência contra a mulher, no ano de 2020. A violência doméstica contra a mulher ocorre em todo o mundo e o Brasil possui altos índices desse crime. Portanto, os números expressam uma quantidade muito alta de registros de denúncias de violência doméstica contra a mulher (BRASIL, 2021).

Todos esses fatos geram a subnotificação e a dificuldade de obter a real dimensão do revés que as mulheres sofrem. É como se no interior das formas de denúncias oficiais se gerasse, paradoxalmente, uma incomensurabilidade de linguagens. Os canais institucionalizados de queixa parecem operar somente a partir daquilo que pode ser exprimível, categorizado, quantificado, conhecido. As violências sofridas pelas mulheres, por outro lado, assumem faces e circunstâncias múltiplas, que estão além dos predicamentos dispostos pelas instâncias oficiais. (LOBO, 2021, p.23).

A realidade da violência doméstica e familiar contra a mulher já era muito ruim, durante a pandemia o problema se agravou. O confinamento das famílias levou ao aumento do convívio, ampliando todas as possibilidades de tensões nas relações interpessoais, principalmente da mulher com o agressor. Através disso, surgiram situações como o desemprego e a dependência econômica que reafirmam culturalmente

o poder do homem como provedor da casa, podendo ter como consequência a violência intrafamiliar como forma de submissão (FORNARI, 2020).

De acordo com Alencar et al (2020) ao analisar a Nota Técnica do Instituto de Pesquisa Econômica (IPEA), número 78, verifica-se que a pandemia é um fator agravante que influenciou no aumento da violência doméstica contra a mulher e não uma justificativa do aumento da prática deste crime, relacionada a aspectos culturais e também estruturais.

A convivência permanente e restritiva gerada pela política de isolamento social não atua como causa das situações de violência, mas como um fator agravante responsável pelo aumento das incidências neste contexto, sobretudo porque essa forma de violência tem na esfera doméstica o seu epicentro. Portanto, o fato de cônjuges ou outros familiares manterem-se confinados no ambiente doméstico aumenta a chance e a frequência dos casos... (ALENCAR et al, 2020, p.8).

Antes de abordar sobre a cidade de Montes Claros/MG de forma específica, é válido apresentar que no Brasil também houve um aumento da violência doméstica contra a mulher ocasionado pelas medidas impostas e consequências geradas no período da pandemia.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020) comparando o mesmo período de março de 2019-2020 percebe-se um aumento da violência doméstica contra a mulher, um crescimento de 3,8% no primeiro semestre de 2020. É importante lembrar que muitas mulheres não denunciam o crime por medo, um fato preocupante foi a diminuição de registros nas delegacias de agressões em decorrência de violência doméstica e o aumento em 1,9% do feminicídio no 1º semestre de 2020, de forma específica foram 648 vítimas, neste período ocorreu o isolamento social que foi um dos fatores apontados como um agravante para a prática da violência doméstica contra a mulher.

Perante os aumentos dos índices de violência doméstica contra a mulher, o presente estudo tem como um dos objetivos específicos analisar os indicadores sobre a incidência de crime de violência doméstica contra a mulher na cidade de Montes Claros/MG, no período de 2020-2021, através dos dados quantitativos disponibilizados pela Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado de Minas Gerais.

Para uma maior compreensão se houve um aumento do número de registros de violência doméstica e familiar contra a mulher no período da pandemia, torna-se necessário verificar o total de registros desse crime no ano de 2019. Conforme dados divulgados pela Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado de Minas Gerais, no ano de 2019 foram realizados 2.910 registros de violência doméstica contra a mulher na cidade de Montes Claros/MG, um número bastante significativo, que demonstra o grau de incidência desse tipo de crime na cidade objeto desse estudo. A tabela 1 expõe os dados

referente ao número de registros de violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade de Montes Claros /MG, nos anos de 2019-2021.

Tabela 1: Quantitativo número de registros de violência doméstica e familiar contra a mulher, na cidade de Montes Claros/MG, nos anos de 2019-2021

CIDADE	2019	2020	2021
MONTES CLAROS/MG	2.910	2.792	2.934

Fonte: Minas Gerais (2022).

A Tabela 1 apresenta o número de registros de violência doméstica e familiar contra a mulher fornecido pela Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado de Minas Gerais, referentes aos anos de 2019 a 2021 na cidade de Montes Claros/MG. No ano de 2019 foram realizados 2.910 registros de violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade de Montes Claros/MG, em 2020 foram 2.792 registros e em 2021 foram 2.934 registros. Conforme números expostos de 2019 para 2020 houve uma diminuição de 118 registros, de 2020 para 2021, um aumento de 142 registros. Devido a Lei nº 11.340/2006 está em vigor e ser uma forma de coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, este aumento se torna preocupante e tende a possuir ligação com a pandemia, devido ao isolamento social imposto como forma de controle.

Portanto, esses dados se comparados e interpretados demonstram uma oscilação no que se refere à quantidade de registros de violência doméstica e familiar contra a mulher, tornando visível o aumento da prática deste crime no período da pandemia da covid-19 na cidade de Montes Claros/MG.

Torna-se relevante detalhar e demonstrar a quantidade de vezes em que foi praticado o crime de violência doméstica e familiar contra a mulher em cada mês no período de 2020 a 2021, possuindo informações dos meses em que mais ocorreu e teve aumento referente ao ano anterior, a Tabela 2 apresenta esses dados.

Tabela 2: Quantitativo de registro de violência doméstica e familiar contra a mulher, em Montes Claros de janeiro a dezembro de 2020-2021

CIDADE	MESES	ANOS	
		2020	2021
	JANEIRO	278	290

MONTES CLAROS/MG	FEVEREIRO	250	235
	MARÇO	228	185
	ABRIL	227	248
	MAIO	198	255
	JUNHO	233	214
	JULHO	236	249
	AGOSTO	196	224
	SETEMBRO	231	238
	OUTUBRO	249	271
	NOVEMBRO	224	250
	DEZEMBRO	242	275
	TOTAL	2.792	2.934

Fonte: Minas Gerais (2022).

Na Tabela 2 percebe-se que os meses que mais ocorreram a prática do crime foram em janeiro, outubro e dezembro em 2021, sendo janeiro, comparando entre 2020 e 2021 o mês com o maior índice de cometimento do crime de violência doméstica contra a mulher.

Segundo Marques et al. (2020), na esfera do relacionamento, a pandemia ocasionou o maior tempo da vítima com o agressor, sendo este um fator determinante para o aumento da violência doméstica contra a mulher. Outro fator influenciador foi o isolamento social, afastando a vítima da convivência com amigos, familiares, de forma que reduziu o contato social, tendo como consequência o enfraquecimento de uma rede e apoio, a vítima fica sem muita opção para buscar ajuda.

CONCLUSÃO

Os estudos efetuados mostram a que ainda existe a prática frequente do crime de violência doméstica contra a mulher, violência esta que foi enraizada há muito tempo atrás, onde através da cultura patriarcal criou o pensamento da superioridade dos homens sobre as mulheres, tornando esse pensamento um dos principais impulsionadores para a ocorrência da violência doméstica contra a mulher. Antes da criação da Lei nº

11.340/2006 existia a violência como forma natural e não era vista como crime de fato, por ser considerada situação normal a imposição masculina sobre a feminina e a subordinação da mulher para com o homem, nos casos da esposa com o seu marido.

Como forma de coibir e prevenir este crime foi criada a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, sendo esta considerada um símbolo na luta contra a violência doméstica e familiar contra a mulher, a lei teve um impacto na sociedade, não extinguindo a prática do crime no meio social, mas de certa forma oferecendo amparo para as vítimas realizarem as denúncias contra os agressores e oferecer punições. Disponibilizando proteção de forma direta as mulheres.

De acordo com os dados analisados no presente estudo, percebe-se que esse crime ainda é realidade em muitos relacionamentos conjugais, não de forma isolada em um único local, mas apresentam resquícios de culturas passadas que ainda insiste em apresentar reflexos na sociedade atual, sendo confirmado pelos dados apresentados, e durante a pandemia do ano de 2020 para 2021 houve inclusive aumento nos casos.

Em suma, o objetivo deste estudo foi analisar dados sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher durante a pandemia da covid-19 no período de 2020-2021, na cidade de Montes Claros/MG, no intuito de observar os reflexos da Lei Maria da Penha e a quantidade de ocorrências deste crime. Conforme os dados analisados se consta-se o aumento de casos de 2020 para 2021, sendo fatores de contribuição para este aumento a pandemia decorrente de isolamentos sociais impostos.

Os resultados obtidos apontam a necessidade de refletir sobre a violência doméstica contra a mulher e principalmente a necessidade de intervenção por parte do Estado, uma vez que apenas a Lei Maria da Penha não tem sido suficiente para coibir e inibir a ocorrência desse tipo de crime, ainda mais em um cenário pandêmico.

É importante ressaltar que a pandemia foi um agravante para os casos de violência doméstica contra a mulher tanto de forma nacional como de forma mais específica conforme abordado neste trabalho sobre a cidade de Montes Claros/MG. Diante o exposto, a continuidade em fortalecer o combate a violência contra a mulher é de extrema importância, uma vez que a pandemia foi um agravante e não o principal causador do crime, mas que deve ser levado em consideração os aumentos que ocorreram devidos as medidas impostas no combate ao novo coronavírus e as consequência que a pandemia trouxe para o meio social, para a criação de meios com a finalidade de combater a violência doméstica contra a mulher.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Joana et al. **Nota Técnica nº 78 do IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Políticas públicas e violência baseada no gênero durante a pandemia da Covid-19: ações presentes, ausentes e recomendadas.** Brasília, junho de 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: 12 agosto 2023.

ALMEIDA, D. N. de; BIANCO, G. D.; VOGEL, L. H.; WATANABE, A. N. **Lei Fácil Violência Contra a Mulher.** 1. Ed. Brasília: Câmara, 2020.

BASTOS, M. **Violência doméstica e familiar contra a mulher – lei “Maria da Penha” – Alguns comentários.** 2006. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_marcelo_lessa_bastos.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

BARRETO, M. DO P. S. L. Patriarcalismo e o Feminismo: uma retrospectiva histórica. **Revista Ártemis - Estudos de Gênero, Feminismos e Sexualidades**, n. 1, 20 dez. 2004.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020.** Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 14. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 12 agosto 2023.

BRASIL. Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Canais registram mais de 105 mil denúncias de violência contra a mulher em 2020**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/03/canais-registram-mais-de-105-mil-denuncias-de-violencia-contramulher-em-2020>. Acesso em: 28 mar. 2022.

CALAZANS, M.; CORTES, L. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H. (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 62.

DAY et al. **Violência doméstica e suas diferentes manifestações**. 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rprs/a/5SdJkYSszKYNdzcftfbbRTL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 mar. 2022.

FORNARI, L. **Violência doméstica contra a mulher na pandemia: estratégias de enfrentamento divulgadas pelas mídias digitais**. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reben/a/gVWKQ6LYc6hffHxknL7QD3p/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 abr. 2022.

GENEHR, D; SOUZA, V. **AS MULHERES E A IGREJA NA IDADE MÉDIA: misoginia, demonização e caça às bruxas**. 2014. Disponível em:

<http://www.ieduc.org.br/ojs/index.php/licenciaeacturas/article/view/38/34>. Acesso em: 24 abr. 2022.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Quem é Maria da Penha?**. 2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 15 mar. 2022

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. **Técnica de Pesquisa**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LAVINAS PIMENTEL, F.; MURUCCI LEITE, L.; DOMINGUES STAPF, M. A.; MARTINS RIBEIRO, M. C.; DE ALMEIDA CARVALHO, P. A.; SARAIVA, S. F. A violência doméstica contra a mulher durante a pandemia do COVID-19 no Brasil. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 23, 2021. Disponível em: <https://jefvj.emnuvens.com.br/jefvj/article/view/837>. Acesso em: 12 ago. 2023.

LOBO, J. **Uma outra pandemia no Brasil: as vítimas da violência doméstica no isolamento social e a “incomunicabilidade da dor”**. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/tessituras/article/view/18901>. Acesso em: 15 abr. 2022.

MARQUES et al. **A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela covid-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento**. 2020. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/csp/a/SCYZFVKpRGp6sxJsX6Sftx/?lang=pt>. Acesso em: 04 abr. 2022.

MENEGHEL, S. N; MUELLER, B; COLLAZIOL, M. E; QUADROS, M. M. de. **Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero**. 2013. Scielo Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/gZtYwLDYSqtgp7wGTTXHw4z/?lang=pt>. Acesso em: 18 mar. 2022.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. **Violência Contra a Mulher: Dados de 2018 à 2021**. 2022. Disponível em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/component/gmg/page/3118-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 02 mar. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **História da Lei Maria da Penha**. 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia_Domestica/Lei_Maria_da_Penha/vd-lmp-mais/Historia_da_lei. Acesso em: 05 mar. 2022.

MURARO, R. M. **Uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1995.

PASINATO, W. **Lei Maria da Penha: Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?**. 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74221650004>. Acesso: 03 abr. 2022.

VIEIRA, P.R. GARCIA, L.P. MACIEL, E.L. **Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?** 2020. Scielo Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhQyjtQM3hXRywsTn/?lang=pt>. Acesso em: 28 mar. 2022.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO JURÍDICA PARA O EXERCÍCIO DA CAPACIDADE LEGAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

SUPPORTED DECISION-MAKING AS A LEGAL PROTECTION INSTRUMENT FOR THE EXERCISE OF THE LEGAL CAPACITY OF PEOPLE WITH DISABILITIES

Rayssa Silva Coêlho

rayssa.silva987@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/4493971922799102>

Rodrigo Leal Teixeira

rodrigolealteixeira@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/1084702780911857>

RESUMO: A Lei nº 13.146 de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, consagrou a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico nacional e, por esse motivo, ocorreram diversas mudanças no Código Civil de 2002. O objetivo do trabalho é analisar a tomada de decisão apoiada como instrumento jurídico pertinente à prática da capacidade das pessoas com deficiência. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, utilizando o método de abordagem dedutivo. O direito brasileiro necessitava de uma medida com o intuito de proteger uma pessoa plenamente capaz, mas que, por alguma circunstância física, psíquica ou intelectual, é vulnerável, visto que a tutela e a curatela, instrumentos jurídicos já existentes antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, visavam a proteção na esfera patrimonial do incapaz. A Tomada de Decisão Apoiada, instrumento jurídico advindo do Estatuto da Pessoa com Deficiência, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de resguardar a autonomia das pessoas com deficiência, assim como promover sua dignidade e a igualdade material, não sendo considerada uma substituta da curatela, que atualmente deve ser utilizada de forma extraordinária. Conclui-se que as modificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência são de importante avanço para a dignidade da pessoa com deficiência e a tomada de decisão apoiada funciona como instrumento para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Capacidade, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Tomada de Decisão Apoiada.

ABSTRACT: Law Nº 13,146 of 2015, known as the Statute of Persons with Disabilities, enshrined the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the national legal system and, for this reason, there were several changes in the Civil Code of 2002. The objective of this work is to analyze decision-making supported as a legal instrument relevant to the practice of the capacity of people with disabilities. A bibliographic and documental research was carried out, using the deductive approach method. Brazilian law needed a measure in order to protect a fully capable person, but who, due to some physical, psychological or intellectual circumstance, is vulnerable, since guardianship and curatorship, legal instruments that already existed before the Statute of the Person with Disability, aimed at protecting the incapable's patrimonial sphere. Supported Decision Making, a legal instrument arising from the Statute of Persons with Disabilities, emerged in the Brazilian legal system with the aim of protecting the

autonomy of people with disabilities, as well as promoting their dignity and material equality, not being considered a substitute for guardianship, which currently must be used in an extraordinary way. It is concluded that the changes brought by the Statute of Persons with Disabilities are an important advance for the dignity of the disabled person and supported decision-making works as an instrument for the realization of the rights of people with disabilities.

Keywords: Statute of Persons with Disabilities, Supported Decision Making, capacity.

INTRODUÇÃO

O Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que possui como propósito promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo dos direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade. Essa convenção, assinada em Nova York na data do dia 30 de março de 2007, foi inserida no ordenamento jurídico de acordo com o procedimento elencado no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo, portanto, a primeira convenção internacional a tratar de direitos humanos com status de emenda constitucional.

A Lei nº 13.146/2015, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe diversas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que concerne a teoria das capacidades, com o intuito de promover a dignidade da pessoa com deficiência e também concedê-las uma igualdade material perante as demais pessoas.

Nota-se que a Lei nº 13.146/2015, ao instituir o seu artigo 116, adotou a tomada de decisão apoiada com o escopo de garantir às pessoas com deficiência uma maior autonomia e, com isso, a própria dignidade e inclusão. Por conseguinte, essas pessoas possuem o livre exercício dos seus direitos com o apoio necessário em suas decisões.

Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo o estudo de uma das inovações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, qual seja, a tomada de decisão apoiada, sobretudo no que concerne a esse instrumento jurídico ser apto para promover a capacidade civil das pessoas com deficiência.

Por fim, o presente estudo se justifica diante da necessidade de se compreender o instrumento da tomada de decisão apoiada como garantia do exercício da capacidade, autonomia e dignidade das pessoas com deficiência, a fim de se buscar uma melhor compreensão da aplicação desse instituto.

1. Evolução Legislativa da capacidade civil das pessoas com deficiências

Com o intuito de averiguar a evolução legislativa da proteção da capacidade civil das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, basilar se faz o estudo sobre como esse tema era tratado nos códigos civis anteriores ao Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

Priscilla Jordanne Silva Oliveira (2021, p. 73) traz que:

Os códigos civis brasileiros foram normativamente constantes na atribuição da incapacidade em virtude da idade e da verificação de que o sujeito de direito estaria acometido por impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

O CC/16 empregava a denominação “loucos de todo o gênero” para se referir a qualquer distúrbio mental que fosse capaz de interferir na vida da pessoa. No que tange aos surdos-mudos, o código trazia como absolutamente incapazes aqueles que não podiam exprimir a sua vontade.

A deficiência elencada no CC/16 foi consequência da junção entre o modelo médico e a própria vontade dos legisladores que tinham como escopo a garantia do trânsito negocial influenciado por essa legislação (OLIVEIRA, 2021).

Para suprir a ausência de capacidade, seja ela relativa ou absoluta, utilizava-se o instrumento da curatela, para que, dessa forma, fosse provida a sua incapacidade, conforme estava disposto no artigo 446 do CC/16.

Em decorrência disso, sem levar em consideração a condição pessoal do indivíduo sujeito à curatela para que esse exprima a sua própria vontade, quando declarada a sua incapacidade, os seus desejos e escolhas eram anulados e trocados por aqueles referentes ao seu curador (OLIVEIRA, 2021).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) consagrou em seu texto a dignidade da pessoa humana e assegurou a proibição de qualquer discriminação no que concerne a salários e critérios de admissão da pessoa com deficiência (OLIVEIRA, 2021). Sob essa perspectiva, Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 53) aduz:

A expressão direito civil-constitucional apenas realça a necessária releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º).

Em seu texto original, o Código Civil de 2002 (CC/02) elencava:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi ratificada pelo Brasil em 2009 e deu ensejo a diversas alterações no projeto de Lei nº 7.699, promulgado em 2015 pela Lei nº 13.146, que consagra o EPD. Insta salientar que a CDPD foi o primeiro tratado de Direitos Humanos recepcionado com força

de Emenda Constitucional, haja vista que foi aprovado em conformidade com o procedimento exposto no artigo 5º, § 3º, da CRFB/88.

Consequentemente, nota-se a importância do princípio da dignidade da pessoa humana no que concerne à CDPD, já que evidencia os cenários de desigualdade e proporciona a dignidade dessas pessoas, bem como da sua capacidade legal.

O artigo 2º da Lei nº 13.146 de 2015 traz quem será considerada pessoa com deficiência:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Desde a inclusão jurídica do modelo social de abordagem da deficiência, as obrigações reconhecidas pelo Brasil na aprovação da CDPD refletem na Teoria das Capacidades, uma vez que houve a aprovação formal de que as pessoas com deficiência dispõem de capacidade legal em condição de igualdade com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, na forma do artigo 12, item 2 (OLIVEIRA, 2021).

Por conseguinte, fez-se necessária a revisão da teoria das capacidades, especialmente no que se relaciona com o rol de incapazes. Após o EPD, os artigos 3º e 4º do CC/02 foram alterados, recebendo uma nova redação.

Foram revogadas todas as hipóteses de incapacidade absoluta elencadas no artigo 3º, exceto a do critério etário, pelo EPD. Com relação ao artigo 4º, a deficiência mental foi reclassificada como sendo hipótese de incapacidade relativa. Dessa forma, tem-se que qualquer hipótese que impossibilite a pessoa exprimir vontade será causa de incapacidade relativa.

2. A Capacidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Para prosseguir com a temática sobre a proteção das pessoas com deficiência, faz-se imprescindível o estudo sobre a personalidade e a capacidade civil no atual ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2022), o conceito de personalidade está intimamente relacionado ao de pessoa, uma vez que todo aquele que nasce com vida se torna uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Sobre tal tema, Gonçalves (2022, p. 113) expõe:

A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres.

No mesmo contexto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022) consideram a personalidade jurídica um dos temas mais importantes para a Teoria Geral do Direito Civil e que, após obtê-la, o sujeito passa a atuar na qualidade de sujeito de direito.

Importante mencionar também que, conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 135), o ordenamento jurídico brasileiro deve garantir, além da aptidão genérica, o direito a uma vida digna, princípio disposto na CRFB/88.

De acordo com Priscilla Jordane Silva Oliveira (2021), do nascimento com vida surge a pessoa natural, que possui a personalidade jurídica e se torna capaz de direitos e deveres na ordem civil e, por conseguinte, não se faz necessária a capacidade de fato ou de exercício para ocupar uma posição concreta de titular de direito.

No que tange à capacidade, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022, p. 92) trazem que:

Nem toda pessoa possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos, em razão de limitações orgânicas ou psicológicas. Se puderem atuar pessoalmente, possuem, também, capacidade de fato ou de exercício. Reunidos os dois atributos, fala-se em capacidade civil plena.

Dessa forma, o conceito de capacidade é dividido em capacidade de fato e de direito. A capacidade de direito é aquela conferida de forma indeterminada a todo titular de personalidade, seja uma pessoa natural ou jurídica. Já a capacidade de fato é definida como a habilidade para usufruir dos direitos da vida civil, exercendo-os diretamente, sem depender de assistência ou representação. Assim sendo, nota-se que ao possuir a capacidade de fato, presume-se ter a capacidade de direito, contudo nem todo que possui a capacidade de direito tem a capacidade de fato (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) diferenciam incapacidade de vulnerabilidade, em que a vulnerabilidade é uma condição própria de risco que enfraquece um dos contratantes, já a incapacidade se relaciona com a falta de total entendimento para a prática de atos jurídicos. Observa-se que em ambos os institutos, essas pessoas se encontram em posição de desvantagem, contudo o vulnerável não é afastado da prática direta dos atos da vida civil.

O CC/02 traz, em seu texto, os relativamente e os absolutamente incapazes, sendo considerados relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxico, os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos, de acordo com o artigo 4º do CC/02. Já os absolutamente incapazes são apenas os menores de 16 (dezesseis) anos, na forma do artigo 3º do CC/02.

Assim, o EPD buscou a inclusão social e a aplicação do princípio da igualdade e do fundamento da dignidade da pessoa humana, que possui como base a própria CRFB/88.

3. A Igualdade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A igualdade na CRFB/88, além de representar um princípio norteador, representa também um direito fundamental de todos no ordenamento jurídico, uma vez que o artigo 5º, caput, da CRFB/88 traz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Pedro Lenza (2022) destaca a importância de buscar não apenas a igualdade formal, mas principalmente a igualdade material, já que no Estado Social ativo, é idealizada uma igualdade mais autêntica em face dos bens da vida, diferente daquela formalizada apenas ante a lei.

Flávio Martins (2022, p. 1197) destaca que a igualdade material não está disposta apenas no artigo 5º da CRFB/88:

A igualdade material decorre não apenas do art. 5º, caput, da Constituição Federal, mas da interpretação sistemática de vários dispositivos constitucionais, a começar pelo Preâmbulo. Era intenção do constituinte instituir um Estado Democrático, destinado a promover a igualdade, a justiça, em uma sociedade fraterna. Outrossim, no art. 3º da Constituição Federal, são objetivos da República construir uma sociedade solidária (art. 3º, I), erradicar a pobreza (art. 3º, III), reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, in fine) etc. Não há como reduzir as desigualdades sociais quando todos são tratados de forma idêntica.

De acordo com Marcelo Novelino (2021), o conceito de igualdade material tem como base a fórmula clássica de Aristóteles, em que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade. Dessa forma, tem-se que tal concepção presume o reconhecimento de parâmetros justos e razoáveis. Novelino (2021, p. 373) ainda aduz:

O princípio da igualdade jurídica não impõe ao legislador o dever de tratar todos exatamente da mesma forma. A instituição de imposto com valor idêntico poderia ser extremamente injusta por equiparar contribuintes independentemente de sua condição financeira. A imposição de penas para todas as pessoas não teria qualquer sentido. O serviço militar obrigatório para crianças seria incompatível com a sua finalidade. A igualdade absoluta em relação a todas as posições jurídicas produziria, portanto, normas injustas, sem sentido e incompatíveis com sua finalidade.

Assim, nota-se que essa igualdade jurídica requer um tratamento desigual a pessoas, grupos, coisas ou situações que são, em sua essência, desiguais, uma vez que conferir os mesmos direitos e deveres a indivíduos diferentes seria tratamento injusto e apenas reforçaria a desigualdade já existente. Importante mencionar que a própria CRFB/88 traz expressamente preceitos que concedem ou exigem, como um meio de justiça, procedimentos diferenciados em decorrência do gênero, da capacidade física ou da condição econômica (NOVELINO, 2021).

Faz-se mister destacar também a dignidade da pessoa humana, visto que é um princípio fundamental positivado na CRFB/88 que se relaciona com o princípio da igualdade, haja vista que ambos devem nortear todo o ordenamento jurídico vigente. Pedro Lenza (2022, p. 173) reforça a ideia da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas:

Sob essa perspectiva, especialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1º, III, da CF/88), parece mais adequado, então, falar em um direito civil-constitucional, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Nesse mesmo sentido, Priscilla Jordanne Silva Oliveira (2021) relata que como a dignidade da pessoa humana é um fundamento constitucional, ela deve incidir na esfera do direito privado com o intuito de promover e desenvolver os direitos de personalidade, tendo em vista que a CRFB/88 protege o direito ao livre desenvolvimento ao resguardar a dignidade humana.

No que concerne à CDPD, ela tem como escopo “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades

fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, e se revela como parte do próprio texto constitucional, uma vez que trata sobre direitos humanos aprovada com status de emenda constitucional e não pode ser retirada do ordenamento jurídico brasileiro por consistir em verdadeira cláusula pétrea.

Assim, nota-se que o princípio da igualdade está intimamente ligado ao EPD, uma vez que, através dele, confere-se um tratamento mais humano e digno às pessoas com deficiência.

4. A Tomada de Decisão Apoiada no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Conforme demonstrado anteriormente, a partir do EPD as pessoas com deficiência passaram a ser consideradas como plenamente capazes de realizarem atos da vida civil, contudo é importante mencionar que necessitam de instrumentos jurídicos eficientes para ajudá-las no exercício de tais atos.

A Tomada de Decisão Apoiada é um instituto jurídico trazido pela Lei Brasileira da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) e está disposta no artigo 1.783-A do CC/02, sendo essa uma forma de proteção para que a pessoa com deficiência tenha o apoio de pelo menos duas pessoas idôneas e com quem tenha vínculos e confiança para decidir sobre alguns atos da vida civil, visto que reconhece que toda pessoa com deficiência deve ter o seu direito ao exercício da capacidade civil assegurado em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Decreto Legislativo nº 186 de 2.008 que aprovou o texto da CDPD e de seu Protocolo Facultativo traz em seu artigo 3º os princípios elencados no artigo 3 dessa convenção, consagrando os princípios da igualdade plena e também da inclusão com autonomia.

Em conformidade com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022, p. 96-97), o EPD teve como objetivo fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz.

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser “rotulada” como incapaz, para ser considerada — em uma perspectiva constitucional isonômica — dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil.

Faz-se mister salientar que a tomada de decisão apoiada foi uma das grandes inovações trazidas pelo EPD, já que prioriza a inclusão da pessoa com deficiência por meio de mecanismo de apoio. Dessa forma, o artigo 1.783-A do CC/02 menciona:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

O legislador teve como objetivo, ao definir o número mínimo de dois apoiadores, proteger a pessoa com deficiência de intervenções erradas, além de permitir o compartilhamento do apoio e, apesar disso, essa característica não pode ser considerada como a criação de uma barreira formalista de acesso ao instituto da tomada de decisão apoiada. (OLIVEIRA, 2021)

Em consonância com Priscilla Jordanne Silva Oliveira (2021), as pessoas com deficiência poderão enfrentar diversos obstáculos para avaliar e expressar sua vontade caracterizada nos processos decisórios pertencentes a própria vida e esses obstáculos revelam a urgência para que providências proporcionais à natureza e ao grau de obstrução que impedem sua efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas sejam tomadas.

De acordo com César Fiuza (2016), para que a tomada de decisão apoiada seja aplicada, é imprescindível que a pessoa com deficiência seja capaz, ou seja, não se pode enquadrar na categoria daqueles que não possam exprimir sua vontade. Nesse mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 149) menciona:

O referido dispositivo aplica-se aos casos de pessoas que possuem algum tipo de deficiência, mas podem, todavia, exprimir a sua vontade. O caso típico é o do portador da Síndrome de Down, que o torna uma pessoa deficiente, mas não acarreta, necessariamente, impedimento para a manifestação da vontade. Neste caso, não se justifica a classificação dessa pessoa como relativamente incapaz, sujeita à curatela.

Logo, nota-se que essa pessoa é plenamente capaz e pode praticar todos os atos jurídicos, não sendo necessária a representação ou a assistência, uma vez que, quando a pessoa possui restrições no exercício de certos atos, entretanto existe, mesmo que de forma sutil, a capacidade de se expressar vontades, o caminho não pode ser a incapacidade relativa (GONÇALVES, 2022).

Na tomada de decisão apoiada não há a substituição da vontade da pessoa apoiada na forma que ocorria antes da alteração do CC/02, uma vez que ela é considerada plenamente capaz, e também não substitui a curatela, sendo, dessa forma, uma nova modalidade.

Tem-se que o instrumento da tomada de decisão apoiada validou o conceito de inclusão, por meio do exercício dos atos da vida civil em situação de igualdade com as demais pessoas, atribuindo segurança nas relações jurídicas para as pessoas com deficiência e também para aquelas que com essas negociam, sem, todavia, retirar delas o exercício de suas autonomias individuais.

Esse instrumento jurídico, de acordo com Farias e Rosendal (2017), é mais elástico que a tutela e a curatela, haja vista que incentiva a plena capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa usufruidora do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, uma vez que é uma medida claramente ofensiva à liberdade. Logo, não se refere a um modelo restritivo da capacidade, mas sim de um remédio personalizado para as urgências existenciais de uma pessoa, em que as medidas de caráter patrimonial se mostram de natureza acessória.

Diante do exposto, a tomada de decisão apoiada seria, portanto, uma medida que está entre a assistência e a representação e possui como escopo a autonomia da pessoa que, apesar de ser capaz de exprimir vontade, encontra dificuldades no acesso à comunicação, à informação e à compreensão, ou seja, o alicerce da tomada de decisão

apoiada constitui na vontade da pessoa com deficiência de obter um apoio individualizado no desempenho de sua razão prática, contribuindo para sua tomada de decisão concernente a atos da sua vida civil, tendo em vista que lhe são proporcionados elementos e informações imprescindíveis ao exercício de sua capacidade de fato (OLIVEIRA, 2021).

Assim sendo, é notória a preocupação de que o que se deve conservar é a vontade do apoiado, afastando-se do sistema de substituição de vontade, o que garante ao apoiado a autonomia para tomar decisões sobre sua vida.

5. O Procedimento da Tomada de Decisão Apoiada

Sabe-se que com o advento da Lei nº 13.146 de 2015 foi instituída a tomada de decisão apoiada no ordenamento jurídico brasileiro, que tem como fundamento o apoio para a proteção da pessoa com deficiência de duas pessoas idôneas e com quem possua vínculos e confiança para exercer determinados atos da vida civil.

O § 1º do artigo 1.783-A do CC/02 traz:

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Através do texto supracitado, entende-se que o objetivo do apoio é proporcionar qualidade de vida à pessoa com deficiência, sendo de responsabilidade dos dois apoiadores o cumprimento dos termos levado em juízo, tendo em consideração as concretas e efetivas necessidades e aspirações do apoiado.

Farias e Rosenthal (2017) mencionam que a tomada de decisão apoiada será decidida pelo juiz através de procedimento de jurisdição voluntária, de competência da vara de família.

Em consonância com o artigo 1.783-A, § 2º, do CC/02, o pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem. Flávio Tartuce (2022, p. 3.329) aduz: “Essa iniciativa não pode ser atribuída a outrem, havendo legitimidade exclusiva apenas da própria pessoa com deficiência, conforme consta do Enunciado n. 639, também da VIII Jornada de Direito Civil.”

Assim, conclui-se que a tomada de decisão apoiada se trata de um procedimento de jurisdição voluntária, em que a pessoa com deficiência possui exclusividade no que concerne à legitimação para iniciar tal processo, na forma do enunciado 639 da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que diz: “a opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência”.

Já Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2017, p. 353-354) não acreditam que a legitimidade para o pedido da tomada de decisão apoiada seja apenas do beneficiário.

Sem qualquer hesitação, com lastro seguro na tradicional regra de que "quem pode o mais, pode o menos", temos convicção de que as pessoas que estão

legitimadas para a ação de curatela, também estão para a Tomada de Decisão Apoiada, como, por exemplo, os familiares e o Ministério Público. Afinal, modelos jurídicos como esse materializam o princípio da Dignidade da Pessoa Humana na dupla acepção protetiva e promocional das situações existenciais.

O § 3º do artigo 1.783-A do CC/02 relata que o juiz, assistido por uma equipe multidisciplinar, antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada e após a oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. A finalidade da equipe multidisciplinar é avaliar a deficiência e suas repercussões no discernimento e, em consequência, na possibilidade de manifestação de vontade pela pessoa com deficiência.

Já os § 4º e § 5º, do artigo 1.783-A do CC/02 versam sobre validade e efeitos perante terceiros da tomada de decisão apoiada, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. Os terceiros poderão solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. Flávio Tartuce (2022) afirma que essa possibilidade de solicitar que os apoiadores contra-assinem existe para que não ocorra dúvidas no que concerne a idoneidade jurídica do ato realizado, relacionando-se diretamente com o princípio da boa-fé objetiva.

Em se tratando de negócio jurídico que tem a possibilidade de gerar risco ou prejuízo relevante a qualquer uma das partes, existindo divergência de opiniões entre o apoiado e um dos apoiadores, o juiz deverá decidir sobre essa questão, ouvido o Ministério Público, na forma do artigo 1.783-A, § 6º, do CC/02.

No caso de o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não realizar as obrigações assumidas, a pessoa apoiada ou qualquer pessoa poderá apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz, com o objetivo de evitar a prática de algum negócio jurídico que possa gerar prejuízo, de acordo com o artigo 1.783-A, § 7º, do CC/02. Tartuce (2022) menciona que se o ato for praticado, é possível cogitar a sua invalidade.

Se a denúncia for procedente, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio, em consonância com o artigo 1.783-A, § 8º, do CC/02. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 354) mencionam:

Agindo o apoiador com desídia ou incúria, será caso de sua destituição, a requerimento da pessoa apoiada, do Ministério Público ou de qualquer outro interessado sem prejuízo de eventual responsabilização civil e criminal. Ademais, estando o procedimento de Tomada de Decisão Apoiada submetido, residualmente, às regras da ação de curatela, é natural que, a qualquer tempo, a pessoa apoiada, ou mesmo os seus apoiadores, assim como o Ministério Público ou o terceiro interessado, podem requerer a cessação da medida, com extinção do instituto protetionista.

A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada, inclusive para os fins de tomada de novas decisões, de acordo com a sua autonomia privada, na forma do artigo 1.783-A, § 9º, do CC/02.

O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria, segundo artigo 1.783-A, § 10, do CC/02.

De acordo com Priscilla Jordane Silva Oliveira (2021), é prescindível que a sentença homologatória do termo de apoio seja averbada no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, havendo em consideração que a pessoa com deficiência que opta pela tomada de decisão apoiada tem inalterada a sua capacidade civil.

Em conformidade com o artigo 1.783-A, § 11, do CC/02, está previsto que se aplicam à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela. Sobre isso, César Fiuza (2016, p. 86) aduz: “Em outras palavras, os apoiadores deverão prestar contas anualmente ao juiz e ao Ministério Público. Ao término do acordo a tomada de decisão apoiada, serão prestadas as contas finais.”

Destarte, percebe-se que a tomada de decisão apoiada é um instrumento que possui como intuito a promoção da capacidade civil das pessoas com deficiência, assim como daquelas que estão em situação de vulnerabilidade, havendo condições pessoais de manifestação de vontade, mas necessitam de apoio para exercer plenamente seus direitos.

Considerações Finais

O presente estudo teve como escopo analisar o instituto da tomada de decisão apoiada no ordenamento jurídico brasileiro. Como visto, a necessidade dessa análise decorre da alteração trazida pela Lei nº 13.146/15, conhecida como EPD, que ocasionou diversas mudanças, principalmente no que concerne a teoria das incapacidades.

Por meio de um exame objetivo do tema, foi possível visualizar a existência de relevantes questionamentos acerca da aplicação e regulamentação da tomada de decisão apoiada.

Sabe-se que, indubitavelmente, o EPD trouxe inúmeros avanços no que diz respeito à proteção da capacidade civil da pessoa com deficiência, dando-lhe maior autonomia para gerir a própria vida e tomar decisões, com base nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, contudo faz-se mister destacar algumas críticas decorrentes da sua implementação.

A primeira crítica diz respeito à prescrição e decadência contra os relativamente incapazes, dispostos nos artigos 198 e 208 do CC/02, uma vez que esses prazos apenas não fluem contra o absolutamente incapaz.

Um outro ponto que merece destaque é o referente aos atos praticados pelas pessoas com deficiência. Tais atos, realizados por uma pessoa relativamente incapaz que não possa exprimir suas vontades, serão anuláveis, de acordo com o artigo 171, II, do CC/02, e não mais nulos e, dessa forma, o ato produzirá efeitos normalmente, até que seja proferida uma decisão judicial.

Dentre os caminhos percorridos para essa conclusão, destacam-se a análise dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade como sendo base para a garantia do exercício dos direitos das pessoas com deficiência.

Assim, apesar de existir algumas críticas com relação ao EPD, nota-se que a tomada de decisão apoiada é um instrumento jurídico fundamental que oferta um apoio necessário para que as pessoas com deficiência possam exercer sua autonomia, tendo como base os direitos humanos, e configura um avanço no sentido de assegurar e proteger a capacidade jurídica das pessoas que dela necessitam, observando-se a sua liberdade e dignidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 23 de setembro de 2022, às 23h17min.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 23 de setembro de 2022, às 23h20min.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 23 de setembro de 2022, às 23h19min.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. VIII Jornada de Direito Civil. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2022, às 15h10min.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Tomada de Decisão Apoiada e Curatela: Medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/curatela.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2021, às 10h32min.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de setembro de 2022, às 23h21min.

BRASIL. Decreto nº 6.949 de agosto de 2009. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 23 de setembro de 2022, às 23h25min.

BRASIL. Lei nº 13.146 de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em 23 de setembro de 2022, às 23h27min.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 1: Parte Geral e LINDB. 13. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 17. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil: Volume Único. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 1: Parte Geral. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LENZA, Pedro. Direito Civil 1. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 26. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: Instrumento de Apoio ao Exercício da Capacidade Civil da Pessoa com Deficiência Instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei no 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil. IBDCivil, v. 9, n. 2, p. 31-57, julho/setembro, 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/viewFile/53/47>. Acesso em 15 de setembro de 2022, às 15h03min.

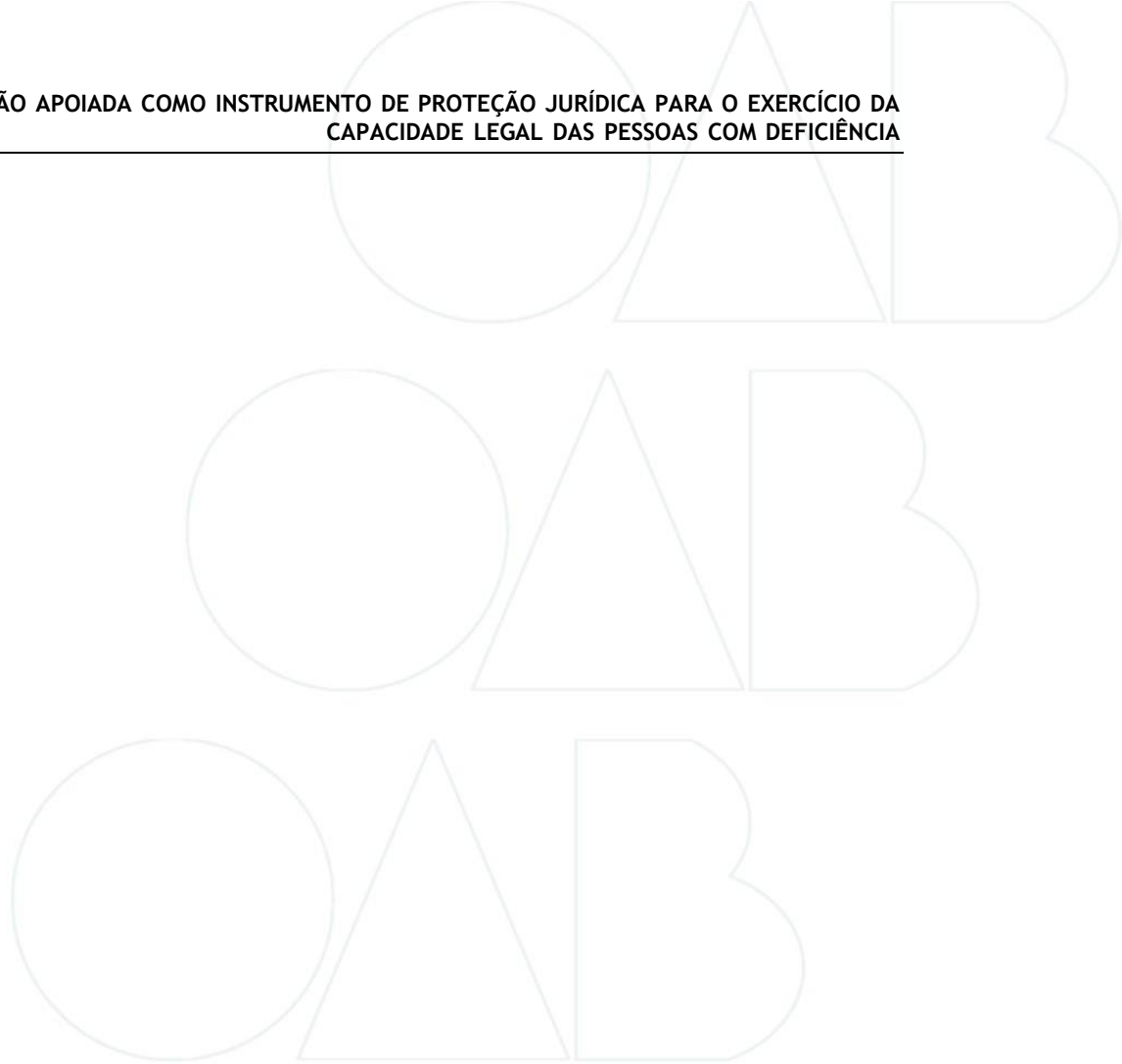
NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

OLIVEIRA, Priscilla Jordanne Silva. A Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada: a proteção e a promoção da autonomia da pessoa com deficiência. Belo Horizonte: Dialética, 2021. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/500339062/A-curatela-e-a-tomada-de-decisao-apoiada-a-protecao-e-a-promocao-da-autonomia-da-pessoa-com-deficiencia#>. Acesso em 24 de setembro de 2022, às 14h51.

PINTO, Larissa Silva. A Tomada de Decisão Apoiada na Perspectiva do Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1583/A+Tomada+de+Decis%C3%A3o+Apoiada+na+Perspectiva+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em 24 de setembro de 2022, às 15h01min.

ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/253.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2021, às 09h02min.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. 12. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2022.



A EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE BANCÁRIA DIANTE DO DEFEITO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DECORRENTE DAS FRAUDES COMETIDAS POR TERCEIROS EM GOLPES DO PIX

THE EXTENSION OF BANKING RESPONSIBILITY DUE TO THE DEFECT IN THE PROVISION OF SERVICES ARISING FROM FRAUD COMMITTED BY THIRD PARTIES IN PIX SCAMS

José Adécio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Maria Clara Batista de Barros

Mariaclarabdbarros@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/0620341108589423>

RESUMO: O PIX é uma recente facilidade de transferência pelo serviço bancário digital (*internet banking/mobile banking*) que tem ganhado ampla adesão dos brasileiros, no entanto, em paralelo, as fraudes seguiram a mesma tendência. A problemática aqui estudada diz respeito ao questionamento se há defeito na prestação de serviços bancários decorrente de fraude cometida por terceiros que também fazem uso de conta corrente, as quais são receptoras do dinheiro transferido a partir da voluntariedade, mesmo que esteja viciada pelo erro, mediante correspondência eletrônica falsa. Tendo isso em vista, o presente estudo busca analisar a extensão da responsabilidade dos bancos, diante das divergências jurídicas quanto as suas excludentes, para que seja efetivada a proteção do consumidor. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, o procedimento bibliográfico e a técnica de pesquisa documental, mediante a análise de doutrinas, artigos científicos, súmulas e jurisprudências. Deste estudo, pode-se concluir que somente o fato de terceiro abrir conta corrente em agência de banco não gera a sua responsabilidade, e, em razão do sigilo bancário, não é compreensível qualquer tipo de movimentação ou bloqueio nas contas de seus clientes, senão por ordem do titular, comprovadamente justificado, ou por ordem judicial. Portanto, de início, não há que se falar em defeito da prestação de serviços decorrente das fraudes cometidas por terceiros em golpe do PIX, já que ausente o nexo de causalidade, por se tratar de fortuito externo, devendo ser analisada responsabilidade civil dos bancos em conformidade ao caso concreto.

Palavras-chave: PIX; Serviço bancário digital; Fraude de terceiro correntista; Fortuito externo.

ABSTRACT: The PIX is a recent Brazilian innovation that facilitates bank transfer through internet banking services, and it gained the adhesion of the Brazilian people. However, the frauds related to this innovation increased at the same ratio as its popularity. The problem approached in this paper involves the existence of gaps in bank service provision due to fraud perpetrated by third parties that also use the bank account – these parties are the recipients of the money willingly transferred, even if it's vitiated by error, through fake electronic mail. Therefore, this paper aims to analyze the extension of banks' liability, in the face of the legal divergence related to exclusion of liability, so that effective consumer protection is granted. For this purpose, this paper uses the deductive method, bibliographic search, and the documental search technique, through analysis of

legal textbooks, academic papers, and case law. This study concluded that if a third party opens a bank account it doesn't imply its liability and, due to banking secrecy, it's not understandable any kind of banking movement or account blocking of the bank's client accounts, but by the account owner or court order. Therefore, there's no liability related to gaps in banking service provision due to frauds in "PIX" scams, because there is no causal link since unforeseeable circumstances caused the scam. Banks' liability should be analyzed in the specific case.

Key Words: PIX; Internet banking; Third party account holder fraud; Unforeseeable external circumstances.

INTRODUÇÃO

Diante do avanço tecnológico e da necessidade de ferramentas facilitadoras para o dia a dia, o crescimento dos serviços prestados no âmbito digital foi inevitável, não deixando de lado as Instituições Bancárias e dando margem às novas fraudes cometidas pela *internet*. Por isso, é extremamente relevante a discussão acerca da extensão da responsabilidade bancária para que seja efetivada a proteção das relações de consumo na *internet*, garantida pelo art. 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e pelo Código de defesa do consumidor (CDC/90).

Essa pesquisa tem como objetivo o estudo sobre a responsabilidade civil dos bancos no caso de fraudes digitais contra seus consumidores cometidas por terceiros que também fazem uso de contas bancárias, as quais são receptoras do dinheiro transferido voluntariamente, embora a voluntariedade esteja viciada pelo erro. Inicialmente, busca-se conceituar o serviço bancário digital e a sua ferramenta PIX; as espécies de responsabilidade civil bancária; a modalidade da fraude em epígrafe, comumente chamado de "Golpe do Pix", e a controvérsia existente acerca do tema. Por fim, será indicada uma solução viável para alcançar a pacificação do assunto.

O presente artigo foi elaborado com uma metodologia dedutiva e predominantemente qualitativa, em que o objeto será explorado e explicado, com o fito de aprofundar o debate sobre o assunto.

Nesse viés, utiliza-se como método de procedimento a técnica de pesquisa bibliográfica, com a utilização de materiais como jurisprudências, legislações e artigos científicos. Desse modo, busca-se resultados significativos com a análise jurídica, social e histórica do problema.

DO SERVIÇO BANCÁRIO DIGITAL E DA FERRAMENTA PIX

Quando tratamos do serviço bancário e da ferramenta Pix faz-se necessário fazermos a diferenciação de dois termos, sendo eles: acesso que significa “disponibilidade de serviços de qualidade por um custo justo e o uso, que pode ser definido como o seu consumo” (GUIMARÃES; DINIZ; GONZALEZ, 2014, p. 58-59).

Com o advento da *internet*, o acesso ao sistema bancário se tornou mais rápido e barato, evidenciando a relação de consumo desses serviços digitais entre os bancos e seus usuários por meio da inclusão, já que a estrutura bancária brasileira apresentava aspectos de exclusão, como falta de atendimento bancário em todo território e as limitações de recursos (COSTA NETO, 2004).

Buscando se manter competitivo no mercado, o setor bancário passou por profundas transformações nas últimas décadas e, desde a criação do caixa eletrônico em 1983, a automação bancária das agências continuou acelerando, com a implantação dos sistemas em tempo real (CERNEV; DINIZ; JAYO, 2009). Hodiernamente, a expansão da Instituição Bancária vai além do espaço físico, já que o acesso do cliente ao banco de maneiras diferentes foi alcançado, por meio do *Internet banking* ou *Mobile banking*.

A *Internet Banking* tem origem nas páginas e sites institucionais dos bancos que passaram a prestar serviços aos seus usuários a partir dos pedidos dos próprios clientes, permitindo consultar o saldo e extratos das contas correntes (DINIZ; SANTOS, 2006). Tendo em vista a evolução do uso dos celulares e o surgimento de planos de internet móvel, criaram o *mobile banking*, tendo as mesmas funções da *internet banking*, mas com uma maior facilidade de acesso por meio do aparelho de celular (REIS, 2018). Dessa forma, o uso dos aplicativos dos bancos digitais e a sua facilidade passaram a promover o crescimento das transações financeiras.

Nesse mesmo sentido, o PIX, incluído recentemente no serviço bancário digital, é uma ferramenta de transferência imediata, criada e gerida pelo Banco Central do Brasil em novembro de 2020, que proporciona a realização da operação em poucos segundos, tanto para o pagamento quanto para o recebimento, permitindo que seja realizado em qualquer dia e em qualquer hora. O seu acesso decorre dos canais de atendimento das instituições financeiras, podendo ser considerado como uma forma de pagamento disponibilizada por esses prestadores de serviço (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2020).

Apesar do pouco tempo de utilização, o PIX já é considerado como o principal método de transferência de dinheiro no país, deixando de lado TED e DOC (FREITAS, 2021), evidenciando, pois, o impacto nas relações de consumo entre bancos e seus usuários, bem como na extensão da responsabilidade, uma vez que o fato de ser uma recente tecnologia, na qual muitos usuários ainda não têm experiência e conhecimento, bem como diante da sua ampla propagação, afloram os riscos de serem acometidas fraudes por terceiros aos serviços bancários digitais.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS

A responsabilidade civil dos bancos se atém ao fato de prestar serviço, nos termos do art. 14 do CDC/90, e, no mesmo dispositivo, já ressalta quais as suas excludentes:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por **defeitos relativos à prestação dos serviços**, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a **culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro** (BRASIL, 1990, Grifo nosso).

Conforme o próprio texto legal, não é a conduta culposa que determina a responsabilidade dos bancos, tampouco a relação contratual estabelecida entre as partes, mas o defeito na prestação do serviço, bastando isto para que surja o dever de indenizar. Pode-se considerar defeituoso aquele serviço que não confere a segurança esperada ao consumidor, podendo ser de concepção, execução ou até mesmo de informação, prezando, estritamente, pelo Princípio da Segurança Jurídica (FILHO, 2011, p.2).

Pode-se assim entender por definição do princípio da segurança jurídica, à luz do que apregou Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 93):

O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da 'segurança jurídica', o qual, bem por isso, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indiscutivelmente, um dos mais importantes dentre eles.

Sob o mesmo prisma, a responsabilidade dos bancos decorre de uma quebra de confiança estabelecida nessa relação jurídica, bem como da violação do dever de não prestar serviços sem a devida segurança, independentemente de culpa, caracterizando sua responsabilidade objetiva, bastando, portanto, o dano e o nexo causal.

Frente à hipossuficiência do consumidor, técnica e, muitas vezes, financeira, o CDC/90 presume o nexo causal, embora permita ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar, desde que prove a inexistência do defeito a exclusividade da culpa do consumidor ou do terceiro (art. 14, § 3.º, I e II, CDC/90), já que é plenamente possível produção de prova técnica e científica pelo fornecedor do serviço, entendimento também é acolhido pela Teoria do Risco.

Para, James Martins (1993, p. 128):

Risco do desenvolvimento é a possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução, ocorrendo, todavia que, posteriormente, decorrido determinado período do início de sua circulação no mercado de consumo venha a se detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores.

Uma vez provada a inexistência do defeito na prestação de serviços, afasta-se o dever do banco de indenizar, pela ausência de nexo causal, bem como pela não violação do dever de segurança.

Apesar das excludentes apresentadas pelo CDC/90, vale ressaltar, o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sua súmula 479, datada de 2012, qual seja: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias” (BRASIL, 2012). Pode-se inferir, portanto, que a responsabilidade objetiva das instituições financeiras por fraudes e delitos praticados por terceiros decorrem exclusivamente do risco do empreendimento, já que têm como dever prestar um serviço seguro.

Além disso, a fim de proteger o consumidor de eventuais fraudes, a Resolução BCB nº 103/21 trouxe em 16 de novembro de 2021 o mecanismo de devolução dos valores transferidos em casos de erros ou suspeitas de fraudes pelo PIX. Essa pontua que

Art. 41-B. O Mecanismo Especial de Devolução é o conjunto de regras e de procedimentos operacionais destinado a viabilizar a devolução de um Pix nos casos em que exista fundada suspeita do uso do arranjo para a prática de fraude

e naqueles em que se verifique falha operacional no sistema de tecnologia da informação de qualquer dos participantes envolvidos na transação.

Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses de devolução de que trata o caput:

I - as controvérsias relacionadas a aspectos do negócio jurídico subjacente à transação de pagamento; e

II - as transações com fundada suspeita de fraude em que os recursos forem destinados à conta transacional de um terceiro de boa-fé." (NR)

"Art. 41-D. As devoluções de que trata o inciso II do art. 41-C, quando decorrentes de fundada suspeita de fraude:

I - ficarão condicionadas à abertura e à conclusão, com a aceitação do participante prestador de serviço de pagamento do usuário recebedor, do procedimento de notificação de infração relativo à transação a ser devolvida, de que trata o Capítulo XIII, Seção III, Subseção IX; e

II - implicarão o **bloqueio imediato**, na conta transacional do usuário recebedor, dos valores cuja devolução é solicitada, ou, sendo menor, do valor correspondente ao saldo nela disponível.

Parágrafo único. É permitida a realização de múltiplos bloqueios parciais na conta transacional do usuário recebedor, até que se alcance o valor total da transação objeto da solicitação de devolução." (NR) (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2021, n.p., grifo nosso).

Essa padronização de regras e dos procedimentos tem como finalidade viabilizar e agilizar a devolução de valores pelo prestador de serviço de pagamento do usuário recebedor, por iniciativa própria ou por solicitação do usuário pagador, nos casos em que exista fundada suspeita de fraude ou nas situações em que se verifique falha operacional nos sistemas das instituições envolvidas na transação (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2021).

DA FRAUDE ATRAVÉS DO “GOLPE DO PIX”

Trata-se, no presente estudo, dos golpes projetados por terceiros que induzem a vítima ao erro, mediante falsas correspondências eletrônicas, para que lhes envie dinheiro mediante a ferramenta PIX, enganando-as sob diversas justificativas. Ou seja, trata-se de no mínimo dois correntistas, um fraudatário e uma vítima.

Conforme estudo recente da PSafe (2022, n.p.), somente neste ano, a empresa líder em cibersegurança na América Latina já bloqueou mais de 1.4 milhões tentativas deste golpe que costuma chegar via aplicativos de mensagens, via SMS ou *e-mail*, com as mais variadas abordagens que levam a vítima a, voluntariamente, transferir o dinheiro via PIX e consumam a fraude. Assim,

Se formos comparar, mês a mês, com o ano de 2021, o aumento é alarmante. Tendo como base o mês mais recente, julho, quando bloqueamos mais de 1.3 milhões de golpes, registramos um aumento de 600% em relação ao ano

passado, quando foram bloqueadas pouco mais de 187 mil no mesmo período (DINIZ, 2022, n.p.).

Frente ao aumento significativo das tentativas de golpes, vale elencar algumas das regras de funcionamento do PIX, já que seu regulamento prevê medidas que mitigam o risco de fraudes, como a disposição de que os participantes do Pix devem se responsabilizar por fraudes no âmbito do Pix, nos termos do art. 32, V, da Resolução DC/BACEN n° 1/2020 que diz que:

Art. 32. Os participantes do Pix devem:
I - cumprir o disposto neste Regulamento;
II - zelar pela imagem, a integridade e a segurança do Pix;
III - reportar ao Banco Central do Brasil, caso tome conhecimento da existência de fatos que possam comprometer a imagem, a integridade e a segurança do Pix;
IV - ofertar a iniciação e o recebimento de Pix para todos os usuários finais, caso enquadrados na modalidade provedor de conta transacional;
V - responsabilizar-se por fraudes no âmbito do Pix decorrentes de falhas nos seus mecanismos de gerenciamento de riscos; e
VI - conferir tratamento não discriminatório para os diferentes participantes do Pix com os quais estabelecerem relação para a prestação do serviço, em termos de qualidade e de preço do serviço prestado (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2020, n.p., grifo nosso).

Além disso, também coloca regras de funcionamento através de mecanismos de proteção que impedem varreduras de informações pessoais relacionadas a chave Pix; possibilidade de colocação de limites máximos de valor por parte das instituições; a possibilidade dos próprios usuários, por meio dos aplicativos, ajustarem os limites de valor estabelecidos pelas instituições; tempo máximo diferenciado para autorização da transação, nos casos de transações não usuais iniciadas por seus clientes com elevada probabilidade de serem uma fraude; centro de informações, compartilhadas com todos os participantes, sobre chaves Pix, números de conta e CPF/CNPJ que se envolveram em alguma transação fraudulenta; geração de *QR Code* dinâmico permitida apenas para os participantes que enviam certificados de segurança específicos para o BCB; e mecanismos que facilitam o bloqueio e eventual devolução dos recursos em caso de fraude, como o bloqueio cautelar e o mecanismo especial de devolução (SÃO PAULO, TJSP. Apelação Cível XX0XXX-52.2021.8.26.0002 SP XXXXX-52.2021.8.26.0002. 14ª câmara. Relator César Zalaf. Data de julgamento: 08 jun. 2022).

Para Hans Welzel (2015), criador da teoria final da ação, a voluntariedade representa algo diverso, um movimento corporal, cujas consequências podem ser conduzidas a algum ato voluntário. Ocorre que a problemática se encontra justamente na inobservância dos cuidados necessários para utilização da ferramenta PIX, uma vez que,

mesmo com todos os aparatos que minimizam a consumação das fraudes, o golpe é consumado mediante a transferência voluntária da vítima.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS PELAS FRAUDES COMETIDAS POR TERCEIROS “EM GOLPES DO PIX”

É incontroverso o dano suportado pelo consumidor diante do golpe promovido por fraudadores que se valeu de correspondência eletrônica falsa para induzir a vítima a transferir determinada quantia em dinheiro mediante PIX voluntariamente.

No entanto, é válido ressaltar que a segurança do Pix está pautada em quatro dimensões, como explica o relator César Zalaf (2022), sendo a primeira a autenticação: toda transação, inclusive aquelas relacionadas ao gerenciamento das chaves Pix, só pode ser iniciada em ambiente seguro da instituição, acessando por meio de uma senha ou de outros dispositivos de segurança integrados ao telefone, a segunda dimensão é a rastreabilidade das transações: permite a identificação das contas receptoras de recursos produtos de fraude/golpe/crime; e a terceira dimensão diz respeito ao tráfego seguro de informações: forma criptografada na Rede do Sistema Financeiro Nacional (RSFN) que é uma rede totalmente apartada da internet e na qual cursam as transações do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Todos os participantes do Pix têm que emitir certificados de segurança para conseguir transacionar nessa rede. Além disso, todas as informações das transações e os dados pessoais vinculados às chaves Pix são armazenados de maneira criptografada em sistemas internos do BCB.

É, portanto, o caso de se reconhecer a culpa exclusiva da vítima, mesmo frente à fraude de terceiros, já que foi negligente e violou os deveres de cuidado ao efetuar a transferência bancária via PIX sem se certificar da idoneidade do terceiro que solicitava a transferência. Nesse compasso, não se verifica falha na prestação de serviço do banco, desde que não tenha agido para que a fraude acontecesse. Esse é o entendimento destes Tribunais:

Responsabilidade civil Prestação de serviços bancários Indenizatória de danos materiais e reparatória de danos morais Transferência de dinheiro via Pix comandada voluntariamente pelo consumidor Súmula 479 do E. STJ Responsabilidade objetiva das instituições financeiras Golpe praticado por terceira pessoa, que, pelo Whatsapp, passando-se por amigo da vítima, solicitou a transferência Art. 14, § 3º, incisos I e II, do CDC Ausência de prova de participação do banco para a consecução da fraude Inexistência de falha na prestação dos serviços bancários Culpa exclusiva da vítima ou de terceiros Rompimento do nexo de causalidade Improcedência do pedido que se impõe

Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível XXXXX- 90.2021.8.26.0100; Relator (a): Gil Coelho; Órgão Julgador: 11a Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 4a Vara Cível; Data do Julgamento: 27/05/2022; Data de Registro: 27/05/2022)

Apelação. Prestação de serviços bancários. Ação de indenização por danos materiais e morais. Fraude. Transação contestada realizada por causa de código fornecido pela autora. Responsabilidade exclusiva da vítima pelo dano suportado. Defeito da prestação do serviço não demonstrado. Sentença de parcial procedência reformada. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível XXXXX-87.2021.8.26.0405; Relator (a): Pedro Kodama; Órgão Julgador: 37a Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 5a Vara Cível; Data do Julgamento: 14/12/2021; Data de Registro: 15/12/2021)

RECURSO INOMINADO - BANCÁRIO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - GOLPE VIA WHATSAPP - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - INCONFORMISMO DA CASA BANCÁRIA - ACOLHIMENTO - TRANSFERÊNCIA DE VALORES PARA CONTA DE TERCEIRO VIA "PIX" - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE A ATIVIDADE DO BANCO E O PREJUÍZO SOFRIDO - CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - DEVER DE CAUTELA E DILIGÊNCIA MÍNIMA NÃO OBSERVADAS - AUSÊNCIA NO DEVER DE INDENIZAR E/OU RESTITUIR - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. Mutatis mutandis: "É certo que não se pode imputar ao consumidor um dever de diligência extraordinário na apreciação da veracidade das informações, porém deve ser levada em consideração a diligência do homem médio. Contudo, a negligência do consumidor ao efetuar o PIX sem confirmar antes a veracidade das informações configura culpa exclusiva da vítima (art. 14, § 3º, CDC). Importante destacar que tal fortuito externo afasta a responsabilidade civil dos fornecedores e atrai para o consumidor o dever de cautela e diligência mínima quanto à operação que efetua, não havendo que se falar em falha na prestação de serviços, sequer em reparação dos prejuízos sofridos."(TJPR, RI nº XXXXX-70.2021.8.16.0182, Juíza Fernanda Bernert Michielin, j. em 11.03.2022) (TJSC, RECURSO CÍVEL n. XXXXX-16.2021.8.24.0091, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luis Francisco Delpizzo Miranda, Primeira Turma Recursal, j. Thu Sep 08 00:00:00 GMT-03:00 2022).(TJ-SC - RECURSO CÍVEL: XXXXX20218240091, Relator: Luis Francisco Delpizzo Miranda, Data de Julgamento: 08/09/2022, Primeira Turma Recursal).

Além disso, somente o fato do terceiro abrir conta corrente em agência do Banco não indica qualquer responsabilidade da instituição financeira, podendo se observar a ausência de nexo de causalidade entre a conduta dos bancos e o prejuízo experimentado pela vítima. Ademais, a instituição financeira, em razão do sigilo bancário notoriamente conhecido, não pode realizar qualquer tipo de movimentação ou bloqueio nas contas de seus clientes, senão por ordem do titular, desde que comprovadamente justificado, ou por ordem judicial.

Uma vez demonstrada e comprovada a culpa exclusiva de terceiro e da parte autora, não há que se falar em ilegalidade ou falha na prestação dos serviços ou dever de indenizar. Apesar do que dispõe a súmula 479 do STJ, o golpe sofrido pela vítima, no caso estudado, não deve ser analisado como fortuito interno e sim externo, ou seja, não

relacionado diretamente com as operações bancárias dos réus, estando ausente falha na prestação de serviços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o Princípio da Segurança Jurídica, o Direito se dispõe a garantir uma estabilidade nas relações jurídicas e comuns à vida social, mas é colocado em conflito diante da insegurança jurídica suportada pelos consumidores que foram vítimas dos golpes na plataforma PIX aplicados por terceiros, uma vez que não há pacificação a respeito da extensão da responsabilidade bancária pela falha (ou não) na prestação de serviços.

Em perspectiva, há de se falar em responsabilidade bancária quando decorrente de uma quebra de confiança estabelecida nessa relação jurídica, bem como da violação do dever de não prestar serviços sem a devida segurança, independentemente de culpa. No presente estudo, porém, tratamos dos golpes que são projetados por terceiros que induzem a vítima ao erro, mediante falsas correspondências eletrônicas, para que lhes envie dinheiro mediante a ferramenta PIX, não ensejando falha no serviço prestado pelo banco.

Posto tudo isso, conclui-se que não há defeito na prestação de serviços bancários decorrente de fraude cometida por terceiro correntista, em golpe do PIX, contra aquele que voluntariamente transferiu quantia em dinheiro sem verificar todos os padrões de segurança já que ausente o nexo de causalidade, por se tratar de fortuito externo.

O dano suportado pelo consumidor diante do golpe promovido por fraudadores é incontroverso, embora não seja suficiente para se falar em extensão da responsabilidade bancária ou, até mesmo, em falha na prestação de serviços, porquanto a segurança do PIX está pautada em regras de funcionamento através de mecanismos de proteção que, nestes casos, não são corrompidos.

Apesar de ainda não ser pacificado, o entendimento dos tribunais tende reconhecer a culpa exclusiva da vítima, mesmo diante da fraude de terceiros, considerando que aquela foi negligente e violou os deveres de cuidado ao efetuar a transferência bancária via PIX sem se certificar da idoneidade do terceiro que solicitava a transferência.

Isso, porque somente o fato de terceiro abrir conta corrente em agência de banco não gera a sua responsabilidade, e, em razão do sigilo bancário, não é compreensível qualquer tipo de movimentação ou bloqueio nas contas de seus clientes, senão por ordem

do titular, comprovadamente justificado, ou por ordem judicial. Ou seja, não é razoável que o dever de verificação de idoneidade seja da Instituição Bancária e, por isso, não é expandida a sua responsabilidade pela inobservância dos mecanismos de proteção pelo próprio usuário da plataforma PIX.

Portanto, de início, não há que se falar em defeito da prestação de serviços decorrente das fraudes cometidas por terceiros em golpe do PIX, já que ausente o nexo de causalidade, por se tratar de fortuito externo, devendo ser analisada responsabilidade civil dos bancos em conformidade ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Relatório de Cidadania Financeira**, 2018. p. 7. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/Relatorio_Cidadania_Financeira.pdf. Acesso em: 20 de out. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Estabilidade Financeira**, 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pix>. Acesso em: 20 de out. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Manual de Padrões para Iniciação do PIX**, 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/pixIIManualdePadroesparaIniciacaoPix.pdf> Acesso em: 20 de out. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Resolução nº 1 de 12 de agosto de 2020**: Institui o arranjo de pagamentos Pix e aprova o seu Regulamento. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-bcb-n-1-de-12-de-agosto-de-2020-271965371>. Acesso em: 20 de out. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Resolução BCB nº 103 de 08 de junho de 2021**: Altera o Regulamento anexo à Resolução BCB nº 1, de 12 de agosto de 2020, que disciplina o funcionamento do arranjo de pagamentos Pix. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-bcb-n-103-de-8-de-junho-de-2021-324759269>. Acesso em: 20 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**: dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. Brasília: DOU de 12/09/1990, pág. nº 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&text=Art.,48%20de%20suas%20Disposi%C3%A7%C3%B5es%20Transit%C3%B3rias. Acesso em: 20 de out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 479**. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2409/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 27 de out. 2022.

CERNEV, A. K, DINIZ, E. H., & JAYO, M. **As cinco ondas de Inovações Tecnológicas em Bancos**. In J. C. Barbieri & M. A. Simantob. **Organizações Inovadoras do Setor Financeiro** (pp. 45-68). São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA NETO, Y. C. **Bancos Oficiais no Brasil: origem e seu aspecto de desenvolvimento**. Banco do Central do Brasil. (2004) p. 137. Disponível em: Bancos Oficiais no Brasil: Origem e Aspectos de Seu Desenvolvimento (bcb.gov.br). Acesso em: 20 de out. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Responsabilidade Civil das Instituições Bancárias por Danos Causados a Correntistas e a Terceiros**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 34/2000 | p. 102 - 110 | Abr - Jun / 2000 Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil | vol. 3 | p. 769 - 780 | Out / 2011 DTR\2000\787. Disponível em: Seminário 12 - Cavaliere Filho.pdf. Acesso em: 20 de out. 2022.

DINIZ, Danielly; DEMELLO, Marco. **Golpes financeiros: mais de mil tentativas por hora, neste ano**. [dfndr blogPSafe](https://www.psafe.com/blog/golpes-financeiros/), 2022. Disponível em: <https://www.psafe.com/blog/golpes-financeiros/>. Acesso em: 20 de out. 2022.

DINIZ, E. H. SANTOS, H. M. **Internet banking**. FGV Executivo, v. 5 n. 3, jul/ago, 2006. p. 41-45. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/34299>. Acesso em: 20 de out. 2022.

GUIMARÃES, R. C.; DINIZ, E.; & GONZÁLEZ, L. **Inclusão financeira e correspondentes bancários**. FGV-executivo, (2014). p. 13(1), 58-59.

MARTINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.128

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 93 e 94.

REIS, Victor Souza. **Inovação Bancária: um estudo cientométrico sobre os avanços do Mobile banking**. Projeto de Graduação - UNB Faculdade de Tecnologia. Brasília, 2018. Disponível em: 2018_VictorSouzaReis_tcc.pdf (unb.br). Acesso em: 20 de out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (11ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível XXXXX- 90.2021.8.26.0100**. Foro Regional III - Jabaquara - 4a Vara Cível. Relator (a): Gil Coelho. Data do Julgamento: 27/05/2022; Data de Registro: 27/05/2022. Disponível em: Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: AC Xxxxx-52.2021.8.26.0002 SP Xxxxx-52.2021.8.26.0002 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br). Data de acesso: 20 de out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (37ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível** XXXXX-87.2021.8.26.0405. Foro de Osasco - 5a Vara Cível. Relator (a): Pedro Kodama. Data do Julgamento: 14/12/2021. Data de Registro: 15/12/2021. Disponível em: Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Embargos de Declaração Cível: Embdeccv Xxxxx-87.2021.8.26.0405 SP Xxxxx-87.2021.8.26.0405 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br). Data de acesso: 20 de out. 2022.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** XX0XXX-52.2021.8.26.0002 SP XXXXX-52.2021.8.26.0002. (14ª câmara). Relator César Zalaf. Data de julgamento: 08 jun. 2022 Disponível em: Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: AC Xxxxx-52.2021.8.26.0002 SP Xxxxx-52.2021.8.26.0002 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br). Data de acesso: 20 de out. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (1ª turma recursal). **Recurso cível** n. XXXXX-16.2021.8.24.0091. Relator: Luis Francisco Delpizzo Miranda, Data de Julgamento: 08/09/2022. Disponível em: Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC - Recurso Cível: Xxxxx-16.2021.8.24.0091 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br). Data de acesso: 20 de out. 2022.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: um a introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 35.

EM BUSCA DE NOVOS PARADIGMAS DE RESSOCIALIZAÇÃO DE RECUPERANDOS E PREVENÇÃO CRIMINAL

IN SEARCH OF A NEWS PARADIGMS OF RESOCIALIZATION OF IMMATES AND CRIMINAL PREVENTION

Cleonice Soares Pereira

cleonice@adv.oabmg.org.br

<http://lattes.cnpq.br/2817617479398185>

Gildásio Rômulo Gonçalves

tenentecoronelromulo@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/7978213721031999>

RESUMO: O legislador brasileiro estabeleceu um sistema progressivo para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Concomitantemente, estabeleceu concessões de benefícios específicos, fora dos estabelecimentos penais, condicionados ao cumprimento de regras adicionais. Entretanto, não definiu expressamente o servidor público responsável para o acompanhamento *extra muros* das condicionantes impostas, imprescindíveis ao propósito da reabilitação. Essa indefinição acarreta o não acompanhamento do cumprimento das condicionantes impostas pelo Poder Judiciário aos egressos do sistema prisional em situação de semiliberdade, gerando nestes sentimentos de impunidade e contribuindo com o aumento da reincidência criminal. Ações pioneiras da Polícia Militar de Minas Gerais, em parceria com os demais órgãos da execução penal do Estado, têm buscado suprir essa lacuna, a fim de otimizar a ressocialização de recuperandos e a prevenção criminal. Buscou-se estudar neste artigo duas ações pioneiras de suplementação do acompanhamento e fiscalização dos recuperandos em situação de semiliberdade, denominadas Panóptico, realizadas nas 11ª e 12ª Regiões Integradas de Segurança Pública, que têm experimentado uma significativa redução do envolvimento destes recuperandos em novos crimes violentos, especialmente em homicídios. Em busca de um novo paradigma de ressocialização de recuperandos, foi realizado um aporte teórico acerca das atribuições constitucionais da Polícia Militar, assim como colhidas informações e dados de pesquisas já realizadas sobre a efetividade da estratégia.

Palavras-chave: Egresso; Semiliberdade; Ressocialização; Prevenção criminal; Fiscalização.

ABSTRACT: The brazilian legislature established a progressive system for the execution of the custodial sentence. At the same time, it established concessions of specific benefits, outside penal establishments, conditioned on compliance with additional rules. However, it did not expressly define the public servant responsible for the extra-mural monitoring of the imposed conditions, essential for the purpose of rehabilitation. This lack of definition leads to the non-monitoring of compliance with the conditions imposed by the Judiciary to those discharged from the prison system in a situation of semi-freedom, generating in these feelings of impunity and contributing to the increase in criminal recidivism. Pioneering actions of the Polícia Militar de Minas Gerais, in partnership with the other organs of the criminal execution of the State, have sought to fill this gap, in order to optimize the resocialization of inmates and criminal prevention. In this article, we sought to study two pioneering actions for supplementing the monitoring and inspection of inmates in semi-freedom, called Panopticon, carried out in the 11th and 12th Integrated Public Security Regions, which have experienced a significant

reduction in the involvement of inmates in new violent crimes, especially in homicides. In search of a new paradigm of resocialization of inmates, a theoretical contribution was made about the constitutional attributions of the Military Police, as well as information and data from research already carried out on the effectiveness of the strategy.

Keywords: Egress; Semi-freedom; Resocialization; Crime prevention; Oversight.

1 INTRODUÇÃO

Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.
Michel Foucault (2011, p. 218)

O Brasil adotou três espécies de pena em seu ordenamento jurídico: multa, restrição de direitos e privação de liberdade. Para a pena privativa de liberdade, o legislador estabeleceu um sistema progressivo de cumprimento, com a transferência do recuperando¹ para regime menos rigoroso quando cumprido parte da pena no regime anterior e possuir bom comportamento carcerário. Esse sistema progressivo objetiva o retorno gradativo e seguro do recuperando ao convívio social.

Durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, aos recuperandos também são concedidos outros benefícios legais, imprescindíveis ao processo de ressocialização, como as saídas temporárias, as permissões de saída para trabalho² e estudo, a prisão domiciliar³ e o livramento condicional.

Entretanto, para o gozo desses benefícios, são impostas, pelo Poder Judiciário, condicionantes específicas de caráter preventivo, objetivando a completa reabilitação dos recuperandos, *v. g.* proibição de frequentar locais determinados, obrigatoriedade de recolher ao domicílio em horários previamente fixados, não ausentar ou mudar de localidade sem comunicação, estudar, trabalhar, dentre outras.

Não obstante tal previsão legal, necessária à efetiva reabilitação dos recuperandos, o legislador pátrio não previu expressamente o servidor público responsável para acompanhar *in*

¹ A terminologia recuperando é adotada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para se referir aos condenados judicialmente e se que encontram no cumprimento de pena. A ideia na utilização do termo é enfatizar a sua condição como pessoa em recuperação, conduzindo-a a uma proposta de valorização humana e recuperação do ser humano que cometeu um ilícito.

² A prestação de trabalho externo ocorre pela falta de estrutura interna dos estabelecimentos prisionais, pois nestes deveriam ser prestado o trabalho.

³ A prisão domiciliar é substitutiva do regime aberto e destina-se a detentos com condições específicas referentes à idade, doença pessoal ou de filho menor ou gestação, bem como é aplicada aos sentenciados em regime aberto por ausência de vagas em casas do albergado.

loco, fora dos limites das unidades prisionais, o cumprimento das condicionantes impostas e, em regra, nenhuma instituição estatal se prontificou a assumi-la. Essa omissão legislativa tem acarretado severos prejuízos ao processo de ressocialização, pois são raras as iniciativas realizadas para suprir essa lacuna.

Em Minas Gerais, nas 11^a e 12^a Regiões Integradas de Segurança Pública, concomitantemente a duas ações pioneiras de suplementação do acompanhamento e fiscalização dos recuperandos em situação de semiliberdade, denominadas Panóptico, em período inferior a dois anos, verificou-se uma redução superior a 40% do envolvimento destes reeducandos em novos crimes violentos, especialmente em homicídios.

Diante desta realidade, este artigo pretende demonstrar a metodologia utilizada pelos órgãos nas 11^a e 12^a Regiões Integradas de Segurança Pública, verificando se esta têm contribuído com a reintegração social dos recuperandos, egressos em situação de semiliberdade⁴, e com a prevenção criminal.

2 SANÇÃO PENAL E REINTEGRAÇÃO SOCIAL

2.1 Aplicação das penas privativas de liberdade

A evolução da aplicação da pena, do suplício como ritual político de afirmação do poder do soberano, para a prisão como sanção penal mais humanitária, como explicitada por Foucault, não se trata de abrandamento da punição, mas, ao contrário, sua maior produtividade. Em sua obra *Vigiar e Punir*, Foucault explicitou que o suplício era um ritual político de produção e afirmação do poder do soberano sobre a vida e a morte de seus súditos. Já a prisão, expressão de um poder disciplinar, que não se exerce num episódio público sobre um corpo em evidência, mas sim, discreta, contínua e indefinidamente, e sobre a quantidade de corpos necessária e possível. Dessa passagem do suplício à prisão, não há suavização e humanização da pena, mas intensificação e maior produtividade da punição (GODOI, 2011, p. 146).

Coelho (2005), Paixão (1987) e Ramalho (2002), redirecionando o olhar para o sistema prisional brasileiro, mas seguindo a interpretação foucaultiana da delinquência, denunciaram a realidade alarmante de controle da criminalidade: péssimas condições de encarceramento, violência e erosão sistemática de autoridade nos espaços institucionais (MARTINS e

⁴ O termo “egresso em situação de semiliberdade”, assim como usado por Silva (2021) e Rosário e Gonçalves (2022), será adotado neste artigo por não se relacionar a todas as espécies de recuperandos [condenados a penas privativas de liberdade e restritivas de direitos], mas apenas aos condenados a penas privativas de liberdade em gozo dos benefícios de saídas temporárias, trabalho e estudo externos, prisão domiciliar e livramento condicional, ou seja, aos recuperandos, egressos de um estabelecimento penal, ainda não detentores de liberdade plena [condicionada ao cumprimento de determinadas condições de seu benefício].

OLIVEIRA, 2013). Soma-se a isso a inexistência no Brasil de programas institucionalizados de reabilitação para recuperandos (ROLIM, 2009).

Entretanto, apesar das críticas, a instituição prisão ainda persiste como o *locus* por excelência de confinamento dos infratores nas sociedades contemporâneas (GONÇALVES, 2017). Mesmo conhecendo todos os seus inconvenientes, sabendo de seus perigos, quiçá inutilidade, não se tem o que pôr no seu lugar. Ela, segundo Foucault (2011, p. 218), “é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”. Nesta mesma senda, “a substituição e até a redução drástica do sistema jurídico-penal é uma ideia, atualmente, utópica: não existe nenhuma nação contemporânea que não recorra às penas privativas de liberdade” (FERDINAND, 2001; WELFORD, 1975 *apud* MAÍLLO, 2004, p. 37).

É inegável, lado outro, que a pena privativa de liberdade não tem cumprido sua finalidade social de recuperação e reintegração social do condenado. Contudo, tão somente criticar o sistema punitivo, pela sua indevida utilização pelos detentores do poder, o que é uma verdade incontestada, não pode ser argumento para a conformação. Não resolve nem minimiza o problema, conforme nos adverte Zaffaroni (1989, p. 13-14):

[...] o discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente como falso, mas atribuir sua permanência à má-fé ou à formação autoritária seria um simplismo que apenas agregaria uma falsidade à outra. Estas explicações personalizadas e conjunturais esquecem que aqueles que se colocam em posições ‘progressistas’ e que se dão conta da gravidade do fenômeno também reproduzem o discurso jurídico-penal falso – uma vez que não dispõem de outra alternativa que não seja esse discurso em sua versão de ‘direito penal de garantia’ (ou ‘liberal’, se preferem) – para tentarem a defesa dos que caem nas engrenagens do sistema penal como processados, criminalizados ou vitimizados.

É necessário, assim, construir soluções que vão muito além do que é ofertado atualmente pelo sistema prisional brasileiro, conforme ressaltam Martins e Oliveira (2013, p. 78):

[...] embora se destaque a influência da prisão na reprodução da delinquência, em virtude de suas medidas disciplinares, práticas de segurança e punição e estratégias de confinamento/isolamento, a prisão, por si só, não explica a prática reiterada em crimes e a construção de identidades e carreiras criminosas.

[...] o fenômeno da reincidência penitenciária não está relacionado a um único elemento explicativo, mas agrega um conjunto de fatores interrelacionados e causas entrecruzadas que se expressam na trajetória biográfica dos detentos, no vínculo reiterado que eles mantêm com o círculo polícia-justiça-prisão e nos ‘contatos sociais mistos’ estabelecidos entre ‘normais’ e ‘estigmatizados’.

[...] Destaca-se a importância de se pensar novos paradigmas de interpretação sobre o fenômeno da reincidência penitenciária [...].

Afinal, a realidade escancara a todo o sistema de justiça criminal e à sociedade em geral que barras de ferro, por si só, não curam criminosos e que as unidades prisionais não têm

produzido penitentes e o mais importante produto das prisões tem sido o crime (GOULART, 1974).

A inevitabilidade da adoção do instituto prisão e os descompassos e conflitos crônicos entre as organizações responsáveis pelo controle social, não podem ser determinantes para a conformidade. A busca de soluções alternativas, inclusive a premente necessidade de aperfeiçoamento interno dos processos de trabalho dessas instituições, sepultando práticas excessivamente burocráticas, deve ser timoneira para a otimização da ressocialização de recuperandos.

2.2 Reintegração social de recuperandos: realidade possível ou utopia?

O instituto da prisão sepultou os suplícios e a certeza da punição passou a ser a motivação para desviar o homem do crime e não mais o seu abominável espetáculo. Entretanto, este espetáculo público da expiação, produto da cerimônia penal, saiu de cena e entrou o do encarceramento (FOUCAULT, 2011; JULIÃO, 2009).

A reintegração social de recuperandos passa a ser uma das principais finalidades da pena privativa de liberdade, ao lado da prevenção. Com o aumento dos índices de criminalidade, parte da sociedade vem, em alguma medida, tentando rediscutir a finalidade da prisão, defendendo o seu endurecimento. Outros, porém, diante do não cumprimento de sua finalidade social, defendem a humanização das unidades prisionais e a participação da sociedade no processo de reintegração dos recuperandos.

Não obstante a Lei de Execução Penal brasileira ser considerada uma das mais modernas do mundo (IPEA, 2015), referida norma recebe severas críticas ao seu ideal de ressocialização. Os adeptos da criminologia crítica fazem os ataques mais contundentes, censurando a ressocialização por entendê-la violadora do livre-arbítrio e da autonomia do sujeito (BITENCOURT, 2007; PETER FILHO, 2011 *apud* IPEA, 2015).

A grande reincidência criminal decorre da experiência da prisão padrão, que exclui do convívio social, impõe a indolência forçada não minimizada pela educação e trabalho e submete à violência os condenados novatos aos mais experimentados (GONÇALVES, 2017). Assim, o recuperando “[...] brutalizado durante anos de vida penitenciária não sai como um penitente mas retorna à sociedade como reincidente potencial” (GOULART, 1974, p. 150).

As críticas ao modelo de ressocialização, experimentada na maioria dos países, são muito contundentes. O próprio termo “ressocialização” recebe críticas, pois denota uma postura apenas passiva do recuperando. Nesse sentido:

Não se pode segregar pessoas e, ao mesmo tempo, pretender a sua reintegração. Todavia, a questão é mais ampla e se relaciona com a concepção de “reintegração social”, conceito que decididamente preferimos aos de “ressocialização” e “tratamento”. “Tratamento” e “ressocialização” pressupõem uma postura passiva do detento e ativa das instituições: são heranças anacrônicas da velha criminologia positivista que tinha o condenado como um indivíduo anormal e inferior que precisava ser (re)adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como “boa” e aquele como “mau”. Já o entendimento da reintegração social requer a abertura de um processo de comunicação e interação entre a prisão e a sociedade, no qual os cidadãos reclusos se reconheçam na sociedade e esta, por sua vez, se reconheça na prisão. (BARATTA, p. 3, 2007)

Diante desta realidade, o instituto da prisão deve ser abandonado, por fomentar carreiras criminosas; mantido seu *status quo* e seu caráter meramente expiatório; ou deve ser prática a ser aperfeiçoada diante de sua imprescindibilidade ao controle social formal?

Em 1974, nos Estados Unidos, o sociólogo Robert Martinson analisou 231 estudos sobre a reabilitação de criminosos daquele país. Em virtude de inúmeras lacunas encontradas em sua pesquisa, assegurou a impossibilidade de se chegar a conclusões definitivas, mas, mesmo assim, o seu trabalho surgiu como a “comprovação” de que, com raríssimas exceções, os esforços realizados em programas de reabilitação não teriam qualquer impacto sobre as taxas de reincidência criminal (ROLIM, 2009).

A maldosa simplificação do trabalho de Martison, de que os esforços empreendidos em favor da reabilitação de presos são inúteis, foi muito difundida durante as décadas de 1970 e 1980, ajudando a consolidar as ideias mais conservadoras para justificar a necessidade de longos períodos de encarceramento (SARRE, 1999 *apud* ROLIM, 2009).

O legado das políticas de *nothing works* (nada funciona), expressão utilizada na pesquisa de Martison, influenciou políticas criminais de muitos países e fez ressurgir a retribuição como a mais necessária resposta ao crime (ROLIM, 2009).

Entretanto, os estudos mais recentes demonstram que programas que utilizam o método cognitivo-comportamental⁵, que procuram mudar os padrões de comportamento e pensamento dos recuperandos, são muito efetivos. Em apertada síntese, esse método coloca os recuperandos em contato com as consequências dos seus atos, para que os compreendam, inclusive as razões pelas quais praticaram a conduta e o que devem fazer para evitar a reincidência. Os programas tornam-se ainda mais eficientes e alcançam maior êxito quando combinam abordagens que estimulam a capacitação para a vida em sociedade (ROLIM, 2009).

⁵ Vennard, Sugg e Hedderman (1977) esclarecem que o cognitivismo-comportamental não é uma teoria psicológica distinta, mas uma série de intervenções derivadas de três teorias psicológicas básicas: Comportamentalismo, Teoria Cognitivista e Teoria Social do Aprendizado (ROLIM, 2009).

A reabilitação ofertada nas unidades prisionais brasileiras, em regra por falta de condições estruturais, não abarca os princípios das boas práticas de ressocialização, favorecendo a reincidência criminal. Pesquisa realizada por Gendreau, Goggin e Gray (1998) enfatiza que:

[...] a reincidência está vinculada às possibilidades de inserção do ex-condenado no mercado de trabalho e, portanto, às possibilidades de formação asseguradas ao condenado. Isso foi demonstrado pelo trabalho de Gendreau *et al* (1998), que após examinar 67 estudos sobre reincidência envolvendo um total de 114 mil condenados, apontou que os déficits em profissionalização e educação no momento da soltura são as maiores certezas de retorno à prisão. Assim, programas que profissionalizem os presos, que permitam o aprendizado de habilidades úteis para o mercado de trabalho e para a vida em sociedade, e que possibilitem o reconhecimento e a recompensa pelo esforço contribuirão muito para a reabilitação. (ROLIM, 2009, p. 231)

Diante da certeza dos benefícios do trabalho e da educação para a reintegração dos recuperandos e diante da ausência ou insuficiência de postos de trabalho e de instrução *intra muros*, os magistrados da execução criminal do país, numa interpretação mais adequada da legislação vigente, estendem o gozo de tais benefícios para além das unidades prisionais. A acertada decisão judicial, contudo, não acompanha, em regra, até mesmo por ausência de previsão legal expressa, a definição, igualmente importante, de qual servidor público fará o acompanhamento *in loco* do cumprimento das condicionantes impostas.

Essa omissão, do legislador e do aplicador da lei, proposital ou não, acaba por prejudicar o trabalho de todo o sistema de justiça criminal, culminando numa inexistente ou incompleta reintegração dos recuperandos. Necessário, assim, promover alteração legislativa, criar cargo específico de fiscal de condicionantes⁶ ou atribuir a servidor público determinado essa imprescindível função à otimização do processo de reintegração social dos recuperandos.

2.3 Fiscalização das condicionantes impostas aos egressos em semiliberdade

A Lei de Execução Penal (LEP) estabelece atribuições de fiscalização ou colaboração à fiscalização das condicionantes dos benefícios da execução penal ao Ministério Público, ao diretor da unidade prisional, ao serviço social penitenciário, ao Patronato⁷, ao Conselho da

⁶ O legislador brasileiro não se atentou para a necessidade de se criar cargos específicos de agentes de fiscalização de execução da pena, como ocorreu, por exemplo, com os *probation officers* nos Estados Unidos, tornando os benefícios da Lei de Execução Penal brasileira simulacros de execução penal pela inexistência de qualquer controle de fiscalização das condições impostas (MIRABETE e FABBRINI, 2014) e nítida forma de impunidade (NUCCI, 2007).

⁷ Órgão da execução penal destinado à prestação de assistência aos recuperandos albergados e egressos; orientação aos recuperandos em cumprimento de penas restritiva de direitos; fiscalização do cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana; e colaboração na fiscalização das condicionantes da suspensão da execução e livramento condicional.

Comunidade⁸, ao Conselho Penitenciário⁹ e aos órgãos de observação cautelar¹⁰ (arts. 67; 79, III; 81; 125; 137; 139, I; 143; 145; 146; e 158, §§ 2º, 3º e 4º, todos da LEP), tão somente no plano convencional-formal, ou seja, nos limites físicos do Poder Judiciário e das unidades prisionais.

O Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 725, estabelece que a observação cautelar e proteção deve ser realizada pelo serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares. Em Minas Gerais, essas entidades similares são os Centros de Prevenção da Criminalidade, por meio do Programa de Reintegração Social de Egressos do Sistema Prisional (PrEsp) e a Polícia Militar, onde haja implantação de iniciativa de monitoramento e fiscalização de egressos em semiliberdade (GONÇALVES, 2017). Seria, de fato, a Polícia Militar entidade similar competente para a fiscalização de condicionantes impostas aos egressos em semiliberdade?

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), ao tratar da Segurança Pública, atribuiu às polícias militares competência para a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. Ao contrário de “polícia ostensiva”, a expressão “ordem pública” abarca conceito mais amplo, abrangendo três elementos básicos: tranquilidade pública, salubridade pública e segurança pública (LAZZARINI, 1991).

Tranquilidade pública é “estado de segurança, ordem e bem-estar, no seio da coletividade social, que resulta da ação eficiente da polícia preventiva” (LEMONS, 2007, p. 20). Salubridade pública é garantia de higiene e saúde da coletividade. Já segurança pública é “atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo, realizada com o fito de proteger a cidadania, prevenindo e controlando manifestações da criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, garantindo o exercício pleno da cidadania nos limites da lei” (BRASIL, 2017).

⁸ Órgão da execução penal de cada comarca, integrada por representantes da comunidade, dentre os quais, um advogado indicado pela OAB, um defensor público, um assistente social e um representante da associação comercial ou industrial, que tem como incumbência visitar os estabelecimentos penais, entrevistar presos, apresentar relatórios ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário, diligenciar para a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência dos recuperandos e fiscalização de condições da execução penal.

⁹ Órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena formado por professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas e representantes da comunidade, nomeados pelo Governador do Estado, incumbindo-lhes emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, inspecionar estabelecimentos e serviços penais, apresentar relatórios ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e supervisionar os patronatos e a assistência aos egressos.

¹⁰ Os órgãos de observação cautelar e proteção tem a finalidade de fazer observar o cumprimento da pena acessória, as condições especificadas na sentença concessiva do benefício; e proteger o beneficiário, com orientações na execução de suas obrigações e auxílio na obtenção de atividade laborativa.

A competência das polícias militares, na preservação da ordem pública, é bem ampla e abrange, inclusive, atribuições não previstas aos demais órgãos, conforme nos leciona Lazzarini:

A exegese do art. 144 da Carta, na combinação do *caput* com o seu § 5º, deixa clara que ‘na preservação da ordem pública a competência residual de exercício de toda atividade policial de segurança pública, não atribuída aos demais órgãos, cabe à Polícia Militar’. A extensa competência da Polícia Militar na preservação da ordem pública engloba, inclusive, a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de greves ou outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, funcionando, então, a Polícia Militar como a verdadeira força pública da sociedade, como previsto na bicentenária Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. (LAZZARINI, 1991, p. 52)

Lado outro, para se falar em uma suposta usurpação de função pública é necessário que tal função esteja prevista na norma como de servidor público determinado, o que não aconteceu, na Lei de Execução Penal ou em outra norma, relativamente às fiscalizações *in loco* das condicionantes impostas aos egressos em semiliberdade.

Assim, o monitoramento e fiscalização de egressos em semiliberdade pelas polícias militares encontra lastro legal na sua missão constitucional de preservação da ordem pública e não haverá usurpação de função pública, posto que não prevista tal atribuição, em nenhuma norma, a outro servidor público.

3 INTERVENÇÃO FOCADA EM EGRESSOS EM SITUAÇÃO DE SEMILIBERDADE

3.1 Projeto Panóptico: um modelo experimental

A LEP, em seu art. 61, elenca o rol dos órgãos da execução penal, destacando-se o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Conselho da Comunidade, o Patronato e o Departamento Penitenciário por se estruturarem nas sedes das diversas comarcas do país. Referidos órgãos, conforme Nucci (2021), possuem papel fiscalizatório relevante, pois controlam e orientam presos e egressos, além de denunciar irregularidades e apresentar sugestões.

Não obstante a importância da atuação de acompanhamento, monitoramento, orientação e fiscalização do regular processo de reintegração dos recuperandos, tanto em relação à conduta dos agentes prisionais, quanto em relação à conduta dos apenados, os resultados alcançados parecem longe do ideal.

Sem desprezar as deficiências estruturais das unidades prisionais e a ausência e/ou ineficiência de programas de ressocialização no país, a alta reincidência criminal é indicador

inconteste de que a execução penal não tem proporcionado as condições ideais para a harmônica reintegração social dos recuperandos.

A escassez de trabalhos e a ausência de dados precisos geram especulações e repercussões, pela imprensa e por gestores públicos, de que a taxa de reincidência criminal no país seja de até 70%. Conduzida por Sérgio Adorno e Eliana Bordini (1989), uma das principais pesquisas produzidas sobre a reincidência criminal no Brasil, realizada com egressos do sistema prisional paulista entre 1974 e 1976 e acompanhados até o final de 1985, constatou que 46,03% foram novamente recolhidos ao cárcere. Nova pesquisa dos mesmos autores, em 1991, mas agora com o conceito jurídico de reincidência criminal, revelou uma taxa de reincidência de 29,34% (IPEA, 2015).

O Censo Penitenciário Nacional de 1994, por sua vez, concluiu que 34,4% dos apenados no Brasil eram reincidentes. O próprio Departamento Penitenciário Nacional, em junho de 2008, divulgou que 33,01% dos recuperandos eram reincidentes (BRASIL, 2001; BRASIL, 2008).

Em Minas Gerais, Saporì, Santos e Mass (2017) realizaram pesquisa de reincidência criminal, de dimensão policial, calculada pelo quociente entre o número de reincidentes e a população de egressos liberados por término de pena e por livramento condicional, considerando como reincidência um novo registro de indiciamento do mesmo indivíduo, em inquérito policial, em até um período de cinco anos após o cumprimento de sua pena ou recebimento do benefício de livramento condicional. De uma amostra de 800 egressos que deixaram o cárcere em 2008, dos quais 759 liberados por livramento condicional, 411 reincidiram, uma reincidência criminal de 51,4%.

A reincidência criminal no Brasil e em Minas Gerais, quer seja de dimensão legal, quer seja de dimensão policial, é de fato elevada, o que evidencia a necessidade de se repensar o atual modelo de reabilitação de recuperandos.

Duas iniciativas da Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG), empreendidas na 11ª e 12ª Regiões Integradas de Segurança Pública (RISP), com sede em Montes Claros e Ipatinga, tentam suprir lacuna do processo de reintegração social dos recuperandos, com acompanhamento e fiscalização das condicionantes impostas aos egressos em progressão de regime. Esta, importante mecanismo à reabilitação dos apenados, até então era “uma fraude, porque não há controle rigoroso do preso, no semi-aberto e no aberto, o que enseja fugas e/ou prática de crimes, perpetuando o retorno do egresso ao sistema, pela reincidência” (SOARES, 2005, p. 95).

O sistema de justiça criminal brasileiro, integrado pelos subsistemas policial, prisional e judicial, segue um modelo tradicional, em que cada órgão tenta solucionar o problema que lhe é incumbido. Todavia, problemas complexos, como os enfrentados pela segurança pública e justiça criminal, exigem soluções sistêmicas e cooperação entre os subsistemas (REIS, 2011).

Assim, as iniciativas da 11^a e 12^a RISP's, denominadas Operação Panóptico e Projeto Panóptico, respectivamente, em parceria com o Poder Judiciário, o Ministério Público e a

Polícia Penal, de todas as 47 (quarenta e sete) comarcas das referidas Regiões, tentam suplementar o processo de reintegração social dos recuperandos, mais especificamente, quando tais apenados progredirem ou estão nos regimes semiaberto e aberto e passam a usufruir dos benefícios de saídas temporárias, trabalho e estudo externos ao cárcere, prisão domiciliar e livramento condicional.

Com metodologias muito semelhantes, tais iniciativas tomam emprestado o termo *Panóptico*, utilizado pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, para indicar um modelo arquitetônico ideal de estabelecimento penal, que permitia, segundo Bentham, que um único vigilante, abrigado numa torre central, observasse todos os prisioneiros, sem ser percebido, o que os obrigava a adotar o comportamento desejado pela vigilância.

Tais estratégias de intervenção focada, esteio do acompanhamento dos egressos em semiliberdade, apesar do nome, não têm a pretensão de ser o panóptico de Foucault (2011)¹¹, o sinóptico de Bauman (2001)¹² ou a escravização do condicionamento de Huxley (2014)¹³, e fundamentam-se na Teoria da dissuasão focada.

Em apertada síntese, esta teoria propõe transformar comportamentos específicos de infratores contumazes por meio de um processo de comunicação persuasiva e não ameaçadora que conduza a mensagem de elevação do custo da conduta criminosa e alongue os benefícios das atitudes positivas esperadas (BRAGA e WEISBURD, 2011). A estratégia de intervenção foca, assim, em infratores já condenados e em processo de reabilitação, por meio de ações voltadas para a fiscalização e reintegração social, convencendo-os dos ganhos da manutenção dos benefícios experimentados.

Por meio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU)¹⁴, que viabiliza o processamento digital das execuções penais, a Polícia Militar é comunicada dos benefícios

¹¹ O termo, tomado emprestado de Jeremy Bentham, foi utilizado por Michel Foucault, na obra *Vigiar e punir*, como mecanismo disciplinar de vigilância e controle da população.

¹² Espécie de vigilância na qual o trabalho de vigiar é terceirizado para o vigiado (autovigilância).

¹³ Em sua obra *Admirável mundo novo*, o autor discorre sobre o problema do condicionamento humano atrelado a uma escravização satisfeita e alienada.

¹⁴ O SEEU, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), trata-se de um processo eletrônico e informatizado concebido por meio de uma cooperação técnica entre o CNJ e o Tribunal de Justiça do Paraná. Em

concedidos e das condições impostas aos recuperandos. Da relação de beneficiários, a PMMG, por meio das suas Agências de Inteligência, realiza uma classificação de prioridade de fiscalização, a partir das condenações dos recuperandos, periculosidade e potencial de envolvimento em novos crimes (ROSÁRIO e GONÇALVES, 2022).

Os egressos classificados como prioridade 1, autores ou vítimas em potencial de morte ou integrantes de organizações criminosas, recebem, pelo menos, uma fiscalização por semana. Os egressos, que sejam autores em potencial dos crimes violentos de roubo, estupro, extorsão, sequestro/cárcere privado e extorsão mediante sequestro, são classificados como prioridade 2 e recebem um acompanhamento a cada quinze dias. Já os egressos em potencial de crimes de tráfico de drogas de pequena quantidade, furto e de outros crimes de médio impacto, recebem, pelo menos, uma fiscalização por mês (prioridade 3). Os demais egressos em semiliberdade, condenados por crimes de pequeno impacto e que não tenham mais envolvimento com o crime, recebem classificação prioridade 4 e são apenas monitorados na 12ª RISP e visitados uma vez por trimestre na 11ª RISP. Já os recuperandos do regime semiaberto, quando do gozo de saídas temporárias, independentemente de sua classificação, recebem pelo menos uma fiscalização em cada período de saída (MINAS GERAIS, 2021; MINAS GERAIS, 2022).

Nessas visitas, constatado algum incidente de descumprimento das condições impostas, a equipe policial registra um boletim de ocorrência policial e este é inserto no SEEU, para posterior análise do juízo da execução criminal, que pode ou não deliberar pela regressão do regime. Essa forma de emprego dos policiais substituiu as abordagens eventuais, baseadas na discricionariedade e seletividade, por intervenções racionais e eficientes em alvos específicos (ROSÁRIO e GONÇALVES, 2022).

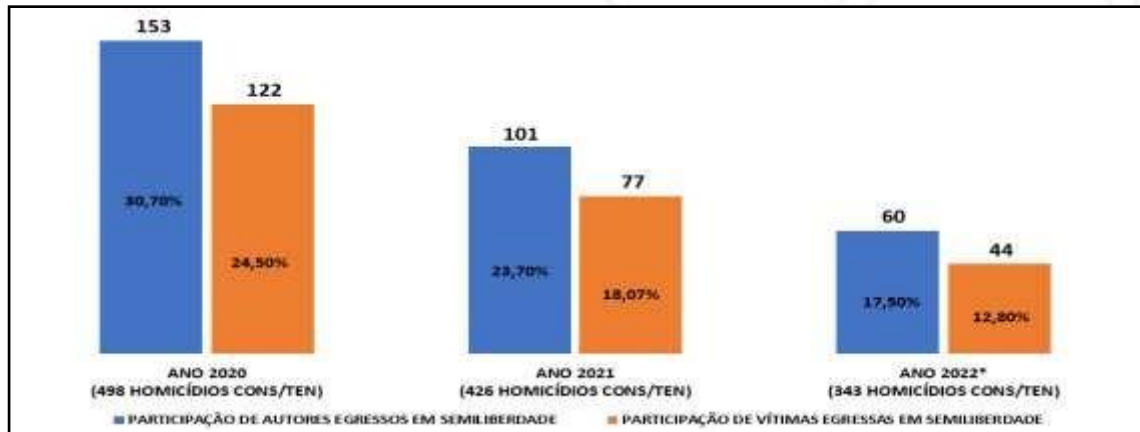
Para mensurar o desempenho das equipes policiais nessas fiscalizações, as duas RISP's criaram um indicador de desempenho denominado Prevenção Qualificada da Reincidência Criminal (PQR). Tal indicador leva em consideração, dentre outros, a quantidade de visitas realizadas, a inserção dos incidentes de descumprimento no SEEU e a não reincidência criminal dos egressos em semiliberdade (MINAS GERAIS, 2021; MINAS GERAIS, 2022).

3.2 Resultados alcançados

Pesquisa realizada por Rosário e Gonçalves (2022) evidenciou que a fiscalização dos egressos em semiliberdade pela Polícia Militar contribuiu para a redução do envolvimento desses recuperandos em homicídios, conforme Gráfico abaixo.

Minas Gerais é regulamentado pela Portaria Conjunta nº 1/PR/2016, no âmbito da Justiça Comum de Primeiro Grau, e alterada pela Portaria Conjunta nº 25/PR-TJMG/2020.

Gráfico 1: Monitoramento de homicídios com participação de egressos em situação de semiliberdade no período de 2020 a agosto de 2022 na 12ª RPM



Nota: Os dados de 2022 referem-se ao período de janeiro a agosto.

Fonte: Sistema de controle do Projeto Panóptico/12ª RPM.

A participação dos egressos em semiliberdade em novos homicídios, consumados ou tentados, reduziu ano a ano, na comarca de Ipatinga e em outras 26 comarcas daquela RISP. Como autores de tais mortes intencionais, a redução variou de 30,7% em 2020 para 17,5% em 2022; e, como vítimas, de 24,5% em 2020 para 12,8% em 2022.

Além desse viés quantitativo, igualmente importante, a pesquisa coletou a percepção de integrantes dos órgãos de execução penal e da PMMG sobre os procedimentos de fiscalização das condicionantes impostas aos egressos em situação de semiliberdade, utilizando o instrumento de pesquisa estruturada, por meio da aplicação de questionários objetivos a representantes do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Conselho da Comunidade da Execução Penal e Polícia Militar.

Em reduzida síntese, os participantes da pesquisa concordam ou concordam totalmente que a fiscalização realizada pela Polícia Militar contribui muito à reintegração social dos recuperandos (80%); é importante fator para a redução da reincidência criminal (86%); é atividade legítima, legal e útil (89%); é a medida mais racional e eficiente para a harmônica reintegração social do recuperando diante da atual estrutura estatal (78%); e será mais eficiente se for suplementada por monitoração eletrônica (31%) e fiscalizações adicionais de policiais penais (13%), oficiais de justiça (13%), policiais civis (8%) e outros (4%) (ROSÁRIO e GONÇALVES, 2022).

Lado outro, divulgação realizada pela 11ª Região da Polícia Militar, em coletiva de imprensa em 6 de fevereiro de 2023, demonstrou os resultados inicialmente alcançados com a fiscalização de egressos em semiliberdade na comarca de Montes Claros e em outras 19 comarcas da 11ª RISP. A divulgação englobou os resultados do ano de 2022, mais

especificamente dos oito primeiros meses do aperfeiçoamento e ampliação da estratégia a todas as comarcas do Norte de Minas, de maio a dezembro.

Além dos resultados quantitativos, referentes a visitas realizadas, incidentes de descumprimentos constatados, regressões de regime e mandados de prisão cumpridos em virtude dessas regressões, o mais relevante foi a redução do envolvimento dos egressos em semiliberdade em crimes de homicídios, de 11,6% em 2021, para 8,7% em 2022; e nos demais crimes violentos, de 13,7% em 2021, para 7,1% em 2022 (MINAS GERAIS, 2023).

Apesar de incipientes, os resultados alcançados nas duas RISP's são animadores e demonstram que as estratégias de intervenção focada adotadas parecem contribuir, em alguma medida, com o propósito de reintegração social dos recuperandos, a redução da reincidência criminal e o controle da criminalidade, sendo recomendável a continuidade do acompanhamento de tais iniciativas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preservação da ordem pública, atribuição constitucional das polícias militares, é conceito jurídico aberto e flexível às interpretações contingenciais no tempo e espaço e abarca atribuições não expressamente previstas aos demais órgãos, inclusive, aquelas que não estejam sendo cumpridas por outras instituições em virtude de alguma deficiência.

A fiscalização de egressos em semiliberdade, fora dos limites das unidades prisionais e dos prédios do Poder Judiciário, realizada pelas polícias militares, não caracteriza usurpação de função pública, posto que não definido na legislação servidor público com tal atribuição, e, mais ainda, encontra lastro legal no amplo conceito de preservação da ordem pública previsto na Carta Magna.

Não obstante o monitoramento eletrônico para o egresso em semiliberdade, incluído na execução penal pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, para as hipóteses de saídas temporárias, prisão domiciliar e livramento condicional, utilizá-lo como único recurso para a vigilância dos recuperandos é de questionável eficiência. E isso se dá porque não proporciona vigilância contínua sequer quanto ao posicionamento geográfico do equipamento e muito menos quanto ao efetivo cumprimento das medidas restritivas impostas. Lado outro, a vigilância direta incentiva o cumprimento das condições impostas pelo Poder Judiciário, persuade o egresso ao respeito à medida restritiva, afasta a possibilidade de reincidência criminal, além de contribuir para a sua ressocialização (ROSÁRIO e GONÇALVES, 2022).

A fiscalização ou colaboração à fiscalização realizada pelo Ministério Público, Conselhos da Comunidade, Patronatos, Departamentos Penitenciários, Conselho Penitenciário

e entidades similares não contempla, por falta de previsão legal, estrutura e/ou expertise, acompanhamentos presenciais nos locais de gozo dos benefícios dos egressos em semiliberdade, sendo imperiosa, assim, a sua realização pelas polícias militares, instituições com lastro legal e capacidade para sua operacionalização.

Dessarte, sem prejuízo da necessidade de aprofundamento das avaliações da efetividade das fiscalizações dos egressos em semiliberdade realizadas pelas polícias militares, do desenvolvimento de programas de reabilitação de recuperandos e do aprimoramento da monitoração eletrônica, os resultados alcançados nas 47 (quarenta e sete) comarcas das 11ª e 12ª Regiões Integradas de Segurança Pública cancelam a estratégia adotada como prática exitosa a ser seguida e aprimorada, podendo se consolidar como novo paradigma de reabilitação de recuperandos e de prevenção criminal.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T. **Reincidência e reincidentes penitenciários em São Paulo (1974-1985)**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo: Anpocs, v. 3, n. 9, p. 70-94, fev. 1989.
- BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado**. Alemanha: Universidade de Saarland, 2007. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf> . Acesso em 28 mai. 2023.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Editora Zahar. Rio de Janeiro, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena**. In: BITTAR, Walter. A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris & BCCRIM, 2007.
- BRAGA, Anthony A., WEISBURD, David L. **The effects of focused deterrence strategies on crime: a systematic review and meta-analysis of the empirical evidence**. Journal of Research in Crime and Delinquency, v.49, n.3, p.323-358, sept. 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 28 mai. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 28 mai. 2023.
- BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen, 2001.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen, 2008.
- BRASIL. **Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010**. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. DF: Congresso Nacional, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm. Acesso em 28 mai. 2023.

- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Conceitos básicos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm. Acesso em 25 jun. 2017.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramalhe. 39 ed., Petrópolis: Vozes, 2011
- GODOI, Rafael. **Para uma reflexão sobre os efeitos sociais do encarceramento**. Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 5, ed. 8, p. 138-154, Fev/Mar 2011.
- GONÇALVES, Gildásio Rômulo. **Fiscalização de condenados em liberdade pela Polícia Militar de Minas Gerais: análise dos seus impactos no controle da criminalidade**. 2017. 127f. Monografia (Especialização em Gestão Estratégica de Segurança Pública) - Centro de Pesquisa e Pós-Graduação, Academia de Polícia Militar de Minas Gerais e Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2017.
- GOULART, Henny. **A suspensão condicional da pena no direito brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 1, 1974, p. 149-164.
- HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Tradução de Vidal de Oliveira. 22. ed. São Paulo: Globo, 2014.
- IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). **Reincidência criminal no Brasil: Relatório de pesquisa**. Rio de Janeiro, 2015.
- JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **Ressocialização através da educação e do trabalho no Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2009. 449 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, 2009.
- LAZZARINI, Álvaro. **A segurança pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil**. Revista Direito Administrativo. Rio de Janeiro, p. 25-85, abr./jun. 1991.
- LE MOS, Gleice Amélia Gomes. **Os sentidos da paz: o mesmo e o diferente**. Monografia (Curso de Graduação em Letras) – Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2007.
- MAÍLLO, Affonso Serrano. **Introdução à Criminologia**. Luiz Régis Prado (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTINS, Herbert Toledo, OLIVEIRA, Victor Neiva. **Crime, criminosos e prisão: um estudo sobre a reincidência penitenciária em Montes Claros-MG**. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 7, n. 2, p. 32-48, Ago/Set, 2013.
- MINAS GERAIS. **Portaria Conjunta nº 1/PR/2016**. Regulamenta o Sistema Eletrônico de Execução Unificado - SEEU, criado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no âmbito da Justiça Comum de Primeiro Grau do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: PJMG, 2016.
- MINAS GERAIS. **Portaria Conjunta nº 25/PR-TJMG/2020**. Altera a Portaria Conjunta nº 1, de 2 de agosto de 2016. Belo Horizonte: PJMG, 2020b.
- MINAS GERAIS. Polícia Militar. Décima Segunda Região da Polícia Militar de Minas Gerais. **Instrução nº 2.03.01/21-12ª RPM: Projeto Panóptico, monitoramento e fiscalização de beneficiários da execução penal**. 2. ed. Ipatinga: 12ª Região da Polícia Militar, 2021.
- MINAS GERAIS. Polícia Militar. Décima Primeira Região da Polícia Militar de Minas Gerais. **Instrução nº 2.03.01/22-11ª RPM: Monitoramento e fiscalização de egressos do sistema prisional em situação de semiliberdade**. Montes Claros: 11ª Região da Polícia Militar, 2022.
- MINAS GERAIS. Polícia Militar. Décima Primeira Região da Polícia Militar de Minas Gerais. **Polícias Militar e Penal detalham resultados da Operação Panóptico durante coletiva à imprensa**. Montes Claros, 6 fev. 2023. Instagram: @11rpm.pmmg. Disponível em: <https://www.instagram.com/reel/CoUy_p2ADgx/?igshid=MTc4MmM1Yml2Ng==>. Acesso em 30 ago. 2023.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-07-1984**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 5. ed. - São Paulo: Editora Forense, 2021.
- PAIXÃO, Antônio Luiz. **Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso**. São Paulo: Cortez, 1987.
- RAMALHO, José Ricardo. **O mundo do crime: a ordem pelo avesso**. 3 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- REIS, Gilberto P. dos. **Gestão da segurança pública no Brasil: vetores de análise e dimensões de gestão de projetos interorganizacionais de longo prazo**. Revista Segurança, Justiça e Cidadania, Brasília: Sicurezza, 2011.
- ROLIM, Marcos Flávio. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. 2 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009.
- ROSÁRIO, André Pedrosa, GONÇALVES, Gildásio Rômulo. **Fiscalização de Egressos em Situação de Semiliberdade: um novo paradigma de prevenção criminal e reabilitação de recuperandos**. 2022. Artigo (Especialização em Gestão Estratégica de Segurança Pública) - Centro de Pesquisa e Pós-Graduação, Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022.
- SAPORI, Luís Flávio, SANTOS, Roberta Fernandes, MASS, Lucas Wan Der. **Fatores determinantes da reincidência criminal no Brasil: o caso de Minas Gerais**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 32, n. 94, p. 1-18, Jun. 2017.
- SARRE, R. **Beyond What Works? A 25-Year Jubilee Retrospective of Robert Martisson**. Disponível em: <http://www.aic.gov.au/conferences/hcpp/sarre.pdf>. Acesso em: 15 Ago. 2017.
- SILVA, Juarez Antônio. **Fiscalização de egressos do sistema prisional em situação de semiliberdade: um estudo comparativo entre o sistema Parole/Probation (EUA) e as iniciativas da Polícia Militar de Minas Gerais**. 2021. 87f. Monografia (Especialização em Segurança Pública) - Centro de Pesquisa e Pós-Graduação, Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.
- SOARES, Luiz Eduardo. **Segurança tem saída**. São Paulo: Sextante, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A FUNÇÃO CIDADÃ DA ADVOCACIA FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS

ARTIFICIAL INTELLIGENCE: THE CITIZEN FUNCTION OF ADVOCACY IN
THE FACE OF NEW TECHNOLOGIES

Francklin Cauê Borges Teixeira

francklincaue@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/0574605194487844>

José Adélcio da Silva Júnior

jose.adelcio@unimontes.br

<http://lattes.cnpq.br/0650138732317482>

Ruy Gabriel Silva Souza

Ruygabrieel@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/9831324412356537>

RESUMO: Com o advento da Inteligência Artificial, novas formas de execução do trabalho fizeram-se presentes no cotidiano da advocacia. Dessa forma, optou-se para esta pesquisa o método hipotético dedutivo, utilizando pesquisa bibliográfica, artigos e legislações. O presente trabalho tem como objetivo analisar a função cidadã da advocacia frente às novas tecnologias existentes na contemporaneidade. Para tanto, este artigo se constitui de três momentos. Inicialmente, explana-se a respeito da relevância da temática, definindo os seus conceitos-chave e as implicações da Inteligência Artificial no exercício da advocacia. Após, discutiu-se acerca do impacto das novas tecnologias na advocacia, bem como a responsabilidade e ética relacionadas ao tema. Além disso, será levantado um debate sobre o papel cidadão da advocacia no contexto da Inteligência Artificial, explorando questões como o acesso à justiça e a exploração de oportunidades. Logo, notar-se-á que a temática representa um grande avanço no caminho do desenvolvimento profissional e social, de modo que, assim como a tecnologia se aprimora e incorpora-se nas atividades cotidianas, a advocacia também deve se atualizar e atender as demandas sociais com mais eficiência.

Palavras-chave: Advocacia. Cidadão. Inteligência Artificial. Responsabilidade.

ABSTRACT: With the advent of Artificial Intelligence, new ways of performing work have become present in the daily life of advocacy. Thus, the hypothetical deductive method was chosen for this research, using bibliographic research, articles and legislation. This paper aims to analyze the citizen function of advocacy in the face of new technologies existing in contemporary times. To this end, this article consists of three moments. Initially, it explains the relevance of the theme, defining its key concepts and the implications of Artificial Intelligence in the practice of law. Afterwards, it was discussed about the impact of new technologies on advocacy, as well as the responsibility and ethics related to the subject. In addition, a debate will be raised on the citizen role of

advocacy in the context of Artificial Intelligence, exploring issues such as access to justice and the exploitation of opportunities. Therefore, it will be noted that the theme represents a great advance in the path of professional and social development, so that, just as technology is improved and incorporated into daily activities, advocacy must also be updated and meet social demands more efficiently.

Keywords: Advocacy. Citizen. Artificial intelligence. Responsibility.

INTRODUÇÃO

Novas ferramentas surgem em nosso mundo advindas, principalmente, da constante evolução científica. Dentre elas, está a Inteligência Artificial (IA), que inicialmente, podemos compreender, de acordo com RUSSEL (2021), como ferramentas facilitadoras para o processamento de informação sem que haja necessidade de programação para tanto, as IA's processam informações, aprendem com elas e melhoram o seu desempenho sem que haja uma ação direta do ser humano.

Neste contexto, é possível verificar no ramo jurídico e, principalmente, por advogados um maior interesse por essas novas tecnologias, o que torna pertinente a sua análise, tendo em vista que a utilização desses mecanismos tem impactado toda seara jurídica bem como a sociedade. Saber como o advogado deve utilizar essas tecnologias é pertinente com o seu papel ético e cidadão para consolidação de um Estado Democrático de Direito.

É notório a busca dos operadores do direito por maior desburocratização dos procedimentos jurídicos, maior celeridade e eficiência, sem que isso signifique enfraquecimento da análise jurídica. Nesse sentido, a abertura de horizontes proporcionadas pelas IAS tem mudado a compreensão e instigado a muitos que trabalham com o direito. Dessa forma, observa-se a extrema relevância dessa temática, principalmente, devido a novidade temática e a prematuridade de resultados obtidos até o presente momento a este respeito.

Neste sentido, o presente estudo teve como objetivo geral analisar os principais conceitos inerentes ao tema, verificar o papel cidadão da advocacia e contextualizar o encadeamento das novas tecnologias no exercício da advocacia. Posteriormente, procuramos analisar especificamente: a repercussão da inteligência artificial na advocacia; a questão de parâmetros da regulamentação e, por fim, a advocacia frente a

Inteligência Artificial. A metodologia utilizada no respectivo trabalho será o hipotético dedutivo com análise bibliográfica de livros, artigos e leis.

1 DEFINIÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DO PAPEL CIDADÃO DA ADVOCACIA

1.1 Da Inteligência Artificial

Para adentrarmos na temática proposta é de extrema importância analisar o que vem a ser Inteligência Artificial aqui tratada. É preciso ressaltar que o termo Inteligência Artificial é abrangente e pode ser compreendido sob vários pontos de vista e perspectivas distintas. De acordo com a definição utilizada por Stuart Russel e Peter Norvig, é possível aferir quatro estratégias para o estudo conceitual da IA utilizando em cada uma delas pessoas e métodos diferentes. Uma com viés humanista, centrada nos seres humanos e com hipóteses podendo ser comprovada experimentalmente. E outra com base racionalista e que envolve a matemática e a engenharia. Conforme quadro elaborado por Stuart Russel e Peter Norving (2021, p. 33):

Tabela 1 – Conceito de inteligência artificial

Pensando como um humano	Pensando racionalmente
<p>“O novo e interessante esforço para fazer os computadores pensarem (...) máquinas com mentes, no sentido total e literal.” (Haugeland, 1985)</p> <p>“Automatização de atividades que associamos ao pensamento humano, atividades como a tomada de decisões, a resolução de problemas, o aprendizado...” (Bellman, 1978)</p>	<p>“O estudo das faculdades mentais pelo uso de modelos computacionais.” (Charniak McDermott, 1985)</p> <p>“O estudo das computações que tornam possível perceber, raciocinar e agir.” (Winston, 1992)</p>
Agindo como seres humanos	Agindo racionalmente

<p>“A arte de criar máquinas que executam funções que exigem inteligência quando executadas por pessoas”</p> <p>(Kurzweil, 1990)</p> <p>“O estudo de como os computadores podem fazer tarefas que hoje são melhor desempenhadas pelas pessoas”</p> <p>(Rich and Knight, 1991)</p>	<p>“Inteligência Computacional é o estudo do projeto de agentes inteligentes.” (Poole et al., 1998)</p> <p>“AI... está relacionada a um desempenho inteligente de artefatos.” (nilsson, 1998)</p>
---	---

*Fonte: NORVING, Peter; RUSSEL, Stuart (2021).

A primeira abordagem conceitual e com fito humanista é o teste de Turing, proposto por Alan Turing (1950), que buscou avaliar a possibilidade de se produzir um computador pensante. Na hipótese de que um interrogador humano depois de elaborar alguns questionamentos, não conseguir verificar se as respostas advêm de um computador ou ser humano. Segundo Russel (2021), na visão de Alan Turing, o computador precisaria ter como capacidade: Processamento de linguagem natural; representação de conhecimento, raciocínio automatizado e aprendizado de máquina “para se adaptar a novas circunstâncias e para detectar e extrapolar padrões.”

Outra estratégia é a da modelagem cognitiva, em que, se há uma pretensão de que determinado programa computacional pense de forma humana é necessário que exista uma delimitação de como os seres humanos pensam. Nesta concepção, entende-se que existem três formas para compreender a mente humana: através da introspecção (captação dos pensamentos humanos); experimentos psicológicos; e através de imagens cerebrais (observando o cérebro em ação). Só, posteriormente, com uma teoria precisa da mente, seria possível externar a teoria em um programa de computador.

A terceira corrente chamada “leis do pensamento” é inspirada em Aristóteles e seus silogismos que fornecem padrões para estruturas argumentativas que sempre resultam em conclusões certas ao receberem premissas corretas. Por fim, a última conceituação proposta pelos autores supracitados, é a do agente racional, em que, embora

todos os programas de computador possam realizar alguma coisa, no que concerne a Inteligência Artificial, espera-se mais dela; que tenha autonomia, percebam onde se insere, adapte-se a possíveis mudanças e persiga metas. O agente racional, nesta abordagem, busca sempre alcançar o melhor resultado, ou quando há incerteza, o melhor esperado.

Dessa forma, é possível inferir que o conceito de inteligência artificial, poderá ser interpretado de diversas maneiras, desde uma base inteiramente humanista a outra de viés racionalista, mas que estará sempre relacionado ao ser humano e as suas implicações sociais.

1.2 Papel cidadão da advocacia

De acordo com o Dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, “Cidadania é a qualidade ou estado de cidadão” cidadão é “o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um estado, ou no desempenho de seus deveres para com este”. Compreende-se, portanto, que ser cidadão é determinado pelo exercício de direitos civis e políticos, e que para além do direito ao voto, o indivíduo precisa se relacionar nas decisões que irão influir em sua vida, como possíveis implicações de novas ferramentas tecnológicas. Para tanto, o sistema jurídico brasileiro proporcionou diversas maneiras de facilitar a inclusão social, seja por meio de iniciativas públicas ou privadas, ou organizações, a exemplo da Ordem dos Advogados Brasileiros (OAB).

Nesse sentido, a advocacia e seu exercício simboliza a plena manifestação de cidadania, reflexo da Constituição Federal Brasileira de 1988, que em seu artigo 133, aduz: “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão.”, Em consonância com o texto Constitucional, é estabelecido uma base sólida para atuação do advogado(a) e juntamente com advento da promulgação da lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) possibilitou a existência de manifestação, pelo exercício da advocacia, que influencie assuntos não somente a sua área de atuação, mas que de certo modo impactam a sociedade onde ele está inserido.

Deste modo, com o surgimento das IA's, a responsabilidade da advocacia aumentou, tendo em vista a inexistência de regulamentação pelo Estado Brasileiro no que tange a este tema e as implicações que podem ocasionar. Sabe-se, por exemplo, que cada

vez mais decisões importantes para vida humana são tomadas a partir do uso de inteligência artificial, processos seletivos de empresas, verificação feita pelos bancos para que o indivíduo possa auferir empréstimo, entre outras situações. Assim, questiona-se até que ponto poderia a utilização da inteligência artificial resultar em perigo a direitos Constitucionais do cidadão. Sendo assim, urge a advocacia estar atenta às modificações tecnológicas, pois é inerente ao exercício de sua profissão, seja para defesa de um cliente, ou mesmo, para utilização dessas ferramentas no seu trabalho para se aperfeiçoar e simplificar, sem que isso resulte em um certo enfraquecimento jurídico, mas que possibilite a sua maior capacidade resolutiva o que obviamente contribuirá para diminuição das mazelas sociais e que conseqüentemente contribuiria ao bem estar social e de modo análogo para consolidação do estado Democrático de Direito.

2 IMPACTO DA IA NA ADVOCACIA: BENEFÍCIOS, DESAFIOS E FERRAMENTAS UTILIZADAS NO ÂMBITO JURÍDICO

Durante o transcurso da história, sob impacto das vicissitudes tecnológicas, novas ferramentas e práticas ganharam espaço em diversos âmbitos dentro da sociedade. Nesta óptica, tem-se a inteligência artificial incorporada ao Direito, o que gera uma modernização do mesmo frente ao avanço social, de modo que seja capaz de proferir uma efetiva tutela de direitos em consonância com a realidade em que se encontra. Fato é que a Inteligência Artificial reduz erros e pode auxiliar em tarefas diversas como indicação de incongruências ou sugestão de posicionamentos/decisões, por exemplo.

Devido a pandemia ocasionada pela Covid-19, profissionais do direito precisaram se adaptar de forma rápida a algo que já era a tendência da justiça, a utilização de meios e sistemas eletrônicos para a realização de atos da profissão. Assim como o corpo social avança, o profissional do direito deve prosseguir no sentido de se familiarizar com as ferramentas disponíveis. O aprendizado interdisciplinar pode proporcionar melhor adaptação aos cenários atuais, para que ao contrário do que ocorreu na pandemia, o número de profissionais com dificuldades para se adaptar seja ínfimo e, posteriormente, que seja parte do cotidiano do advogado. Consoante a isso:

Neste sentido, não mais o “operador”, pois quem “opera” agora é a máquina, mas, sim aquele profissional que pensa e cria soluções para o Direito e a sociedade na qual está inserido. Isso é possível a partir do momento em que a automatização de tarefas jurídicas burocráticas, repetitivas e técnicas propicia o tempo necessário para que o profissional do Direito possa refletir sobre a sua própria práxis (Alencar, 2020, p.22).

A inovação e o empreendedorismo fazem parte do rol de oportunidades possíveis, tendo em vista o surgimento de novas ideias e abordagens. Conforme Oliveira (2023, s.p):

Embora a era da IA apresenta desafios significativos para os profissionais do direito, também há motivos para otimismo. A IA tem o potencial de aumentar a eficiência, a qualidade e a acessibilidade dos serviços jurídicos, tornando o direito mais democrático e justo. Além disso, a tecnologia pode liberar os profissionais do direito de tarefas rotineiras e mecânicas, permitindo que se concentrem em aspectos mais criativos, estratégicos e "humanos" da prática jurídica. Em última análise, o sucesso dos profissionais do direito na era da IA dependerá de sua capacidade de se adaptar, evoluir e abraçar a mudança. Aqueles que reconhecem as oportunidades apresentadas pela IA e se posicionam para tirar proveito delas estarão em uma posição mais forte para moldar o futuro do setor jurídico e garantir que o direito continue a servir aos interesses de todos os envolvidos.

É perceptível a mudança na prática forense do advogado, de modo que não há de se falar em mudança substancial no papel desse profissional. A utilização dessa tecnologia no dia a dia se dá por meio de suporte para a prática de atos jurídicos ou para otimização do tempo. O profissional do direito, quando do uso dessa tecnologia, possibilita uma melhor experiência ao cliente, de forma que a prestação de serviço se torna mais eficiente e personalizada. Nesse sentido:

O Watson, por exemplo, foi implantado em um escritório de Recife para a automatização de serviços repetitivos, aumentando a média de acertos, em relação ao preenchimento de dados, de 75% para 95%. Sistemas de IA também são utilizados por escritórios para a análise de tendência de juízes ao julgar determinados temas, possibilitando uma maior especificidade à defesa. A AGU iniciou a implantação de seu Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens) em 2014, o qual tem por objetivo “facilitar o trabalho do procurador, tornando mais rápida e simplificada a produção de peças, automatizando e eliminando a necessidade de registro manual da produção jurídica”. Trata-se de ferramenta que auxilia, inclusive, na tomada de decisão, sugerindo teses jurídicas cabíveis em cada caso concreto (RUBINGER *et al*, 2018, s.p).

As IA 's, como já exemplificado, conseguem aumentar a eficiência e produtividade. Algumas atividades rotineiras onde não se exige um raciocínio humano como a pesquisa jurídica, por exemplo, geram economia de tempo e energia para o advogado, que pode dar preferência às demais atividades. Outro ponto é a redução de erros, tendo em vista que o profissional ao analisar grandes volumes de documentos tende a não ter a mesma atenção do início desse processo, ação que pode se tornar mais precisa com a utilização da tecnologia que tem a capacidade de gerar informações melhores informadas (Oliveira, 2023).

As chamadas Lawtechs, startups que desenvolvem soluções tecnológicas ou prestam serviços na área jurídica, são quem, em sua maioria, comercializam os sistemas e programas de Inteligência Artificial. De acordo texto publicado pela Universidade Federal Fluminense (2020, s. p), são exemplos nacionais:

BipBop: trabalha com o chamado *webcrawling* que captura informações, de maneira rápida e eficiente, sobre processos nos sites dos Tribunais; Enlighten: desenvolveu um software que sugere a chance de sucesso de uma ação em uma determinada corte; Digesto: desenvolveu uma plataforma de consulta de dados jurídicos de todo o país, criando uma base de dados centralizada. A Inteligência Artificial não é uma grande novidade no setor público, em especial nos Tribunais de Justiça. Os Tribunais de Minas Gerais e Rio Grande do Norte, são dois casos de sucesso da implantação de IA no país, com o “Radar” (MG) e o “Poti, Clara e Jerimum” (RN). O “Poti”, robô do TJRN, trabalha diretamente com execuções fiscais, realizando bloqueio e desbloqueio de valores em contas, emite certidões ao Bacenjud, atualiza o valor da execução fiscal, além de transferir o montante bloqueado para as contas indicadas no processo. Já a “Clara”, pode ler documentos, recomendar tarefas, sugerir decisões aos magistrados. O “Radar”, do Tribunal Mineiro, por outro lado, pode julgar processos idênticos, separar recursos com pedidos repetitivos.

O grau de precisão dessas ferramentas, não raramente, é considerado superior a humana quanto ao desempenho de mesma atividade. Exemplos disso são o sistema “Victor” do STF que apresenta índice de precisão de 91% de acurácia, além da aplicação “Sócrates” do STJ que identifica paradigmas mais relevantes e dispositivos de lei violados. Logo, observa-se um impacto direto na segurança jurídica e no acesso à justiça (ALENCAR, 2020).

3 PARÂMETROS PARA O USO DA IAS

Há várias questões éticas que podem ser relacionadas ao avanço da Inteligência artificial no âmbito jurídico. Questionamentos para saber como os profissionais de direito poderão lidar com o advento da influência participativa das Inteligências Artificiais no meio jurídico. Ou, se haverá benefícios, com maior eficácia para solucionar as lides existentes e se o uso de inteligência artificial poderia ser qualificado como uma forma de "desumanização", haja vista, uma possível substituição de trabalhos humanos pelo uso de "Robôs".

Neste contexto, em busca de estabelecer parâmetros éticos quanto a utilização dessa tecnologia, surgem projetos de lei que visam regulamentar as IAS. Segundo Tamires Ferreira (2023) no portal Olhar Digital, a Europa aprovou um projeto de regulamentação rígida para a utilização da IA. “De acordo com a proposta, as ferramentas

de IA serão classificadas de acordo com seu nível de risco, de baixo a inaceitável. Governos e empresas que usam essas ferramentas terão obrigações diferentes, dependendo do nível de risco” (FERREIRA, 2023, s. p). No Brasil, o presidente do Senado Rodrigo Pacheco, de acordo com Iara Farias Borges (2023) do portal Senado, apresentou um projeto de regulamentação da IA recomendado por uma comissão de especialistas.

Ademais, existe no âmbito do judiciário portaria (271/2020) com o fito de proporcionar automação para solução dos processos e definição de parâmetros para sua utilização pelos membros do Poder Judiciário. E mesmo com a inexistência de norma legislativa regulamentadora, existe no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados. A LGPD em vigor, conforme ALENCAR (2020), sendo um conjunto de normas com fito de atribuir parâmetros de compliance digital, “(...) visando prevenir o vazamento de informações relativas a consumidores, bem como quaisquer potenciais violações do direito à privacidade ou à intimidade” (ALENCAR, Ana Catarina; LIMOEIRO, Danilo R. 2020, p.31).

Neste sentido, torna-se proeminente destacar que as ferramentas citadas no capítulo anterior demonstram que a inteligência artificial tem um importante papel contributivo para a advocacia, por isso a necessidade de regulamentação. Os sistemas que existem até o presente momento evidenciam que poderá existir um certo grau de confiança em relação a elas mesmo sem a anuência de diretrizes. Por exemplo, as peças processuais terão maior efetividade com um menor dispêndio de tempo para sua consecução. Segundo ALENCAR (2020, P.31):

Indo além das normas de responsabilização geral e da LGPD, é possível abarcar o próprio Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) dentro do arcabouço jurídico já existente no Brasil. Em todas essas normas jurídicas ficam destacada a importância do dever de informação que o desenvolvedor possui perante a sociedade, devendo explicar de forma clara e concisa a operação de seus algoritmos, conhecida como “direito a explicação”. Tal direito é um elemento importantíssimo dentro do quadro geral de governança de IA e do compliance digital, assim como a observância das normas de responsabilização geral.

Contudo, é pela consolidação legal, segundo ALENCAR (2020), que todos os profissionais ligados ao direito deveriam reivindicar. Tendo em vista que, embora haja uma grande contribuição dessas ferramentas, principalmente, no que se refere ao ganho de produtividade, esses benefícios correm risco, caso haja um desvio de finalidade da IA.

Podendo ser utilizada, segundo a autora, para “(...) estigmatizar grupos sociais, monitorar a atividade dos indivíduos e violar sua privacidade.” (ALENCAR, Ana Catarina; LIMOEIRO, Danilo R., 2020, p.28). Sem regulamentação, ainda de acordo com a autora, resulta em um grande poder dado à iniciativa privada, o que constitucionalmente não é conferido.

Conforme VILLANI (*apud* NUNES *et al*, 2018, s.p):

É necessário aumentar a transparência e a auditabilidade dos sistemas por um lado, desenvolvendo as capacidades necessárias para observar, compreender e auditar o seu funcionamento e, por outro lado, investindo massivamente na pesquisa sobre ‘explicabilidade’. Em segundo lugar, a proteção dos direitos e liberdades deve ser adaptada ao abuso potencial relacionado ao uso de sistemas de aprendizado de máquina. Acontece que a legislação atual, focada na proteção do indivíduo, não está em sincronia com a lógica introduzida por esses sistemas — isto é, a análise de uma massa de informações consideráveis, a fim de identificar tendências e comportamentos mascarados — e seus efeitos em grupos de indivíduos. Para preencher esta lacuna, é necessário agir com a criação de direitos coletivos sobre os dados. Ao mesmo tempo, deve-se assegurar que as organizações que implantam e usam estes sistemas permanecem sujeitos à lei por qualquer dano causada por eles.

Nesta óptica, nota-se que a regulamentação legal dos meios de uso das IA ‘s se fazem necessárias para que se tenha parâmetros a serem seguidos. A definição procedimental de como utilizar essas tecnologias propicia a contenção do uso indiscriminado da mesma. Assim, convém a elaboração de sanções que resguardem o cidadão e determinem o uso benéfico dos meios tecnológicos em questão.

4 ADVOCACIA E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A função essencial do advogado, garantia Constitucional, é auxiliar a administração da Justiça. O que poderá incluir a defesa dos cidadãos e a promoção da igualdade do acesso ao Poder Judiciário. No âmbito atual de Inteligência artificial, sabe-se que a sua utilização proporcionou maior eficiência na resolução de conflitos. Segundo apontamentos levantados por Jeferson Melo (2019), no portal de notícias do CNJ, é elucidado que com a implementação da Inteligência Artificial existe uma diminuição do tempo em que os processos tramitam na justiça. Contudo, essa celeridade, pela ausência de legislação específica, poderia significar em certos casos prejuízos para as partes, com uma análise superficial dos fatos ora alegados. Assim cabe aos advogados colaborar na fiscalização dos atos processuais e além disso, promover através dos seus órgãos colegiados manifestações acerca do uso dessas ferramentas e de como o Poder Judiciário tem contribuído para maior transparência das decisões proferidas.

Por diante, conforme disposto em seção inicial, ser cidadão é ter a capacidade para obtenção de direitos civis e políticos. Assim, é necessário ter cautela sobre tecnologias que possam influenciar a vida do cidadão comum. Principalmente, para que não seja prejudicial à população. Mas também é preciso esclarecer os efeitos dessas ferramentas e a extrema importância da atuação dos advogados sob estes instrumentos tecnológicos como forma de garantir os direitos dos cidadãos e a promoção do acesso à igualdade e à justiça.

Além disso, com o advento de novas tecnologias e o surgimento do computador, por exemplo, houve sérias modificações no trato jurídico, especialmente, no âmbito processual. Por exemplo, com o advento do PJE (Processo Judicial Eletrônico), houve a digitalização dos processos, o que acarretou em sérios avanços, principalmente, por permitir ao advogado um acesso mais tranquilo e fácil à movimentação processual da qual está inserido. Iniciativas como essas estão inseridas em todo judiciário. Por exemplo, a filiação do STF ao sistema RAFA (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030) como forma de maior eficiência para adesão à agenda 2030 promovida pela ONU. Neste sentido, a especialista em Direito Digital, Ana Catarina de Alencar, aduz:

(...), a automatização pela Inteligência Artificial favorece um melhor aproveitamento de tempo. Ao invés de ficar horas em frente ao computador escrevendo uma minuta de contrato, um advogado, que possua um sistema programado para este fim, poderá investir mais tempo analisando questões estratégicas de um eventual caso concreto (ALENCAR, Ana Catarina; LIMOEIRO, Danilo R., 2020, p.9).

Ademais, com a possibilidade de regulação para IA, não apenas através de uma Portaria do CNJ, ficaria mais claro os limites éticos para que essas plataformas artificiais possam existir. E assim, facilitaria a atuação não só do Poder Judiciário, mas de todos os profissionais que lidam com a matéria jurídica, especialmente, o advogado. O exercício da advocacia segundo parâmetro Constitucional e Estatutário é de contribuir da melhor forma possível para o desenvolvimento ético e responsável, o que pode ser atribuído ao uso da inteligência artificial, visando o bem comum.

Para ALENCAR (2020) a grande importância resultante do uso de IA, é a ampliação de possibilidades para a forma como quem lida com o Direito poderá agir. Não seria uma substituição, mas um panorama que serviria para o aperfeiçoamento das práticas existentes, e que auxiliaria o advogado em suas tomadas de decisões. Contudo, de acordo com Bernardo de Azevedo e Souza:

O desconhecimento e receio dos advogados em relação ao IA fica evidenciado em pesquisas recentes(...) O primeiro levantamento, que contou com a participação de 331 profissionais, revela que a maioria dos advogados não tem certeza se seus escritórios usam ferramentas de IA ou machine learning. (...), a incompreensão sobre a IA é, ainda, bastante significativa (SOUZA, Bernardo de Azevedo e; LIMOEIRO, Danilo R. 2020, p.16).

Situação essa que demonstra a falta de esclarecimento sobre a utilização de IA. SOUZA (2020) ainda aduz sobre a falsa percepção dos advogados sobre essa tecnologia, no sentido de que para muitos elas seriam utilizadas para substituição do trabalho do advogado, quando na verdade, segundo ele, a implementação desses novos meios seria para automatizar as tarefas que poderiam ser desempenhadas com grande custo de tempo.

Por fim, ainda devido ao ensino tradicional do Direito segundo ALENCAR (2020), acaba ocasionando ao advogado uma forma bidimensional de compreensão jurídica, de ser ou não algo permitido, enquanto as demandas judiciais requerem uma visão ampliada dos parâmetros para compreensão do que é a sociedade dada a complexidade do mundo atual. No dizer de ALENCAR (2020) não significa que a formação tradicional, humanística e com fundamentos no Direito deverá ser abandonada, mas poderá ser aperfeiçoada com a integração ao cenário tecnológico que a cada dia ganha maior notoriedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente produção científica, a partir de um prévio entendimento acerca dos conceitos de Inteligência Artificial e do papel cidadão da advocacia, tem-se que a abordagem dos mesmos se dá mediante a ideia de uma definição relacionada ao ser humano e a defesa dos direitos constitucionais por parte do advogado, respectivamente.

Posto isto, viu-se que o avanço tecnológico possibilita mudanças substanciais no cotidiano da sociedade, sendo que o âmbito relacionado a advocacia também é atingida, o que faz surgir a necessidade de adaptação e qualificação profissional. Nessa perspectiva, tem-se o profissional do direito como solucionador de problemas relacionados a sua profissão, mas que, nesse contexto, possui ferramentas capazes de auxiliar o exercício da mesma.

Outrossim, fez-se relevante abordar acerca da possível substituição de humanos por máquinas quando da análise dos parâmetros para o uso das IA 's. Nesse enfoque, é

preciso uma certa regulamentação devido a contribuição significativa destas tecnologias, afinal, as orientações de uso servem de referências para os profissionais.

Além disso, viu-se que a eficiência das IA's quanto a resolução de conflitos fortalece o papel constitucional da advocacia quando se fala no auxílio a administração da justiça. A defesa do cidadão comum, exercida por estes profissionais, é rodeada de fatores benéficos e prejudiciais, cabendo a advocacia zelar pelo melhor interesse do seu cliente. Nesta óptica, pode-se afirmar que as IA's representam um grande avanço para a obtenção de uma visão ampliada do direito, o que acarreta resultados cada vez mais satisfatórios ao cidadão comum, observados, é claro, o devido trato procedimental do uso da tecnologia.

Infere-se, portanto, que novos meios de se proceder incorporam-se ao meio social à medida que a ciência tecnológica progride, cabendo à advocacia aprimorar-se para, além de propiciar maior eficiência profissional, acompanhar os anseios dos cidadãos comuns. Cabe aos legisladores a elucidação dos parâmetros a serem seguidos, tendo em vista que a devida regulamentação traz segurança jurídica para o uso benéfico das IA's. O uso desta tecnologia é uma realidade no mundo jurídico nacional e internacional, logo, tem-se que existe inúmeros aspectos a serem validados, o que ocorrerá com o aprimoramento das IA's e como a advocacia se comporta em meio a inovação. Fato é que a tecnologia representa uma melhor eficiência na prestação de serviços, proporcionando uma melhor experiência ao cidadão, sendo válido afirmar que a evolução acarreta a revolução no sentido de mudança do modus operandi profissional.

REFERÊNCIAS

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

BORGES, Iara Farias. Pacheco apresenta projeto de regulação da Inteligência Artificial por comissão de especialistas. **Site do Senado Federal**, 2023. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2023/05/08/pacheco-apresenta-projeto-de-regulacao-da-inteligencia-artificial-sugerido-por-comissao-deespecialistas#:~:text=Projeto,Pacheco%20apresenta%20projeto%20de%20regula%C3%A7%C3%A3o%20da%20Intelig%C3%Aancia%20Artificial%20sugerido%20por,\(PL%202338%2F2023\)](https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2023/05/08/pacheco-apresenta-projeto-de-regulacao-da-inteligencia-artificial-sugerido-por-comissao-deespecialistas#:~:text=Projeto,Pacheco%20apresenta%20projeto%20de%20regula%C3%A7%C3%A3o%20da%20Intelig%C3%Aancia%20Artificial%20sugerido%20por,(PL%202338%2F2023)). Acessado em: 27/05/2023.

BRASIL. **Lei** n° **8.906/1994**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acessado em: 27/05/2023

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Positivo, 2014.

FERREIRA, Tamires. Europa aprova regras mais rígidas para IA. **Olhar Digital**, 2023. Disponível em <https://olhardigital.com.br/2023/05/11/internet-e-redes-sociais/europa-aprova-regras-mais-rigidadas-para-ia/>. Acessado em: 27/05/2023

LIMOEIRO, Danilo Rocha; ALENCAR, Ana Catarina; SOUZA, Bernardo de Azevedo. **Inteligência artificial e Direito**. São Paulo: Turivius, 2020.

MELO, Jeferson. Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial. **Agência CNJ de Notícias**, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-ganha-agilidade-com-uso-de-inteligencia-artificial/>. Acessado em: 20/05/2023.

NORVIG, Peter; RUSSEL, Stuart. **Inteligência artificial**. 3.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUNES, Dierle; RUBINGER, Paula Caetano; MARQUES, Ana Luiza. Os perigos do uso da inteligência artificial na advocacia. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: ConJur_-_Opinio__Os_perigos_do_uso_da_inteligencia_artificial_na_advocacia20190830-85889-5r1mpw-libre.pdf (d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net). Acesso em: 26 mai. 2023.

OLIVEIRA, Antonildo. Impacto da inteligência Artificial no Direito: Desafios e Possibilidades. **Jusbrasil**, 2023. Disponível em: [Impacto da Inteligência Artificial no Direito: Desafios e Possibilidades | Jusbrasil](#). Acesso em: 24 mai. 2023.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

[S.n]. Inteligência Artificial no Mundo Jurídico. **UFF**, 2020. Disponível em: [INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO MUNDO JURÍDICO | Direito do Futuro \(uff.br\)](#). Acesso em: 27 mai. 2023.

GIRL UP BRASIL: PODEROSAS E DESTEMIDAS EM BUSCA DA DIGNIDADE MENSTRUAL

GIRL UP BRAZIL: POWERFUL AND FEARLESS SEARCHING FOR MENSTRUAL DIGNITY

Adriane Stefany Oliveira Souza

adrianestefany.dcm@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/2267012449101153>

Jéssica Albuquerque Vieira Oliveira

profjessicalbuquerque@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9728298998748055>

“Eu sou aquela mulher a quem o tempo muito ensinou. Ensinou a amar a vida. Não desistir da luta. Recomeçar na derrota. Renunciar a palavras e pensamentos negativos. Acreditar nos valores humanos. Ser otimista” (Cora Coralina, 2001, p. 92).

RESUMO: O estudo da evolução do direito à saúde dentro do ordenamento jurídico brasileiro perpassa, impreterivelmente, pela inserção do tema no mais importante diploma jurídico do país, a Constituição. Nesse sentido, o objeto do presente estudo está diretamente relacionado ao histórico do direito à saúde no Brasil e o alcance da dignidade menstrual buscado pelo movimento *Girl Up Brasil*. Para cumprir a finalidade de estudo, escolheu-se uma abordagem bibliográfica documental. Ao findar da pesquisa infere-se que o direito constitucional à saúde é uma garantia construída ao longo do percurso das constituições brasileiras. No entanto, apesar desse direito abranger também a saúde menstrual, as pessoas que menstruam são constantemente negligenciadas e, em razão disso, o movimento *Girl Up Brasil* atua ativamente a fim de alcançar a saúde menstrual dessas pessoas.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Dignidade Menstrual. Pobreza Menstrual. *Girl Up Brasil*.

ABSTRACT: The study of the evolution of the right to health within Brazilian legal system inevitably involves the introduction of the matter in the most important legal act of the country, which is, the Constitution. In this sense, the object of the present study is directly related to the history of the right to health in Brazil and the achievement of menstrual dignity sought by The Girl Up Brazil movement. To fulfill the purpose of the study, a documentary bibliographic approach was chosen. At the end of the research it is inferred that the constitutional right to health is a guarantee built throughout the Brazilian constitutions. However, although this right also covers menstrual health, people who menstruate are constantly neglected and, because of this, The Girl Up Brazil movement actively acts in order to achieve the menstrual health of these people.

Keywords: The Right To Health. Menstrual Dignity. Menstrual Poverty. *Girl Up Brazil*.

INTRODUÇÃO

Para o desenvolvimento do nicho da pesquisa optou-se pela busca de documentos que dão substrato teórico para a mesma, uma vez que esta só existe com o apoio de procedimentos metodológicos adequados, que permitam estudo exploratório do objeto em questão (MARCONI; LAKATOS, 2003).

A importância do presente artigo, baseia-se na sua atualidade e complexidade no que diz respeito ao movimento *Girl Up Brasil* e o seu alcance no cenário brasileiro, a fim de alcançar a dignidade menstrual.

Visando a elaboração do referencial teórico, o método de procedimento adotado foi a pesquisa bibliográfica e documental. Ela consiste em realizar por meio de documentação, contemporânea ou retrospectiva, considerada cientificamente autênticos (não fraudados); e que tenha sido largamente utilizada no ramo das ciências sociais, assim como, na investigação histórica, a fim de descrever/comparar fatos sociais, estabelecendo suas características ou tendências (PÁDUA, 2012).

De acordo com Gil (2018), a pesquisa documental apresenta algumas vantagens, dentre elas, proceder às riquezas e estabilidade de informações, ademais não implica altos custos, não exige contato com os sujeitos da pesquisa e possibilita uma leitura aprofundada das fontes. Ela é semelhante à pesquisa bibliográfica, segundo o autor, e o que a diferencia é a natureza das fontes, sendo material que ainda não recebeu tratamento analítico, ou que ainda pode ser reelaborado de acordo com os objetivos da pesquisa.

Assim, o estudo pretende discorrer sobre as peculiaridades que cercam a temática, visto que a dignidade da pessoa humana, especificamente o direito à saúde, princípio constitucional fundamental, é colocada em cheque quando as pessoas que menstruam¹ não tem garantido o saneamento básico e condições que proporcionem o devido manejo da higiene pessoal. O objeto de pesquisa ora analisado, tem como escopo precípua estudar o movimento *Girl Up Brasil*, no que tange a dignidade menstrual.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SÍNTESE HISTÓRICA

O estudo do objeto proposto, parte do pressuposto um breve levantamento histórico dos direitos fundamentais. A fim de demonstrar aos leitores a importância do desenvolvimento coeso de uma pesquisa de caráter histórico e referencial.

¹ Emprega-se a expressão “pessoas que menstruam”, em razão de que não apenas mulheres e meninas, como também homens transexuais e pessoas não binárias podem menstruar.

A partir da análise documental realizada, verifica-se que o alcance da Dignidade da Pessoa Humana é um ponto que deve ser trabalhado, ainda que de modo breve sob viés da Grécia antiga, visto que ali começavam os ensaios para o que viria a ser a Dignidade da Pessoa Humana:

No pensamento filosófico e político da Antiguidade Clássica, reconheciam-se a noção de dignidade, mas, sobretudo, associada à posição ou ao conceito protagonizado na esfera da vida pública, evidenciando-se, assim, pelo título eminente que se ostentasse; pelo cargo ou alta função na qual se estivesse investido; pela honra e pelo grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. O cerne da noção clássica de dignidade não residia, dessarte, no valor individual do homem, em sua autonomia subjetiva; tratava-se de uma espécie de dignidade publicizada ou socializada, cotada, sobretudo, em referência ao papel social na consecução do bem comum e do progresso comunitário e à participação política do cidadão na vivência e nos destinos coletivos da pátria (PARENTE; REBOUÇAS, 2013, s/p).

Fato é que o olhar para a dignidade no aspecto grego era “dignidade” no sentido simples da palavra, ou seja, aquém da visão de dignidade humana. Naquela época era algo distante de uma valorização própria a cada indivíduo, a sociedade grega, que sempre será lembrada por ser o berço da Filosofia, via a dignidade como algo que poderia vir a ser objeto de conquista ao longo da existência do indivíduo por meio de seus feitos, por exemplo, através de cargos ocupados, ou mesmo quando houvesse uma participação na vida política, porém essa não era fixa, já que era possível ser perdida ou até mesmo retirada, havendo a perda do status social ou da notoriedade pública (DIAS; KRACIESKI, 2021).

Com o estudo apresentado, é importante mais uma vez dispor que o momento histórico mencionado tem o viés de deixar claro a evolução histórica da dignidade, em tempo reafirmamos que o conceito utilizado hoje é muito mais denso e consegue alcançar paradigmas que outrora não eram vislumbrados na Grécia Antiga.

Durante a construção do que viria a ser os direitos fundamentais modernos, temos os direitos naturais, que vão progressivamente mudando o olhar do indivíduo que outrora, era sujeito a ordem divina objetiva, assim como, a ordem natural ao passo que confere uma dignidade e um poder próprio, que era limitado somente pelo poder igualmente próprio e original de outro ser humano, ambos estavam sobre a tutela da lei e do contrato social. Estava inaugurada a transição do direito, para direitos (VILLEY, 1983).

Assim, a própria denominação “direitos naturais” seria, segundo essa doutrina, uma noção sem sentido, porque a ideia de direito pressupõe sua positivação, ao passo que a designação “naturais” implica a aceitação de algo que se sustenta por si só, independentemente de qualquer fórmula positivada, vale dizer, de algo que surge espontaneamente, da natureza. Além disso, a menção ao “direito natural” consagra um espírito de resistência às leis, incute na mente do indivíduo a discórdia quanto à validade do sistema criado para regular as

relações humanas (TAVARES, 2012, p. 490).

Nesse contexto de nomeação ao “direito natural”, fica em evidência o formato de resiliência às leis, que é afluído no indivíduo dentro do sistema único que envolve as relações humanas.

Durante a construção do sistema internacional que tutela os direitos, existem marcos jurídicos que são basilares nessa seara.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos tem por pilares de sustentação três instrumentos jurídicos básicos: a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de Nova York de 1966. Desses três instrumentos a Declaração Universal é a pedra fundamental, uma vez que foi o primeiro instrumento internacional a estabelecer os direitos inerentes a todos os homens e mulheres, independentemente de quaisquer condições, como raça, sexo, língua, religião etc. Os dois Pactos de Nova York, por seu turno, complementam a Declaração conferindo-lhe obrigatoriedade jurídica. Esses três instrumentos, em conjunto, constituem o que se convencionou chamar de “Carta Internacional dos Direitos Humanos” (International Bill of Human Rights); compõem o mosaico protetivo mínimo dos direitos humanos contemporâneos, representando a plataforma emancipatória da proteção desses direitos em nível global (MAZZUOLI, 2019, p. 76).

A Declaração Universal 1948 estabelece de modo inovador o rol de direitos dos indivíduos independente de qualquer condição, que outrora era limitante, como por exemplo religião, língua, sexo, raça, dentre outros.

O princípio jurídico visto hoje como supremo, qual seja: a dignidade da pessoa humana é assim consagrado no âmbito do Direito Internacional, tal como, na esfera do Direito Constitucional na segunda metade do século XX, logo esse conceito é recente, e sofre interferências por vários nichos, seja das múltiplas origens no domínio da religião, da filosofia e dos ideais políticos (NUNES, 2019).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, passa a ser considerada um código de ética universal de direitos humanos, que fomenta a criação de grandes pactos e convenções internacionais, de documentos e de textos especializados das Nações Unidas e de suas agências especializadas (MAZZUOLI, 2020, p. 72).

Seja no cenário nacional ou internacional, a leitura doutrinária é homogênea, quanto a percepção oriunda da dignidade da pessoa humana, em que ver o dever estatal com o papel garantidor a todos os indivíduos de um mínimo existencial dos direitos classificados como sociais, a falta de tal ação trespassa a inteireza da natureza humana (NOVAIS, 2016).

O direito à saúde está assegurado na Constituição Federal de 1998 como um direito de todos. O artigo 196 dispõe que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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, 1998).

Nessa vertente, ressalta-se que o direito à saúde é um fruto de grandes evoluções dos direitos fundamentais, em análise, sendo classificado como direito social e humano mais precioso na visão de parte dos juristas, a total atenção a saúde é um dever do Estado, para compreender sua relevância melhor, o direito à saúde como sendo um direito essencial humano, se faz necessária a citação de um trecho:

[...] a preocupação com a saúde remonta aos idos bíblicos, constando registrados nas Sagradas Escrituras os diversos milagres realizados por homens de Deus, profetas, apóstolos e, notadamente, pelo Filho de Deus, Jesus Cristo, visto que a cura foi uma das características marcantes do seu santo ministério aqui na Terra (ORDACGY, 2009, p. 02).

Ainda dentro da análise doutrinária pátria, o direito fundamental classificado como sendo de segunda geração é alvo de atuação estatal.

A saúde é um direito fundamental de segunda geração de suma importância, pois indispensável à fruição plena dos demais. Listado como direito social, apresenta-se como **um dos mais relevantes deveres do Estado**, que deverá garanti-la (mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos) e torná-la acessível de forma universal e igualitária. Nada obstante a obrigação estatal, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada o que significa que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, mas respeitando as diretrizes deste (MASSON, 2016, p. 1282, *grifo nosso*).

Nesse contexto de consolidação da ação estatal na busca pela garantia dos direitos sociais fica evidente a real necessidade do alcance de diplomas jurídicos que assegurem a efetividade prática dos direitos fundamentais na contemporaneidade.

Nos séculos XVIII e XIX, os diplomas jurídicos, sejam as declarações de direitos, ou as Constituições não faziam menção à dignidade humana. Por isso, há quem afirme que ao olhar para a garantia dos direitos humanos até a 2ª Guerra Mundial era inexistente (MOYN, 2014).

Pelo que consta, a primeira invocação explícita da dignidade da pessoa humana em texto jurídico deu-se no preâmbulo do decreto que aboliu a escravidão na França, editado em 1848, em que se afirmava que 'a escravidão é um atentado contra a dignidade humana'. Algumas constituições anteriores à 2ª Guerra Mundial fizeram referência à dignidade humana. Foi o caso das constituições do México de 1917, da Alemanha e da Finlândia, ambas de 1919. Outro texto constitucional precursor na matéria foi a Constituição brasileira de 1934, cujo artigo 115 ditava que 'a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna'. Vale destacar, ainda, o preâmbulo da Constituição da Irlanda, de 1937 – até hoje em vigor –, que também aludiu à dignidade humana, com entonação claramente religiosa (SARMENTO, 2016, p. 53).

Saindo da esfera global e passando a análise para o ordenamento jurídico pátrio, temos que um dos fundamentos do Brasil está alicerçado na dignidade da pessoa humana:

“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).

A atual Constituição brasileira, no que segue as anteriores, não pretende ser exaustiva na enumeração dos direitos fundamentais. Admite haver outros direitos fundamentais além dos enumerados, direitos estes implícitos. Tais direitos, como deflui do § 2º do art. 5º, seriam “decorrentes do regime e dos princípios” (dentre estes especialmente o da dignidade humana) que a Constituição adota. Existe, pois, no sistema constitucional brasileiro, um critério material, substancial, indispensável, para que um direito seja “verdadeiramente” um direito fundamental. Do contrário, seria impossível identificar um direito fundamental implícito (FERREIRA FILHO, 2012, p. 360).

Em suma, na Constituição de 1988, fica claro que a dignidade da pessoa humana, demonstra-se preceito basilar que impõe o reconhecimento do valor do indivíduo, enquanto ser humano, prevalece sobre todos os demais (PIOVESAN, 2021). Esta Constituição é pródiga em termos que representam aplicações diretas deste fundamento, como as que tratam dos direitos dos presos, as que vedam determinadas sanções penais, as que protegem os deficientes e os idosos, entre tantas outras (MOTTA, 2018). A presente pesquisa se limita ao estudo dos direitos e garantias fundamentais relacionados à saúde menstrual.

Alude Padilha (2020, p. 916) que “os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual”. Nesse sentido, a leitura interpretativa que se tem é que a pessoa que menstrua deve ser respeitada em sua plenitude.

3. DIREITOS HUMANOS: A ATUAÇÃO DO *GIRL UP*

No ano de 2010, a Fundação das Nações Unidas (UNF), criou o *Girl Up* sob o viés da iniciativa do gênero com o intuito de apoiar a saúde, educação, e segurança das adolescentes. A partir disso, o *Girl Up* alcança a seara global, com treinamentos e mobilização das mulheres e jovens de várias identidades com o objetivo de fazer delas líderes. O processo da formação da liderança visa a transformação das jovens a fim de que sejam defensoras da justiça, assim como da igualdade de gênero em todo o mundo, abarcando a autoconfiança, incentivando a responsabilidade pessoal e as aspirações a longo prazo (*GIRL UP*, 2022).

Com a criação do *Girl Up*, surgiram novas perspectivas de incentivo e motivação de uma juventude que passaria a impulsionar, estimular, novas jovens na busca constante pela igualdade com foco principal no gênero. O movimento chega ao Brasil quando? e aqui tem continuidade a visão geral baseada na cooperação na mitigação dos gargalos na luta pela isonomia. A *Girl Up Brasil*, organização não governamental que treina, inspira e conecta meninas para que sejam líderes e ativistas pela igualdade de gênero (BAHIA, 2021).

Alcançar a igualdade de gênero em escala global é uma busca constante e no Brasil não seria diferente, as jovens estão diariamente em atividades que visam treinamentos e aperfeiçoamento, a fim conquistar modo ativo e eficaz a igualdade de gênero.

Ao criar programas e políticas que versam repercussão direta aos direitos de mulheres e meninas e sua amplitude. A atuação é caracterizada por treinamentos que objetivam amplificar a ressonância política dos jovens em geral (GOUVEIA, 2022).

Dentro das atividades e campanhas desenvolvidas pelo *Girl Up Brasil* tem-se o “Livre para Menstruar” que vem ganhando cada vez mais participantes que, de modo ativo, atuam na busca pelo fim da pobreza menstrual.

Livre para Menstruar é um movimento puxado por meninas de clubes *Girl Up* para acabar com a pobreza menstrual no Brasil. Elas trabalham junto a uma comunidade de parceiros por políticas públicas que permitam que cada pessoa que menstrua seja *#livreparamenstruar*². O *Girl Up Brasil* oferece às meninas uma plataforma, ferramentas e conexões que amplificam suas ações. Como parte de nossos esforços, produzimos o, que pretende subsidiar o debate sobre menstruação (BAHIA, 2021, p. 6).

O *Girl Up Brasil*, também tem uma ação que vai de encontro aos valores do tributo que recaem sobre o preço dos absorventes e tampões, a fim de atenuar as dificuldades que envolvem a aquisição desses insumos utilizados pelas pessoas que menstruam. Fruto disso, em maio de 2020, um grupo de meninas da rede *Girl Up Brasil* recorreu ao deputado estadual do Rio de Janeiro, Renan Ferreirinha, que ao ouvir a queixa, viu legitimidade no pleito, fruto nasce o Projeto de Lei (PL) 2667/2020, que em sua justificativa informou que:

O Poder Legislativo Estadual tem competência constitucional para legislar sobre a matéria, que inclui o absorvente íntimo feminino na lista de produtos da cesta básica, conforme previsto na Lei nº 4892, de 1º de novembro de 2006, reduzindo a alíquota de ICMS sobre este bem de consumo. Desta forma, a presente proposição encontra-se amparo constitucional a sua tramitação, sem qualquer óbice jurídico (RIO JANEIRO, 2020)

² Trata-se de um mecanismo de pesquisa acerca do movimento, a fim de facilitar a busca sobre esta temática.

Sancionado em julho de 2020, que gerou a redução dos tributos que recaem sobre absorventes no Rio de Janeiro e, teve como impacto direto na aquisição do consumidor final dos insumos utilizados (BAHIA, 2021).

Em tempo destaca-se que existe ainda dentro do processo legislativo, porém no âmbito federal, o PL nº 3.085/2019, que possui objeto semelhante, visto que sua finalidade é alcançar a isenção do Imposto sobre Produto Industrializado (IPI) incidente sobre os produtos de higiene utilizados no período menstrual (BRASIL, 2019).

A iniciativa do *Girl Up Brasil*, alcança o direito constitucional social à saúde, este é:

Fruto da evolução dos direitos humanos fundamentais e do conceito de cidadania plena. O direito à saúde pode ser considerado o direito humano e social mais importante, de caráter universal, essencial e inafastável, porque umbilicalmente ligado ao direito à vida, o que se percebe por seus antecedentes históricos e pelo alto nível de normatização da matéria no âmbito dos direitos interno e internacional (ORDACGY, 2009, p. 16).

Atuar em prol da efetivação da saúde é uma busca de caráter global e a Organização Mundial de Saúde (OMS), coloca a saúde no patamar de um dos maiores bens sociais e individuais, seu conceito alcança a noção de ausência de doença, bem-estar físico, mental, social, assim como a defesa da vida (DAUVE, 2010).

Mudando o olhar da saúde ampla, deve-se analisar de forma interseccional as pessoas que menstruam, tendo em vista a garantia do direito constitucional social à saúde destes indivíduos. Em 2014, foi reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU), como questão de saúde pública global o direito à higiene menstrual, dando a esta prerrogativa caráter de direito humano (ASSAD, 2021).

Não basta, garantir a educação e a saúde no texto constitucional normativo, visto que parte considerável da população que menstrua no Brasil deixa de frequentar o ambiente escolar por não ter acesso a insumos básicos de higiene no período menstrual. De acordo com a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2013, afirmam que meninas com idade de 10 e 19 anos não praticaram alguma atividade, dentre elas estudar, e 2,88% das contempladas na pesquisa, não realizaram os estudos pelo fato de estarem menstruadas. Conforme relatório do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) de 2021, na população brasileira, 90% das pessoas que menstruam, passarão aproximadamente de 3 a 7 anos do período escolar menstruando, se estiverem cursando a série adequada a sua idade (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA; FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2021).

Estes números ressaltam a importância, e necessidade de cuidado com este nicho da população. Dentro desta seara, vemos a relevância de uma das propostas do *Girl Up Brasil* que é alcançar as pessoas que menstruam a fim de lhes garantir não só itens de higiene menstrual, mas sim, o direito de ir e vir em todos os ambientes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico pátrio classifica os direitos sociais fundamentais, uma vez que são aqueles que instituem um processo de desenvolvimento individual inerente à condição humana. Verifica-se que a ausência de recursos para a subsistência da higiene menstrual, tanto quanto o desconhecimento deste processo fisiológico nas pessoas que menstruam, alicerça desigualdade de gênero. Em virtude disso, estes sujeitos restringem-se de ocupar espaços sociais.

Neste contexto, ressalta-se a importância das ações do movimento *Girl Up Brasil* que atua de modo a mitigar a pobreza menstrual a fim de alcançar uma saúde digna dos brasileiros que menstruam. O tempo já vem demonstrando que por mais tenros que seja a atuação do *Girl Up Brasil* os frutos já são perceptíveis, como por exemplo a atuação em projetos de lei, com foco no público mencionado no estudo, o que nos dá ânimo e projeções otimistas.

REFERÊNCIAS

ASSAD, Beatriz Flügel. Políticas Públicas acerca da Pobreza Menstrual e sua contribuição para o combate à desigualdade de gênero. **Revista Antinomias**, Ponta Grossa, v. 2, n. 1, jan./jun., p. 140-160, 202. Disponível em: <http://www.antinomias.periodikos.com.br/article/60e38d09a9539504140406f4/pdf/antinomias-2-1-60e38d09a9539504140406f4.pdf>. Acesso em: 19 set. 2022

BAHIA, Letícia. **Livre para Menstruar**: pobreza menstrual e a educação de meninas. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://livreparamenstruar.org/principais-dados/#oproblema>. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. Constituição (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: 18 set. 2022.

CORA, Coralina. **Vintém de cobre: meias confissões de Aninha**. 8. ed. São Paulo: Global, 2001.

DAUVE, Ana Carolina. **Responsabilidade do estado no fornecimento de medicamentos e a intervenção judicial**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/saude/images/judicializacao/Responsabilidade_Estado_fornecimento_medicamentos.pdf. Acesso em: 11 maio 2023.

DIAS, José Francisco de Assis; KRACIESKI, Gabriel Jasper. Evolução filosófica do conceito de dignidade humana. **Aufklärung: revista de filosofia**, [S. l.], v. 8, n. 1, p.135–152, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/arf/article/view/53583>. Acesso em: 19 maio. 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38.ed. rev.e atual. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 360.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA; FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pobreza Menstrual no Brasil: desigualdades e violações de direito**. São Paulo; 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/14456/file/dignidade-menstrual-relatorio-unicef-unfpa-maio2021.pdf>. Acesso em: 19 set. 2022.

GIL Antônio Carlos. Como classificar as pesquisas. **In: GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GIRL UP. **Quando as meninas se levantam, todos nós nos levantamos**. Disponível: <https://girlup.org/pt/about>. Acesso em: 17 maio 2023.

GOUVEIA, Helena Branco. LinkedIn. **About Girl Up**. Disponível em: <https://br.linkedin.com/in/helenabrancogouveia/pt>. Acesso em: 18 maio 2023.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos metodologia científica**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 198.

MOYN, Samuel. The surprising origins of human dignity. **In: _____ . Humanrights and the uses of history**. London: Verso, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Coimbra: Almedina, 2016.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São

Paulo : Saraiva Educação, 2019.

ORDACGY, André da Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, v. 1, n. 01, 10 dez. 2018. Disponível em: <https://revistadapu.dpu.def.br/article/view/185>. Acesso em: 15 maio 2023.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 916.

PÁDUA, Elisabete Matallo Marchesini de. **Metodologia da pesquisa: abordagem teórico-prática**. 17. ed. Campinas, SP: Papirus, 2012.

PARENTE, Analice Franco Gomes; REBOUÇAS, Marcus Vinicius Parente. **A construção histórica do conceito de dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=066d47ae0c1f736b>. Acesso em: 17 maio 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2021.

RIO DE JANEIRO. **Projeto de Lei nº 2667, de 20 de maio de 2020**. Altera a Lei nº 4.892, de 1º de novembro de 2006, para incluir na lista de produtos da cesta básica o absorvente feminino. Disponível em: <https://bancodeleis.unale.org.br/Arquivo/Documents/PLO/PLO26672020.pdf>. Acesso em: 25 maio 2023.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 56.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.

VILLEY, Michel Le droit et les droits de l'homme. Paris: PUF, 1983; La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique, in **“Quaderni Fiorentini per La Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, 1973, nº 1, p. 54.

OS CONTRATOS DE ALUGUEL FACE À LIBERDADE DE CONTRATAR E À REALIDADE DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL

RENTAL CONTRACTS IN VIEW OF THE FREEDOM TO CONTRACT AND THE REALITY OF VENEZUELAN REFUGEES IN BRAZIL

SILVA, Anne Vitória Leal

vitoriaboc@hotmail.com.br

ID do Lattes:2448933462826256

LEAL, Rodrigo

rodrigolealteixeira@gmail.com

ID do Lattes:1084702780911857

PERES, Anna Paula Lemos Santos

anna.peres@unifipmoc.edu.br

ID do Lattes:3958353786581034.

ROCHA, Dalton Caldeira

dalton@rochamado.com.br

ID do Lattes:9511122301232738

VELOSO, Cynara Silde Mesquita

cynara.veloso@unifipmoc.edu.br

ID do Lattes:2302007965587293

RESUMO: O presente artigo analisa a formalização dos contratos frente a marginalização dos refugiados venezuelanos, esse tema ganha visibilidade no cenário hodierno, inclusive no que tange ao âmbito jurisdicional e pós-pandemia. Essa pesquisa tem o fito de examinar a liberdade de estabelecer contratos por parte dos refugiados venezuelanos diante dos elementos determinantes do contrato. A metodologia adotada foi a qualitativa, com método de abordagem hipotético-dedutivo, bem como emprega a técnica de pesquisa bibliográfica documental em virtude do uso de livros, jurisprudências, leis e artigos. Assim sendo, ao ponderar os requisitos condicionantes da relação contratual, como a capacidades das partes, a licitude do objeto e a legitimidade para sua realização, destaca-se a problemática enfrentada pelos refugiados venezuelanos, que não possuem os requisitos basilares para a consecução dos contratos. Tal parâmetro infringe o direito constitucional à liberdade, bem como dificulta o acesso à moradia e os direitos fundamentais. Portanto, discute-se a legitimidade dos contratos face a impossibilidade de êxito em detrimento de ausência de condições básicas. Além disso, enfatiza-se a imprescindibilidade das políticas públicas, da discussão acadêmica e da conscientização pedagógica, vez que a educação é o caminho para a desmistificação desses microsistemas sociais que impedem o acesso aos direitos.

Palavras-chave: Refugiados Venezuelanos. Contratos cíveis. Contrato de locação.

ABSTRACT: This article examines the formalization of contracts in the face of the marginalization of Venezuelan refugees, a topic that has gained visibility in the current scenario, including within the jurisdictional realm and post-pandemic context. The

purpose of this research is to examine the freedom to enter into contracts by Venezuelan refugees in light of the determinants of the contract. The methodology adopted is qualitative, employing a hypothetical-deductive approach, and utilizing the technique of documentary bibliographic research through the use of books, case law, laws, and articles. Thus, when considering the determining requirements of the contractual relationship, such as the capacity of the parties, the lawfulness of the object, and the legitimacy for its realization, the challenges faced by Venezuelan refugees, who lack the fundamental requirements for entering into contracts, are highlighted. This parameter violates the constitutional right to freedom and hinders access to housing and fundamental rights. Therefore, the legitimacy of contracts is discussed in light of the impossibility of success due to the absence of basic conditions. Additionally, the indispensability of public policies, academic discussions, and pedagogical awareness is emphasized, as education is the path to demystify these microsocial systems that hinder access to rights.

Keywords: Venezuelan refugees. Contracts. Civil Law. Lease agreement.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a formalização dos contratos, nota-se que os requisitos condicionantes aos contratos cíveis ganham visibilidade no que tange a realidade dos refugiados venezuelanos ao considerar a ausência desses requisitos que impedem o alcance à moradia. Nesse contexto, o presente estudo tem o fito de analisar os requisitos condicionantes à formalização de contratos cíveis no Brasil, com ênfase nos desafios enfrentados pelos refugiados venezuelanos. Para isso, busca-se compreender os empecilhos impostos pela condição de refugiado no Brasil para a liberdade de contratar, ao levar em consideração a capacidade jurídica e social desses imigrantes. Ademais, o estudo explora o paradoxo contratual decorrente da discrepância entre a realidade fática dos refugiados venezuelanos em Minas Gerais e as exigências legais para a formalização dos contratos. Nessa perspectiva, a hipótese subjacente é de que há um embate entre direitos constitucionais, como a liberdade e o direito à moradia, em relação a empecilhos burocráticos em detrimento não apenas da condição do refugiado, mas também aos gargalos que obstam as relações contratuais no âmbito cível, as quais são indispensáveis para a vida em sociedade e são problemáticas do presente trabalho.

Cabe salientar a metodologia adotada, sendo ela a qualitativa, a qual baseia-se na observância da legislação brasileira, doutrinas jurídicas a fim de examinar a interseção entre o direito contratual e a condição de refúgio. Em virtude do uso de livros, jurisprudência, leis e artigos utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica documental, por fim emprega o método de abordagem hipotético-dedutivo. Portanto, ao analisar tais questões, a pesquisa visa contribuir para a discussão acadêmica no que tange ao maior esclarecimento a fim de identificar possíveis soluções e medidas que promovam a inclusão e a proteção efetiva dos refugiados em vulnerabilidade.

A pesquisa tem como objetivo delimitar, de forma específica, a capacidade jurídica e social do refugiado em destaque no cenário nacional contemporâneo, considerando a liberdade de contratar. Dessa maneira, considera-se a busca pela análise dos requisitos condicionantes à formalização de contratos cíveis no Brasil, levando em conta os obstáculos impostos pela condição de refugiado. Além disso, verifica-se o paradoxo contratual e a realidade vivenciada pelos refugiados, com destaque na necessidade de uma discussão acadêmica sob uma perspectiva axiológica, bem como no fomento de políticas públicas para solucionar essa problemática.

Requisitos condicionantes à formalização de contratos cíveis no Brasil

Os contratos no Direito Civil ocupam *status* de preceito basilar para várias relações jurídicas, não sendo apenas um objeto constante de discussão, mas instituto antigo do ramo do direito privado. Sua função excede os parâmetros jurídicos e perfaz os trâmites sociais e econômicos. É imperioso mencionar o surgimento dessa força motriz para entender a dinâmica atual e os efeitos no que tange aos imigrantes. Entretanto, atente-se para os períodos, sendo eles, Romano, Medieval, Liberal e Social.

Explana-se acerca da formação do contrato a partir das dogmáticas religiosas, o que motivou o princípio que equipara o contrato a força legiferante *pacta sunt servanda*. Assim, o Direito Romano tinha como gênero a convenção, enquanto o contrato e o pacto eram espécies. Presente nesse período o formalismo desmedido e não flexível, necessário para expressar a vontade da parte, o que impedia o êxito em embates quanto a justiça e a adequação ao caso concreto. (GONÇALVES, 2017)

O Código Napoleão foi a primeira codificação moderna. Vislumbrava o contrato idealizado frente a Revolução de 1789, conceituando o contrato como instrumento para a aquisição da propriedade, em que a vontade prevalecia, mas na realidade fática funcionava como uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias, segundo Roberto (2017). No contexto contemporâneo percebe-se o surgimento de princípios que sustentam os contratos e garantem maior equidade nas relações. Tais princípios hodiernos vão de encontro com o formalismo exacerbado do Direito Romano e adequando à realidade hodierna. (GONÇALVES, 2017)

A partir dessa construção empreende a função social do contrato, vez que tem amplo papel social e ultrapassa os ditames jurídicos. Não apenas limitar a relação contratual, mas inserir as normas abertas, que são os princípios, a fim de dirimir as problemáticas e humanizar os institutos. (GONÇALVES, 2017)

Assim, o contrato tem uma função social por via da boa-fé e da probidade. Posto isto, tal função social tem o fito de atender os interesses da pessoa humana. Assim, os contratos devem ser livres, ao observar a autonomia privada, úteis, considerando a função econômica, justos, uma vez que dispõe da função social do contrato. Tal preceito se reveste no princípio fundamental do Código Civil que é a sociabilidade. (TARTUCE, 2021)

Não obstante a função social do contrato, observa-se a imprescindibilidade da boa-fé, tais institutos esboçam previsão legal no art. 421 do Código Civil de 2002, apesar de estarem implícitos nas relações contratuais. A boa fé se reveste na eticidade do Código em face do caráter objetivo - exterior ao pensamento e decorrente de lei - e subjetiva de forma interior ao pensamento humano. Enquanto na primeira, observa-se a Lealdade; Cooperação; Assistência; Sigilo e Informação em uma relação endógena e horizontal, a boa-fé subjetiva se engendra no dever jurídico que relaciona culpa e ato ilícito. A partir da boa-fé as funções são desenvolvidas, de controle, integrativa e interpretativa. (TARTUCE, 2021)

Não se pode olvidar das figuras parcelares. *O Venire contrafactum proprium*, em que veda os comportamentos contraditórios na relação contratual. *O Spressio*, visto que aduz a supressão da regra (cláusula contratual) em favor do beneficiário desta, que age de

forma diversa do consignado. Há também o *Surrectio*, direito de exigir, em face do nascimento de uma obrigação a partir do descumprimento da regra e formação de outra pelo comportamento. Por fim, o *Tu quoque*, vez que se volta ao fenômeno da exceção do contrato não cumprido ou a vedação da traição (obsta a exigência de fazer algo contrário ou reportado). (GONÇALVES, 2017).

Nesse íterim, nota-se a evolução no âmbito normativo contratual em face da relevância desse instituto do direito privado. O estrito formalismo reduziu a autonomia da vontade (TARTUCE, 2021). Embora, haja previsão legal, era insuficiente para alcançar os fins previstos pela relação, bem como limitava a participação de outras classes. Com isso, readequou-se a aplicabilidade em decorrência das alterações sociais, o que favoreceu a amplitude de novas figuras na relação. Assim, é mister considerar os requisitos condicionantes a consecução contratual face aos novos grupos sociais.

Após as considerações históricas, perfaz a necessidade de observar a teoria de Pontes de Miranda no que tange aos contratos. Assim, para o doutrinador há a divisão em três planos: existência, validade e eficácia. No que tange ao plano da existência, nota-se a manifestação, ou seja, que o sujeito exteriorize à vontade, que é a simples expressão de atos. Ainda que não deseje realizar, mas exterioriza, o direito entende que há manifestação. Imprescindível o objeto, que é o conteúdo que visa alcançar, imerso no sentido de finalidade. Seja imediato, como o direito de fazer ou não fazer, seja mediato, é o caso de bens ou prestações que incidem na obrigação. Por fim, todo negócio jurídico se realiza por uma forma, um meio. (TARTUCE, 2021)

Já no campo da validade os institutos são especificados. O primeiro se desdobra na manifestação livre, ora na capacidade do agente, ora na licitude do objeto. Já o segundo no objeto que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, já a forma prescrita ou não defesa em lei. O contrato isento de tais requisitos desemboca na nulidade absoluta ou relativa, impondo a eles vícios nulos ou anuláveis. O campo da eficácia relaciona com elementos acidentais e facultativos a celebração do Contrato. Assim, os requisitos subjetivos vislumbram a manifestação, a capacidade genérica dos contraentes, o consentimento e a aptidão específica para contratar. (TARTUCE, 2021)

Já a capacidade genérica vale ressaltar que se não observadas geram a nulidade. No entanto, a incapacidade absoluta ou relativa deve ser suprida pelo representante ou pela assistência. Tal capacidade é aquela de agir em geral que pode inexistir em razão da menoridade ou também pode ser reduzida nas hipóteses da relativa, embriaguez habitual, dependência de tóxicos, impossibilidade manifestação da vontade em virtude e causa transitório permanente, prodígios, nos termos do art. 4 do Código Civil. (GONÇALVES, 2017)

No tocante a aptidão específica para contratar é aquela que vai além da capacidade geral, sendo específica para cada caso, a outorga uxória ilustra esse aspecto. O consentimento, livre e espontâneo, tácito ou expressa, é um requisito também de ordem especial sendo recíproco em virtude do acordo de vontades. Abrange não apenas o acordo sobre o objeto do contrato, mas também a existência do contrato e os acordos sobre as cláusulas que o compõem. (GONÇALVES, 2017)

Em suma, vale ressaltar à falta de concretização dos requisitos basilares do contrato no que tange os refugiados. Isso se deve a ausência de documentação e ao preconceito engendrado na sociedade. Desta feita, essas problemáticas corroboram com a insegurança jurídica e o distanciamento aos direitos fundamentais do indivíduo, como a dignidade humana no âmbito civil. Sabe-se que segundo pesquisa realizada em 2022 pela Organização Internacional para as Migrações, 89% dos casos de preconceito sofridos pelos refugiados venezuelanos foram em razão de sua condição como estrangeiro. Por outro lado, a pesquisa apontou que entre aqueles interessados em sair do Brasil, 16% era em decorrência da falta de documentação.

Fica evidente, portanto, que ao analisar a evolução histórica dos contratos nota-se o assentamento da perspectiva axiológica pautada nos princípios em detrimento do formalismo desmedido. Consoante a isto, vale destacar os requisitos essenciais a consecução contratual que condicionam a liberdade de contratar, como a capacidade, a forma e o objeto (GONÇALVES, 2017). Posteriormente, faz-se mister analisar a falta de concretude dos requisitos frente a ausência de documentações que comprovam a capacidade do refugiado que cumulado ao empecilho social engendrado no preconceito resultam em uma insegurança jurídica em âmbito cível, bem como distanciamento da dignidade humana.

Empecilhos impostos pela condição de refugiado no Brasil para a liberdade de contratar: capacidade jurídica e social do imigrante venezuelano

Essa ausência de concretização dos requisitos contratuais reverberam a desigualdade sistêmica no Brasil. Na 7ª edição do relatório “Refúgio em Números”, publicado em 2022, do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados ACNUR (2021) constatou-se que a nacionalidade com maior número de pessoas refugiadas reconhecidas, entre 2011 e 2021, é a venezuelana (48.789), dessas, boa parte se encontra em situação de irregularidade. Tal característica obsta o alcance das políticas públicas e direitos basilares, agravados na pandemia, em razão da ausência de documentos. Com isso, em âmbito cível e das relações contratuais, nota-se impedimentos quanto a manifestação e capacidade de contratar, uma vez que determinados negócios jurídicos (CATALAN, 2021) são indispensáveis para a concretização da autonomia da vontade e da liberdade de celebração destes.

À vista disso, engendra-se um gargalo quanto ao direito venezuelano no que diz respeito à celebração de contratos e a liberdade, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 –CRFB/88. Assim, a falta de documentação obsta a concretude da relação contratual, vez que há ausência do requisito subjetivo que é a capacidade. Esse cenário ostenta a marginalização daquele considerado indigente ou sem documentação que fica à mercê da vontade alheia, um obstáculo não apenas jurídico, mas social, por conseguinte gera uma enorme insegurança para este que deveria receber todos os direitos inerentes a sua pessoa.

Os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, por vezes, não são suficientes para abarcar os direitos dos imigrantes venezuelanos, isso se deve pela exigência de requisitos que eles não possuem, seja pela ausência de documentação, seja em decorrência da marginalização destes. Para entender melhor, mister se faz perpassar

as modalidades contratuais somadas aos requisitos respectivos com o fito de analisar o paralelo com a realidade fática do refugiado venezuelano.

No que tange ao contrato de doação percebe-se o ato de liberalidade, em regra é solene, unilateral e indispensável de aceitação. Assim, prescinde de escritura pública ou instrumentalização particular, por conseguinte, documentos pessoais para a efetivação desta, salvo se móvel de pequeno valor. (GONÇALVES, 2017)

Cabe mencionar o contrato de compra e venda disposto no art. 481 e seguintes do Código Civil. Tal negócio se perfaz bilateralmente na transferência de domínio mediante uma contraprestação pecuniária, não implica propriedade, uma vez que esta depende da tradição se for um móvel e do registro quando se refere ao imóvel. A primeira, apesar de não solene e consensual, por vezes, na prática não ocorre quando a parte negociante é um imigrante venezuelano em detrimento da exigência de documentos assecuratórios da relação jurídica ou mediante preconceito enraizado. (TARTUCE, 2021)

Por outro lado, para aqueles negócios solenes, como a compra e venda de bens imóveis dependem de documentação obrigatória para registro, como o CPF expedido pelo Ministério da Fazenda brasileiro, se casado necessária a anuência do cônjuge, bem como o comprovante de inscrição e de situação cadastral no CPF obtido pela receita federal e ainda documento de identificação válido em território nacional, como o visto. (ANOREG, 2022)

Em virtude do apresentado, visando ampliar os direitos dos estrangeiros, a Resolução normativa nº 36, de 9 de outubro de 2018 possibilitou a autorização de residência brasileira a partir da compra de um imóvel. Entretanto, não basta autorizar se ainda há a indispensabilidade dos documentos comprobatórios que por vezes são inacessíveis aos imigrantes. (ACNUR, 2021)

Todavia, nota-se (importante não generalizar) que uma relação jurídica sem os devidos requisitos se sujeita a prejuízo e possível arbitrariedade. Assim, apesar das possibilidades de pleito jurisdicional, como a garantia da evicção, reclamação por vícios redibitórios, contra o perecimento da coisa ou até em relação às despesas, restam ameaçados pela falta de segurança jurídica. (GONÇALVES, 2017)

Cabe salientar os contratos não solenes, como o contrato de empréstimo, sendo mútuo (coisa fungível) ou comodato; o contrato de locação, salvo o de imóveis urbanos que necessitam de documentações pela previsão legal; o contrato de prestação de serviços; a empreitada, o mandato e demais (TARTUCE, 2021). Esses, apesar de não solenes e consensuais, por vezes, por convenção social, exigem documentos comprobatórios pessoais ou por desconhecimento da possibilidade aduzem um afastamento das vias jurisdicionais quando há irregularidades, seja por parte dos imigrantes, seja pelo desconhecimento.

A informalidade somada à dificuldade de formalizar contratos resulta na discrepância com relação aos direitos constitucionais, uma vez que a ausência de requisitos mínimos para o contrato obsta o alcance da liberdade. Sabe-se que para validar o contrato, conforme a escada ponteana, necessário se faz a análise da capacidade das partes e a forma prevista ou não defesa em lei, contudo a ausência de documentação

pessoal impede tal efetivação. A ausência do CPF ou RG que impede a consecução da compra do imóvel, ilustra esse embate.

Não obstante, reitera a marginalização do imigrante face à sociedade, bem como esse gargalo se agrava com a presença das civilizações dos choques engendrada pelo antropólogo Arjun Appadurai (ZEIFERT, 2019), uma vez que tal rigidez dos microssistemas revelam a extinção das disparidades, por conseguinte naturaliza as violências sofridas por eles.

Portanto, a ausência de documentação seja pelo desconhecimento, seja pela burocratização cumulada ao preconceito enraizado na sociedade desvirtua os preceitos constitucionais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 –CRFB/88 traz como princípio não apenas o tratamento igualitário aos indivíduos, independente de raça, região ou sexo, mas também a liberdade e os direitos fundamentais, como o acesso à moradia digna. Nesse sentido, considerando a conjectura dos refugiados e os obstáculos mencionados percebe-se a deturpação dos direitos.

No que se refere aos direitos dos refugiados, têm-se a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1952 e o Protocolo de 1967 que instrumentalizam internacionalmente os deveres e garantias asseguradas. Por sua vez, o Brasil promulgou o Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/1980, que permite a regularização dos imigrantes e ratifica a proteção necessária a eles. Somado a tais normativas, destaca-se a Lei do Refúgio, Lei nº 9.474/1997, responsável pela regulamentação do procedimento de regularização e concessão do refúgio, a qual garante direito ao trabalho, a moradia, à saúde e educação. Logo, fica evidente que por meio dessas legislações, seja em âmbito internacional, seja no nacional, são devidos os direitos dos refugiados, o que os proporciona proteção necessária para uma vida digna. (JUNILUT, 2007)

Vale ressaltar, o tratamento governamental no que concerne aos venezuelanos imigrantes. Embora existam verbas para investimento e apoio, não são suficientes ou aplicadas à realidade, o que resulta na sujeição e à marginalização dessas pessoas. Por vezes, a solução é a coleta nas ruas, todavia presenciavam-se a hostilidade das pessoas. (ANNONI, 2018)

A xenofobia está enraizada na cultura brasileira, apesar da miscigenação que compõem a nação. Sendo assim, há diferenças na alimentação, nos costumes e até na forma de cuidar dos filhos, o que corrobora com o preconceito. Esse cenário ganha ênfase na perspectiva da mulher e crianças no que concerne às violências domésticas e na dificuldade de acesso aos direitos em decorrência da naturalização da violência. (ANNONI, 2018)

Ante o exposto, os microssistemas impedem o apoio generalizado e a regionalização desses indivíduos. Essa realidade tem impacto nas relações cívicas, haja vista a necessidade de confiança mútua por vezes nos acordos consensuais. Por isso, é mister a atuação acadêmica para que as atitudes de sensibilização sejam concretas e tornem efetivas para que favoreçam a transculturalização. (ZEIFERT, 2019)

Ressalta-se a relevância da antropologia do direito, vez que esta imerge no conflito e busca a compreensão destes. Por conseguinte, permite o estudo não apenas das diligências estatais e das políticas públicas de inclusão, mas no âmbito jurídico. Tal

aspecto é discutido a partir da perspectiva do papel fundamental do Estado, seja na visão de Locke em que esse instituto surge em decorrência do estado de natureza do homem, (JUNILUT, 2007) seja para Bourdieu, em que o estado é uma ficção política intangível, visto que é uma crença instrumentalizada pelo aspecto social e jurídico. (SOUZA, 2021)

Por fim, a figura do contrato social e do Estado como mecanismo de fomento do bem comum é a ideia celebrada pelo Estado Democrático de Direito. Sendo assim, é indispensável a atuação do Estado frente a uma problemática que envolve os direitos dos imigrantes que perpassa o jurídico e envolve o cenário social. (ANNONI, 2018)

Ao levar em consideração o pensamento de Appadurai (ZEIFERT, 2019), ele reitera que se observa na sociedade contemporânea a existência de microssistemas. Esse cenário é evidenciado na homogeneização social que tem grande incentivo do Estado que deveria alcançar o bem comum, por consequente, promove a extinção da diversidade e a banalização das violências contra o estrangeiro.

Essa civilização dos choques se amolda como empecilho nas relações contratuais, uma vez que além da impossibilidade no que concerne os requisitos condicionantes à formalização, tem-se a barreira cultural, que impede a consecução do acordo frente a existência da boa-fé subjetiva ou a confiança no próximo que é necessária para os negócios jurídicos consensuais.

Pode-se afirmar que, em razão da ineficácia contratual em face da não efetivação dos requisitos e do preconceito enraizado, medidas para dirimir essa problemática são necessárias, bem como que as relações contratuais, que envolvem os imigrantes, estão ameaçadas mediante tais gargalos e sujeição a iniquidades em detrimento da necessidade de realização de relações jurídicas.

No que tange às modalidades de contrato supramencionadas destaca-se o de locação, uma vez que independe de registros solenes e são usuais aos refugiados. Entretanto, uma pesquisa da ACNUR em 2021 apontou que cerca de 75% dos migrantes que foram retirados de suas casas, tornaram-se sem-teto em outros países da América Latina. Isso se deve ao colapso da economia informal e do desemprego intensificado na pandemia do Covid-19. Tal cenário deixou muitos cidadãos sem condições de pagar aluguel, inclusive os imigrantes que enfrentam, não apenas os empecilhos legais, mas também o preconceito social. (ANNONI, 2018)

Dentre os imigrantes venezuelanos que foram despejados, 80% eram mulheres segundo pesquisa de 2022 das Organizações das Nações Unidas. Vale ressaltar que essa arbitrariedade, apenas foi possível em decorrência da não celebração de contratos formais e a sujeição às marginalidades pela necessidade de ter lugar para morar. Todavia, com a pandemia aumentou os despejos, por conseguinte, a vulnerabilidades dos refugiados. Assim, expostos a discriminação e xenofobia face à exposição à violência, além disso a evasão escolar. (ONU, 2022)

A falta de contrato tornou indefesos os imigrantes no que concerne à exploração e aos abusos pelos locadores ou os proprietários dos imóveis. Diante disso, instituiu-se a Lei nº 14.010/2020, em que foi responsável pela instituição do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), a qual impossibilitou a ação de despejo em liminar durante a pandemia. A Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828 prorrogou a suspensão de despejos e desocupações, em razão da pandemia de covid-19, sob o mesmo fundamento, assentado na ementa:

EMENTA: Agravo interno na reclamação constitucional. Juízo de procedência. Verificado o descumprimento do quanto decidido na ADPF 828. Direito à moradia. Ocupação coletiva anterior à pandemia. Decisão reclamada que autorizou o cumprimento da ordem de desocupação da área objeto de litígio. **Medida cautelar concedida na ADPF 828 determinou a suspensão, por 6 (seis) meses, de medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia para populações vulneráveis.** Superveniência da Lei nº 14.216/2021, que determinou a suspensão das ordens de desocupação e despejo até 31.12.2021. Tutela provisória incidental concedida na ADPF 828 que estendeu o prazo da medida cautelar anteriormente deferida até 31.10.2022. Agravo a que se nega provimento. 1. Verificada violação do entendimento proferido por esta Suprema Corte na ADPF 828, ante a permissão do prosseguimento da operação realizada para demolição de casas e remoção de famílias vulneráveis residentes em região administrativa do DF, objeto de litígio. 2. Nos termos assentados por esta Corte ao exame preliminar da ADPF 828, no que diz com as ocupações ocorridas anteriormente ao início da pandemia da Covid-19, como na hipótese vertente – estabelecida como marco temporal a data de 20.3.2020 –, foi determinada a suspensão, por 6 (seis) meses, de medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis. 3. Após a edição da Lei nº 14.216/2021 – que determinou a suspensão das ordens de desocupação e despejo até 31.12.2021 –, outras decisões foram proferidas na ADPF 828, mediante as quais prorrogada a suspensão das ordens de despejos. A derradeira tutela provisória incidental concedida na ADPF 828 estendeu o prazo da medida cautelar anteriormente deferida até 31.10.2022. 4. Agravo interno conhecido e não provido. **(grifo nosso)** (Rcl 49845 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/09/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 19-09-2022 PUBLIC 20-09-2022)

Desta feita, cabe mencionar a problemática discutida em face da ausência de documentação dos refugiados venezuelanos que impossibilitam o acesso aos direitos fundamentais. Posto isto, essa desigualdade sistêmica se observa nas modalidades contratuais, como aduz a pesquisa da ACNUR (2022). Assim, em razão da ineficácia dos mecanismos de proteção necessária a atuação estatal e da sociedade para dirimir tal

problema, isso porque há um ciclo de exclusão aliado a violação a proteção ao imigrante que obsta o alcance a cidadania constitucional.

Fica evidente, portanto, que durante a pandemia houve a intensificação da vulnerabilidade social no que tange aos venezuelanos, inclusive nas relações contratuais. Isso se deve a não efetivação dos requisitos condicionantes dos contratos, pela ausência de documentação, somado ao choque de microssistemas enraizado no cenário nacional. Tal parâmetro resulta na atuação jurídica, mas esta é insuficiente ao observar a burocratização e a não inclusão dos vulneráveis. O que vai de encontro aos direitos constitucionais relativos à liberdade de contratar tutelados pela CRFB/88, inclusive no que concerne aos contratos de locação.

Paradoxo contratual e a realidade fática dos refugiados venezuelanos em Minas Gerais

A questão do direito civil e a liberdade de contratar contraria os direitos constitucionais ao considerar o direito à moradia digna dos refugiados. Isso se deve ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 –CRFB/88, que dispõe sobre a liberdade como direito individual e fundamental, bem como aos termos da lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que regula o estatuto dos refugiados de 1951. Assim entende como refugiado aquele imigrante que sofre perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social, opinião política, que se encontra fora de seu país. Dessa maneira, as relações contratuais no que diz respeito aos refugiados são ameaçadas pelos empecilhos jurídicos e sociais que vão de encontro aos princípios fundamentais. (ANNONI, 2018)

Destaca-se o direito constitucional como parâmetro para os demais ramos. A norma constitucional impacta o negócio jurídico, ou o contrato na mesma proporção em que deve ser suscitada mediante as hipóteses, também na medida em que a readequação da Norma a realidade fática. A hermenêutica jurídica confirma tal pressuposto, haja vista, que reitera o papel fundamental das normas constitucionais, de irradiar vertentes em relação ao direito civil. Ato contínuo, tem-se que as relações contratuais são suscetíveis às interpretações constitucionais. Segundo Tartuce (2021), a partir daí surgem a boa fé e a função social do contrato já mencionadas. (TARTUCE, 2021) Assim, há implicações no que tange a falta de documentos que os torna à margem social, como exemplo nota-se a falta de acesso as políticas públicas, saúde e educação, que foram agravados durante a pandemia.

Isto posto, nota-se que, em detrimento da realidade fática, há a deturpação dos direitos, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro aduz tratamento paritário entre os cidadãos, sejam brasileiros, sejam imigrantes. Tal cenário advém não apenas da crise epistemológica que envolve os microssistemas sociais, mas da burocratização no que diz respeito às documentações necessárias para efetivação da liberdade de contratar. (ZEIFERT, 2019)

Fica evidente, portanto, que medidas são necessárias e urgentes para dirimir tal problemática. Uma delas diz respeito ao desconhecimento do imigrante da possibilidade de regularização para evitar demais problemáticas que se mostram como empecilho para

a liberdade contratual. Nesse sentido, o desconhecimento sobre a gratuidade e a universalidade dos direitos, das políticas públicas, do acesso aos institutos básicos como o sistema único de Saúde obsta o reconhecimento como cidadãos brasileiros. Por isso, é imprescindível políticas públicas de conscientização, e que fomentem a acessibilidade a fim de reudiv a extensão da marginalização desses indivíduos. (SILVA, 2020)

Não obstante, vale mencionar a morosidade da regularização. Segundo a ACNUR (2021) e dados divulgados na sétima edição do relatório entre "refúgio em números" em 2021 das 29.107 solicitações de condição de refugiados foram reconhecidas apenas 3086 pelo Conare, sendo em sua maioria homens cerca de 78,5%, dessas 41,6% são venezuelanas. Esse cenário ratifica o distanciamento dos direitos imprescindíveis ao indivíduo frente a não regularização dessas pessoas marginalizadas.

Sabe-se que é missão da ACNUR (2021) assegurar os direitos de bem-estar dos refugiados. Para isso, é imprescindível a regularização do Refúgio com fundamento na lei 9.474/97. O pedido é realizado pela vítima de perseguição na delegacia de polícia federal ou determinada autoridade migratória na fronteira, isso se deve a necessidade de formalizar a proteção temporária com o governo brasileiro. Assim, o indivíduo preencherá um formulário, se não falar português, terá tradução, a polícia federal efetuará o termo de declaração que será encaminhado ao Conare para avaliação. Todavia, é notória a morosidade na análise deste pedido, o que provoca danos à integridade da pessoa, bem como, gera uma insegurança jurídica. Isso é assentado pela escritora Danielle Annoni (2018) que reflete esse quadro delineado pelo desconhecimento e a morosidade que obstam a dignidade humana, vez que não se reconhece a urgência necessária para a resposta da solicitação de refúgio.

Nesse sentido, o alongamento procedimental desemboca em uma barbárie humana, haja vista, a interferência na integridade pessoal e na marginalização dos refugiados. Tal vilipêndio a direitos básicos decorre da inutilização de instrumentos refradores, bem como lacuna entre a solicitação do refúgio e a instabilidade jurídica-social em decorrência da morosidade. (ANNONI, 2018)

Esse limbo vai de encontro aos princípios constitucionais assegurados como a razoável duração do processo e a eficiência. Tal arbitrariedade acumula injustiças, uma vez que é imprescindível para a obtenção de documentos para a regularização jurídica do refugiado, por conseguinte, responsável por permitir a este a realização de negócios jurídicos. (ANOREG, 2022) Ademais, percebe-se a ineficiência das legislações, em que pese a existência da Lei de Migrações nº 13.445/2017, esta não esclarece acerca do trato dos refugiados e ao processo de solicitação de refúgio. Desta feita, não resolve a problemática da morosidade interna dos processos de refúgio. (ANNONI, 2018)

Relevante se faz mencionar o cenário hodierno, de intensificação das civilizações de choque que dificultam as relações contratuais em face do refugiado venezuelano. Embora exista no panorama atual políticas públicas para justapor esse pensamento, a práxis da libertação apenas terá início a partir do reconhecimento da opressão existente, de uma estrutura historicamente hierarquizada e pautada no preconceito xenófobo. (ANNONI, 2018)

Em suma, nota-se a imprescindibilidade de ativar os direitos básicos dos refugiados venezuelanos, não apenas pela socialização, mas também pela integração. Nesse contexto, é imprescindível a atuação das organizações não governamentais, na diligência que impulsiona os direitos humanos. Essa integração perpassa a documentação regular, mas para isso é imprescindível a adequação do idioma, acesso aos serviços públicos, exercício de direito cidadãos, participação política e a socialização com estreitamento de laços entre a comunidade. Essa assistência com os suprimentos básicos desempenha papel essencial na garantia dos direitos fundamentais, seja em cursos da língua portuguesa ou a fim de instruí-los a respeito dos seus direitos, seja no abrigo, revalidação do diploma, alimentação e trabalho ou no auxílio à regularização imprescindível para concessão da dignidade humana. Por isso é imprescindível a interiorização e o acolhimento desses refugiados. (ACNUR, 2021)

Vale mencionar o 1º plano estadual de políticas públicas para refugiados migrantes, apátridas e retornados de Minas Gerais que tem como objetivo consultoria dedicada e apoio técnico a pessoas nessa situação no Estado mineiro. Dessa forma, é mister a discussão acadêmica no que tange esse problemático conflito de dirimir os assuntos relacionados aos aspectos contratuais. Assim, nota-se a ineficiência dos direitos constitucionais em detrimento da não efetiva liberdade contratual, uma vez que se observa a ausência de documentações pessoais, bem como, a necessidade dessas.

Nessa toada, cabe salientar a indispensabilidade de políticas públicas para solucionar essa problemática que impede a liberdade de contratar, por conseguinte o acesso à moradia digna pelo refugiado. Além disso, a burocratização se perfaz como gargalo no alcance aos direitos constitucionais, tendo em vista a ausência de documentos pessoais cumulado com a dificuldade de adquiri-los. Tal cenário frustra não apenas a plenitude da dignidade humana, mas a integração ao imigrante no Brasil. Apesar da legislação brasileira assegurar tais direitos evidencia-se uma deturpação destes. Assim, necessário se faz a concretização dos direitos por via da atuação estatal e de organizações não governamentais somadas à conscientização pedagógica do caráter isonômico da humanidade.

Considerações finais

Em face do exposto, nota-se que a formalização dos contratos, bem como os requisitos condicionantes devem ser analisados e discutidos frente a academia. Essa questão ao considerar as condições do negócio jurídico essenciais para a consecução da liberdade e da autonomia constitucional. Todavia, ao considerar os refugiados venezuelanos observa-se o gargalo no que concerne o direito na celebração de contratos, uma vez que há a falta de concretude dos requisitos frente a ausência de documentações que comprovam a capacidade deste. Tal parâmetro somado a ao empecilho estrutural engendrado mediante microssistemas sociais pautados no preconceito resultam em uma insegurança jurídica em âmbito cível, bem como distanciamento da dignidade humana.

No tocante, à capacidade jurídica e social do refugiado venezuelano, cabe mencionar que este ganha realce no cenário contemporâneo nacional. Assim, ao considerar as modalidades de contrato nota-se o paralelo com as necessidades exigidas, a exemplo dos documentos imprescindíveis para a consecução do contrato. Não obstante a

informalidade e a não regularização do imigrante óptica a formalização do contrato, uma vez que este não dispõe dos requisitos mínimos e é marginalizado, conforme aduz o antropólogo Appadurai (ZEIFERT, 2019).

Nessa perspectiva, no que concerne aos contratos de locação, que ilustram tal problemática, as pesquisas da Acnur (2021) demonstram que a maioria dos imigrantes que possuíam esses contratos foram despejados em âmbito da pandemia do Covid-19. Apesar das leis e das atuações jurisdicionais que favoreciam a parte mais vulnerável e impediam o despejo nas liminares, o mesmo não ocorreu para parte dos venezuelanos. Isso devido a inexistência de contratos em decorrência da falta de documentação e insegurança jurídica os deixaram à mercê das arbitrariedades dos proprietários de imóveis. Esse abuso aos direitos básicos ocorreu em várias relações contratuais em face da banalização da violência e a burocratização indevida.

Por fim, vale salientar o paradoxo contratual frente a realidade fática dos venezuelanos em Minas Gerais. Assim, há uma discrepância entre a normatização e caso concreto, haja vista, a liberdade de contratar prevista na Constituição Federal de 1988, que vai de encontro com a impossibilidade de estabelecer relações contratuais frente os gargalos enfrentados. Não malgrado, fomenta a discussão acadêmica para dirimir tais problemáticas. Portanto, reduzir o desconhecimento do imigrante acerca dos seus direitos é necessário, bem como promover a conscientização por meio de educação dialógica na desmistificação dos microssistemas sociais. Ademais, incentivar a interiorização do refugiado, bem como, a implementação de políticas públicas.

Referências

ACNUR/Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro, 2007. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados** – Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Lei 9.474/97 (art. 47) Ministério da Justiça, Secretaria nacional da Justiça, 2007

ANOREG/MG. Escritura de Compra e Venda de Imóveis, 2022. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/atos-extrajudiciais/tabelionato-de-notas/escritura-de-compra-e-venda-de-imoveis/>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

ANNONI, Danielle (org). **Direito internacional dos Refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai/UFPR, 2018.

BRASIL, Agência da ONU para refugiados. **Direitos e deveres dos solicitantes de refúgio no Brasil**. Acnur: 2021. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Direitos-e-deveres-dos-solicitantes-de-ref%C3%BAgio-no-Brasil_ACNUR-2010.pdf .Acesso em: 29 de outubro de 2022.

BRASIL, Agência da ONU para refugiados. **Interiorização beneficia mais de 50 mil refugiados e migrantes da Venezuela no Brasil**. ACNUR: 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2021/04/20/interiorizacao-beneficia-mais-de-50-mil-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-no-brasil/>. Acesso em: 29 de outubro de 2022.

BRASIL, **Portal de imigração.** Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/informacoes-gerais>. Acesso em: 01 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

CATALAN, Marcos Jorge. **Negócio jurídico: uma releitura à luz dos princípios constitucionais.** SEDEP: 2021. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/negocio-juridico-uma-releitura-a-luz-dos-principios-constitucionais/#:~:text=A%20norma%20constitucional%20influencia%20o,na%20busca%20do%20bem%20comum..> Acesso em: 29 de outubro de 2022

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; SILVA, B. G. **Relatório Anual 2021 – 2011-2020: Uma década de desafios para a imigração e o refúgio no Brasil.** Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: SaraivaJur, 2017.

JUNGER, Gustavo; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. **Refúgio em Números (7ª Edição).** Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2022.

JUNILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

OIM, Organização Internacional para as Migrações. Monitoramento do Fluxo da População Venezuelana: Rodada 7 Roraima Brasil. Março 2023. Disponível em: <https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd11496/files/documents/2023-03/OIM%20DTM%207.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

ONU, Organizações das Nações Unidas. **Refugiados venezuelanos ocupam ruas após despejos durante pandemia.** Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/10/1767882>. Acesso em: 01 de novembro de 2022.

SOUZA, Suzyanne Valeska Maciel de. Revista do Corpo Discente do Programa de Pós-Graduação em História da UnB EM TEMPO DE HISTÓRIAS. **A Teoria do Estado de Bourdieu e o não-lugar do refugiado.** Brasília-DF, 2021.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti (ed.). Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. **Direito em debate.** Editora Unijuí – Ano XXVIII – n. 52 – jul./dez. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Vitoria/Downloads/10008-Texto%20do%20artigo-42875-1-10-20191220.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2022

SILVA, Bárbara Correia Florêncio (orgs). **Migrantes e refugiados: desafios aos seus direitos.** Equidade: 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/migrantes-e-refugiados-desafios-aos-seus-direitos/> Acesso em: 31 de outubro de 2022.

OS CONTRATOS DE ALUGUEL FACE À LIBERDADE DE CONTRATAR E À REALIDADE DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL

SIMÕES, A; HALLAK NETO, J; CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; GUIMARÃES, B.
Relatório Conjuntural: tendências da imigração e refúgio no Brasil, 1º
quadrimestre/2022.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Teoria Geral dos Contratos em espécie.** São Paulo:
Editora Forense, 2021.

TORRELLY, Marcelo. (Coord.). **Política de refúgio no Brasil consolidado.** Brasília:
Organização

A “CRIMINALIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA” TRIBUTÁRIA DO ICMS FRENTE AO PRINCÍPIO PENAL DA “ÚLTIMA RATIO”: JUDICIALIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

THE “CRIMINALIZATION OF DEFAULT” TAX OF THE ICMS IN FRONT OF THE CRIMINAL PRINCIPLE OF “ULTIMA RATIO”: JUDICIALIZATION AND ADMINISTRATIVE PROCEDURES

Patrícia Neves Batista

ppatricianeves2000@gmail.com

<https://lattes.cnpq.br/7299056164077311>

RESUMO: O presente artigo tem o propósito de analisar a criminalização da inadimplência tributária do ICMS frente ao princípio penal da “última ratio”, estabelecendo a proporcionalidade entre a judicialização e procedimentos administrativos. O ICMS como um imposto de competência estadual, incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação na repercussão econômica do ICMS, ou seja, na transferência da carga tributária suportada pelo contribuinte de fato, o sujeito ativo que é o responsável por fiscalizar o recolhimento do tributo, bem como por nomear um ente da cadeia não necessariamente responsável pelo fato gerador. Entretanto, o responsável pelo recolhimento não poder ser o consumidor final. Daí a importância do consumidor não poder ser o responsável pelo recolhimento do tributo uma vez que ele não tem um vínculo jurídico direto com o órgão fiscalizador. Tal situação enseja a ideia de que a tributação está diluída no preço dos produtos e serviços consumidos pelo contribuinte. Este foi objeto de discussão no STF em HC 163.133 julgado em 18/12/2019. A referida decisão do STF em recurso extraordinário, suscitou uma discussão a respeito da criminalização do ICMS – imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, não recolhido ao decidir que “o contribuinte que de forma contumaz e com dolo de apropriação deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º da lei 8137/90”. Indaga-se, se seria necessário tipificar tal conduta tendo em vista o princípio penal da “última ratio” que é norteador do Direito Penal definido como o único capaz de evitar ocorrências ilícitas ou de punir com adequação a lesão do bem jurídico de relevância. Há outras medidas a serem tomadas antes de se procurar a responsabilização criminal, como escrito anteriormente, defender o princípio da intervenção mínima do Direito Penal e buscar por um adimplemento integral do débito em regime especial do parcelamento. Sendo assim, o objetivo deste artigo é estabelecer possíveis alternativas de sanções diversas da criminalização, visto que se extinto o débito, extingue-se a conduta inadimplente.

Palavras-chave: ICMS. Criminalização. Princípio “Última ratio”.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the criminalization of ICMS tax default against the criminal principle of the “ultimate ratio”, establishing the proportionality between judicialization and administrative procedures. ICMS, as a state tax, is levied on transactions related to the movement of goods and on the provision of interstate, intercity and communication services in the economic impact of the ICMS, that is, on the transfer of the tax burden borne by the taxpayer in fact, the active subject who is responsible for overseeing the payment of the tax, as well as for appointing a chain entity not necessarily responsible for the taxable event. However, the person responsible for the collection cannot be the final consumer. Hence the importance of the consumer not being responsible for paying the tax since he does not have a direct legal relationship with the supervisory body. This situation gives rise to the idea that taxation is diluted in the price of products and services consumed by the taxpayer. This was the subject of discussion at the STF in HC 163.133 judged on 12/18/2019. The aforementioned decision of the STF in an extraordinary appeal, raised a discussion regarding the criminalization of ICMS - tax on the circulation of goods and services, not collected when deciding that “the taxpayer who persistently and with fraud of appropriation fails to collect the ICMS charged of the acquirer of the goods or service falls under the criminal type of art. 2 of Law 8137/90”. It is questioned whether it would be necessary to typify such conduct in view of the criminal principle of the “última ratio” which is the guiding principle of Criminal Law defined as the only one capable of preventing unlawful occurrences or adequately punishing the injury to the relevant legal interest. There are other measures to be taken before seeking criminal liability, as previously written, defending the principle of minimal intervention in Criminal Law and seeking full payment of the debt under a special installment system. Therefore, the objective of this article is to establish possible alternatives of sanctions other than criminalization, since if the debt is extinguished, the defaulting conduct is extinguished.

Keywords; ICMS. Criminalization. “Última ratio” principle.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma análise interdisciplinar entre o Direito Penal e Tributário. Pretende, com base em decisão proferida em HC penal 163.334 do STF, analisar a criminalização do inadimplemento do ICMS frente ao princípio da “última ratio”. A discussão gerada frente a esse embate não é tão somente a inconstitucionalidade da criminalização do não recolhimento de um tributo, mas também usar o Direito Penal como primeira via de resolução de conflitos, objetivando diferenciar as infrações penais e fiscais da responsabilidade tributária dos contribuintes e demonstrar meios alternativos na seara administrativa para solucionar o não cumprimento das obrigações tributárias e estabelecer o uso do poder repressivo estatal como último recurso.

O Direito Penal desaprova exceção em priorizar e resguardar a dignidade humana, além de ser força repressiva para cumprimento da lei, sendo vedado o seu uso em intimidações fúteis e usado somente em situações em que visivelmente exista perigo à ordem pública ou risco ao bem jurídico, sendo o problema deste trabalho a decisão que priorizou a força repressiva como primeira via, discussão em que se justifica o presente estudo.

O Direito Tributário também subordinado a este princípio base da CRFB/88, guia suas lides na maioria das vezes, administrativamente, assim, respeitando a liberdade e a dignidade humana, bem como o princípio penal da “última ratio”.

Diante da problematização do tema, é observada a forma pleiteada para punição da referida infração fiscal, bem como a eventual inconstitucionalidade da criminalização do não repasse do imposto recolhido pelo contribuinte de direito, visto que priorizando a força estatal, uma inadimplência seria crime, decisão inconstitucional, visto que conforme a CF/88 nos termos do art 5º XXXVII, está prevista a ilicitude do cerceamento de liberdade por dívidas, sendo permitida a prisão em regra geral somente em “última ratio”.

Para tanto, a primeira seção tratará acerca do ICMS e a repercussão econômica tributária, posteriormente a segunda sobre o crime tributário e infração penal/ fiscal, e por fim, a última seção abordará o princípio penal da “última ratio” e a criminalização tributária do ICMS, discutindo a judicialização e procedimentos alternativos.

1 O ICMS: e a repercussão econômica tributária

Esta seção tem o propósito de analisar a repercussão econômica do ICMS, visto que tal função tem conexão com a criminalização pela eventual inadimplência. O ICMS como um imposto de competência estadual, incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação.

O ICMS, imposto Estadual, sucessor do antigo imposto de vendas e consignações (IVC), foi instituído pela reforma tributária da EC n. 18/65 e representa cerca de 80% da arrecadação dos Estados. É gravame plurifásico (incide sobre o valor agregado, obedecendo-se ao princípio da não cumulatividade- art. 155, § 2º, I, CF), real (as condições da pessoa são irrelevantes) e proporcional, tendo, predominantemente, um caráter fiscal. Ademais é imposto que recebeu um significativo tratamento constitucional -Art. 155, § 2º, I ao XII, da CF, robustecido pela LC número 87/96 que substituiu, o decreto de lei nº 406/68 e o

A “CRIMINALIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA” TRIBUTÁRIA DO ICMS FRENTE AO PRINCÍPIO PENAL DA
“ÚLTIMA RATIO”: JUDICIALIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

Convênio ICMS número 66/88, esmiuçando lhe a compreensão, devendo tal norma ser observada relativamente aos preceitos que não contrariarem a Constituição Federal. (SABBAG, 2020, p.1402-1403).

A vultosidade do princípio da não cumulatividade, manifesta-se quando impede a ocorrência do bis in idem, impedindo assim nos casos do ICMS, que o imposto incida sobre ele mesmo. Além disso, conforme o art. 155 § 2º, da CF, que determina também que os contribuintes serão definidos por lei complementar. Neste sentido a lei complementar 87/96, (Lei Kandir), define em seu artigo 4º que o sujeito passivo será o contribuinte que é qualquer pessoa que pratique, com habitualidade e intuito comercial, exercício de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações debutem no exterior.

Portanto a lei complementar define quem pode ser contribuinte e sujeito passivo por dívida própria ou alheia, sendo as pessoas que pratiquem operações relativas a circulação de mercadoria, prestadores de serviços de comunicação, transporte interestadual e intermunicipal e importadores de bens de qualquer natureza. Para Melo (2006) os sujeitos passivos são divididos em duas grandes categorias, os contribuintes por dívida própria e os responsáveis por dívida alheia, estes responsáveis substituem diversas espécies, como exemplo a substituição tributária.

Melo (2006), defende que a transferência da responsabilidade só deveria ocorrer por transferência, e que os casos em que a tributação é exigida a terceiros por meio da responsabilidade por substituição poderiam impossibilitar a ação tendo em vista que exclui o contribuinte natural do tributo, defende inclusive que o recolhimento antecipado “para frente” pela fonte pagadora é indevido, ou até mesmo inconstitucionais:

Por isso acompanho o Prudente conselho de Henry Tilbery no sentido de que " a lei ordinária que elege como responsável tributário uma terceira pessoa sem que haja esse vínculo, rigorosamente interpretado pro lege, estaria sujeita a impugnação por inconstitucionalidade pois a sujeição passiva indireta, Depende de Norma legal expressa e válida, isto é de lei que não extravasa dos limites de que marcado pela lei complementar ". Não creio que o princípio da capacidade contributiva (ou Econômica, como se prefere) imanente e a distrito ao realizador do fato imponível- compreenda e permita a distribuição de cargas tributárias estranhas ao fato imponível. (DE MELO,2020, p.169).

O autor defende que para construir o sujeito passivo, é imprescindível a análise da capacidade contributiva que para Sabbag (2022, p. 171) “evidencia uma das dimensões da isonomia, a saber, a igualdade na lei, quando se busca tratar de forma distinta, diversas situações”, pois acredita que desta forma todas as determinações serão analisadas, defende que qualquer contribuinte que não seja destinatário constitucional tributário ensejará em uma inconstitucionalidade.

Entretanto, há a possibilidade de figurar no polo passivo da relação jurídica o responsável tributário, quando escolhido por lei para pagar o tributo, sem que tenha realizado o fato gerador (Art. 121, parágrafo único, II do CTN). A própria Constituição Federal, em seu artigo 150 § 7º, admite o fenômeno da responsabilidade atingente ao ICMS, no contexto da substituição tributária progressiva ou “para frente” -escolha de uma terceira pessoa para recolher o tributo da ocorrência do fato gerador em uma nítida antecipação de recolhimento perante o fato gerador presumido. Exemplo a saída do veículo produzido na indústria automobilística em direção a concessionária. O fato gerador ocorrerá em momento ulterior, com a vinda do veículo na concessionária, porém o ICMS é recolhido antes da ocorrência do fato imponible. É a substituição tributária “para frente”, pois o fato gerador ocorrerá na “frente e”. (SABBAG, 2020, P.1403-1404).

Sabe-se que, conforme o artigo 121 do CTN, o contribuinte é aquele que está diretamente ligado ao fato gerador, jáo responsável tributário alguém com ligação indireta, mas que tem a obrigação legal de recolher o tributo, quando na substituição tributária é nomeada uma terceira pessoa jurídica para recolhimento do tributo, existe a hipótese do art. 128 do CTN que exclui a responsabilidade do contribuinte supletivamente atribuindo de modo expreso a responsabilidade pelo crédito a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador de certa obrigação.

Impede destacar, no entanto, que, no âmbito do ICMS, é corriqueiro o fenômeno de substituição tributária regressiva ou “para trás”, marcada pela ocorrência de fato gerador em um momento anterior ao pagamento do tributo, cuja efetivação fica postergada ou diferida. Trata-se do fenômeno do diferimento. (SABBAG, 2020, p.1403 1404).

Significa dizer que o repasse tributário que seria feito em um momento de inércia é repassado em um momento posterior. Como exemplo quando a cadeia começa no produtor rural e após é repassado à indústria, que é escolhida para ser a responsável pelo recolhimento e repasse do referido tributo.

A “CRIMINALIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA” TRIBUTÁRIA DO ICMS FRENTE AO PRINCÍPIO PENAL DA
“ÚLTIMA RATIO”: JUDICIALIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

Daí porque, a nosso ver, equivocadamente, a doutrina do direito tributário costuma distinguir contribuinte de direito do contribuinte de fato. Aquele é o sujeito passivo natural da obrigação tributária por ter um liame jurídico com o fisco, enquanto este último nenhuma relação jurídica mantém o fisco que sequer o conhece, mas, arca com o encargo financeiro do tributo. (HARADA, 2019, s/n).

A citação acima mostra a insatisfação da distinção entre contribuintes de direito e de fato, sendo assim uma vertente da repercussão econômica. Para Sabbag (2020) o diferimento é o ato de delongar o recolhimento do tributo indireto para o momento seguinte “atrás” ao do fato gerador. Ato que está inserido no contexto do ICMS, quando o crédito tributário é extinto pelo contribuinte de fato e não pelo contribuinte de direito, isso ocorre porque mesmo que o “responsável tributário” não tenha contato direto com o fato gerador, o (Fisco) sujeito ativo, observa neste último maior poder para realizar o embolso do tributo na “frente”, tendo em vista sua relação direta com o fisco e suporte econômico.

O sujeito ativo que é o responsável por fiscalizar se o recolhimento do tributo foi feito, também é responsável por nomear um ente da cadeia não necessariamente responsável pelo fato gerador, mas responsável pelo recolhimento de acordo com o que facilitaria a fiscalização do polo ativo.

A CRFB/88, em seu artigo 150, parágrafo 2º, inciso I, dispõe que o ICMS: será não cumulativo, possibilitando a compensação em operações mercantis do tributo recolhido anteriormente nas operações subsequentes. Quer dizer, se uma indústria de Minas Gerais paga tributo de uma alíquota de 20%, sobre a base de cálculo de determinado produto e o envia ao comércio de Minas Gerais, que aumenta a base de cálculo do produto, mas mantém a alíquota de 20%, o comércio não pagará o imposto integral pois já foi tributado anteriormente, sendo descontado o valor já pago, e calculado novo valor sobre o produto.

A não cumulatividade constitui uma técnica de tributação que visa impedir que as incidências sucessivas nas diversas operações da cadeia econômica de um produto impliquem um ônus tributário muito elevado, decorrente da múltipla tributação da mesma base econômica, ora como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, ora como produto final. (PAULSEN, 2022, p.42)

Neste sentido, a não cumulatividade, que consiste no desconto do tributo adiantado na base de cálculo, para que tributo não seja bi tributado. O objetivo é que limite a

incidência nas cadeias de produção e circulação mais extensas, sendo assim que em cada etapa o imposto incide apenas sobre o valor agregado, gerando um crédito para que o imposto não incida sobre o tributo anteriormente pago.

Analisada as características do ICMS, necessário compreender que no julgamento do HC 163.334-SC, objeto de análise desta pesquisa, a tese da criminalização se fundamentou na possível repercussão econômica do ICMS.

A repercussão econômica do tributo, é a transferência da carga tributária a ser suportada pelo contribuinte de direito para o contribuinte de fato. Para Harada (2019) a repercussão econômica é o ato de repetir, ou seja, do contribuinte transferir o ônus financeiro até o próximo da etapa de circulação até chegar no consumidor final.

Entende-se que a repercussão econômica do tributo (cadeia) tem natureza financeira e não tributária, tendo em vista que segue uma transferência de ônus do tributo do produtor que está ligado ao fato gerador até o consumidor final por meio da inserção do tributo na compra e venda. Finaliza Harada (2019) dizendo que “o imposto indireto seria aquele em que o ônus financeiro do tributo é transferido ao consumidor final, por meio do fenômeno da repercussão econômica”.

Todavia, há um rol de impostos “indiretos ou” de mercado que muitas vezes passam despercebidos ao consumidor de mercadorias e serviços em função do fenômeno financeiro da “repercussão ou” translação dos encargos fiscais. Quem recolhe o imposto, isto é, o “contribuinte de jure, necessariamente não é quem suporta financeiramente o encargo financeiro, e sim o “contribuinte de fato”. Muita gente desconhece que, ao comprar uma gravata, um sapato, uma camisa, um gênero alimentício, uma geladeira, está pagando ICMS e, quiçá, IPI. (COELHO,2012, p. 701).

Dessa forma, a repercussão econômica do tributo se dá pela transferência das despesas do tributo para o próximo consumidor que ative o ônus financeiro reembolsado, porque de maneira indireta a despesa do imposto é do consumidor final.

No caso do ICMS, típico exemplo de imposto indireto, o seu fato gerador é a circulação de mercadoria *e não o seu consumo*. Logo, o contribuinte do imposto só pode ser aquele que promove operação de circulação de mercadoria, e não aquele que consome a mercadoria. Mesmo nas hipóteses de substituição tributária não se pode dissociar o elemento nuclear, objetivo ou material do fato gerador da obrigação tributária do seu elemento subjetivo passivo, buscando vinculação de uma terceira pessoa alheia à situação configuradora do fato gerador. O consumidor não é contribuinte, nem pode ser eleito como responsável

A “CRIMINALIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA” TRIBUTÁRIA DO ICMS FRENTE AO PRINCÍPIO PENAL DA
“ÚLTIMA RATIO”: JUDICIALIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

tributário (art. 128 do CTN) porque ele é uma pessoa estranha ao fisco que sequer o conhece. (HARADA, 2019, s/n).

Novamente lembrando que o contribuinte não poder ser o consumidor final, diante disso dá-se a importância de o consumidor também não poder ser o responsável pelo recolhimento do tributo uma vez que ele não tem um vínculo jurídico direto com o órgão fiscalizador. Tal situação enseja a ideia de que a tributação está diluída no preço dos produtos e serviços consumidos pelo contribuinte.

Por derradeiro, a repercussão econômica do ICMS, ou seja, a transferência da carga tributária suportada pelo contribuinte de fato, foi objeto de discussão no STF em HC 163.133 julgado em 18/12/2019.

2 CRIME TRIBUTÁRIO E INFRAÇÃO PENAL/ FISCAL

A decisão do STF em recurso extraordinário do HC 163.334 de 18/12/2019, suscitou uma discussão a respeito da criminalização do ICMS – Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, não recolhido ao decidir que “o contribuinte que de forma contumaz e com dolo de apropriação deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º da lei 8137/90”. Indaga-se se seria necessário tipificar tal conduta tendo em vista o princípio penal da “última ratio” que é norteador do Direito Penal definido como o único capaz evitar ocorrências ilícitas ou de punir com adequação a lesão do bem jurídico de relevância, enfim o último recurso.

Inicialmente dada a interdisciplinaridade do Direito Penal e do Tributário, cumpre definir a infração penal como:

Toda conduta ilícita que se adéqua ao texto penal punitivo, ou seja, um crime ou contravenção penal. Esta conduta comissiva ou omissiva, que deve estar almejado com a tipicidade, com dolo ou culpa e para alguns, renomados doutrinadores que defendem a culpabilidade. (ALMEIDA, 2018, s/n).

Para Santana Ribeiro (2022) o Direito Penal Tributário aplica sanções àquelas condutas que agridem ao Sistema Tributário Nacional e são dignas de tutela penal como a pena privativa de liberdade tipificando os comportamentos, baseados no não cumprimento das obrigações do cidadão, contribuinte, para com o Estado, o Fisco.

A referência ao termo “ofensa real ou potencial a um bem jurídico”, demonstra a necessidade de definir o bem jurídico a ser tutelado nessa relação Estado e cidadão

embasado no artigo 5º inciso LXVII da CF. Nestes termos não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, seria o bem jurídico a ser tutelado nesta relação à liberdade:

Tendo em vista o caráter fragmentário do direito penal, temos que ele somente deve selecionar os comportamentos mais reprováveis para erigi-los à condição de crime; e, quanto ao seu caráter subsidiário, somente deverá atuar quando os demais ramos do Direito não se mostrarem suficientemente aptos à defesa do bem jurídico.(CAPEZ, 2020, p. 799-700).

Tendo em vista que empregar o Direito Penal como meio coercitivo seria ir diretamente para última instância, o autor defende a corrente de que tal esfera deverá atuar somente quando não restarem outras ferramentas de resolução do conflito. Neste sentido sobre a exclusividade da infração administrativa entende-se que:

O inadimplemento tributário ou simples não pagamento de tributo no prazo de vencimento, sem que a ele esteja associada nenhuma omissão de informações ao Fisco, não emissão de documento fiscal ou prática de fraude, constitui infração exclusivamente administrativo-tributária, a menos que implique apropriação indébita por substituto que deixe de recolher tributo retido ou cobrado do contribuinte ou por contribuinte de direito que deixe de recolher tributo indireto cujo ônus financeiro tenha repassado ao consumidor, contribuinte de fato. A pura e simples inadimplência é situação corriqueira decorrente do fluxo financeiro ou da desorganização dos contribuintes, mas sem maior potencial lesivo, sendo pagos os tributos posteriormente, com multa e juros moratórios.(PAULSEN, 2022, p.480).

O entendimento da referida citação é de que a infração cometida pelo indivíduo em não repassar ao Fisco o tributo recolhido, deveria ser processado em âmbito administrativo, tendo em vista que não houve omissão de informações ao Fisco. A prática de fraudes e não emissão de nota fiscal se enquadrariam como infração tributária pelo fato da inobservância de normas estabelecida na lei tributária ou crime tributário tendo em vista que estes crimes são fraudes referentes ao acerto de contas dos tributos devidos ao estado.

Quando há descumprimento das obrigações tributárias, já na infração penal se dá por uma conduta reprovável, que expõe bens jurídicos a perigo e é cometida por fato típico, ilícito e culpável, sendo necessária a produção de resultado, o autor assume o risco, que seria o caso só se sancionaria na esfera Penal.

A “CRIMINALIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA” TRIBUTÁRIA DO ICMS FRENTE AO PRINCÍPIO PENAL DA
“ÚLTIMA RATIO”: JUDICIALIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

Para configurar, desta feita, uma infração tributária, necessário, apenas, que o indivíduo deixe de honrar com seu dever tributário de solver o débito ou suas obrigações acessórias. O delito penal tributário deve representar uma ofensa a um bem jurídico de ordem tributária, quando um determinado comportamento ofendê-lo, não podendo ser criminalizada a mera infração do dever de pagar o tributo, até por conta do caráter fragmentário do Direito Penal, isto é, a ciência jurídica penal deve ser utilizada como última ratio, pois enquanto outras ciências jurídicas forem subsistentes à tutela do bem pretendido, a criminal deverá se abster, limitando o poder punitivo estatal. (SCARANELLO, 2020, S/N).

Sabe-se que o princípio penal da “última ratio” consiste em usar o direito penal como última via de resolução de conflitos, neste sentido o autor cita o princípio penal, defendendo sua vertente de que não se deve criminalizar o mero inadimplemento do tributo. Deixando o contribuinte de honrar com seu dever sofrerá uma sanção administrativa.

Existem infrações que, além de configurar ilícito tributário, incidem nas normas de natureza penal, provocando a atuação, ao mesmo tempo, do órgão administrativo fiscal e do órgão judiciário. Exemplo de infração fiscal: determinado contribuinte do ICMS consigna inadvertidamente na nota fiscal de transferência de mercadoria de um para outro estabelecimento da mesma empresa um endereço diferente do que deveria constar. Constatada a irregularidade pelo fisco, será lavrado o competente auto de infração. (HARADA et al, 2014, p.59).

Há previsão legal para os crimes elencados no âmbito penal, sendo necessária que o contribuinte assumo o risco tendo em vista que todos os crimes tributários são de natureza dolosa, ou seja, não existe a possibilidade de o contribuinte cometer o crime sem a intenção, como o crime previsto no art. 298 do CP, que versa sobre as condutas, que esclarecem que falsificar ou alterar todo ou em parte documento particular verdadeiro é crime penal que tem como pena reclusão de um a cinco anos e multa.

Além disso, o texto dos artigos 1º e 2; da Lei n. 8.137/90, trazem inovações do texto definindo os verbos em que se atribuirá cada conduta dispondo que:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Com a publicação da Lei n° 8.137/90 foi revogada tacitamente a lei anterior n° 4.729/65. A nova lei supracitada foi clara em definir os verbos e condutas em que se encaixaria cada comportamento infrator, esclarecendo quais seriam no âmbito penal e quais as sanções administrativas, com a finalidade de assimilar os seus respectivos responsáveis pelo recolhimento de cada tributo em comento, surgem as discussões em que o responsável tributário, que não teve vínculo com o fato gerador tributário, foi-lhe atribuída a responsabilidade penal.

(...) quando se trata de atribuir responsabilidade penal ao sujeito que ostenta a condição especial requerida pelo tipo é necessário demonstrar que, de fato, foi o autor material da conduta incriminada, e que possui um vínculo subjetivo com ela, isto é, que agiu dolosamente. (SCARANELLO apud BITENCORT, 2013, p72).

Em toda responsabilização do ordenamento jurídico necessita-se das provas periciais, testemunhais para a apuração verídica dos fatos, entendendo que os crimes contra a ordem tributária, são enquadrados na modalidade dolosa, ou seja, o sujeito assume o risco de infringir a lei expressa. Nos incisos do artigo 1° da referida lei são redigidos com riqueza de detalhes passando ao leitor a ideia de que a responsabilidade do sujeito passivo na área tributária é, diferente da responsabilidade penal, fragmentado os atos e colocando condições específicas para a presunção.

Sendo assim atribuir um crime penal a um indivíduo que não teve diretamente conhecimento do fato gerador diverge da própria lei que é específica para responsabilizar direta e indiretamente cada qual em seu gral de dolo e matéria de sanção.

Paulsen (2022) entende que se houver divergências na interpretação da legislação tributária o fato não pode ser considerado como criminoso, visto que por serem interpretações antagônicas não ocorreu a fraude e cita o acórdão do STF sobre a matéria dizendo que “A errônea exegese da lei tributária quanto ao cálculo correto do ICMS no lançamento de crédito, em face de diferença de alíquotas praticadas no Estado de destino e no de origem, ausente o elemento fraude” que não configura a infração tipificada no art. 1°, I e II, da Lei n. 8.137/90”.

No entendimento do autor quando há divergência de interpretação na conduta do agente, não se deve prosseguir com a acusação ou denúncia visto que há dúvidas quanto a materialidade do delito. Sendo assim mais uma vez exposta a repulsa quanto a criminalização de não recolhimento de dívida tributária.

Ao adotar o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, defendido ao longo dos estudos apresentados, o presente trabalho buscou defender a importância do Direito Tributário e a posição da norma penal tributária de assumir uma finalidade coercitiva de garantir o adimplemento do crédito tributário, satisfazendo a obrigação tributária principal, seja, a princípio, por meio do pagamento integral do montante do débito tributário, por parte do contribuinte, seja por meio do pagamento de todas as parcelas referentes ao regime especial de parcelamento que aderiu. Garantida a finalidade principal da obrigação tributária, não há o porquê da continuidade da tramitação de uma ação na esfera penal. O contrário feriria o próprio princípio que fundamenta a ciência criminal. (SCARANELLO, 2020, s/n).

O propósito geral para a referida discussão é de que a dívida seja honrada pelo contribuinte. Há outras medidas a serem tomadas antes de se procurar a responsabilização criminal, como escrito anteriormente defender o princípio da intervenção mínima do direito penal é buscar por um adimplemento integral do débito em regime especial do parcelamento, por exemplo.

3. O PRINCÍPIO PENAL DA “ÚLTIMA RATIO” E A CRIMINALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS: judicialização e procedimentos alternativos

O princípio penal da “última ratio” ou última hipótese consiste em utilizar o direito penal em ocasiões onde os meios extrapenais não forem suficientes para assegurar a segurança pública. Sendo assim o objetivo deste tópico é estabelecer possíveis alternativas de sanção diversas da criminalização.

Conforme defende Nucci (2015) o Direito Penal não deve ser usado como joguete político para casos passageiros, o papel deste direito é ser escalado quando não há mais opções ao Estado se não criminalizar a conduta, portando leis descontinuas não harmonizam com o texto constitucional de 1988.

A crítica de Nucci (2015) refere-se a criminalização de determinada conduta de menor potencial ofensivo ou possivelmente puníveis em outra esfera. O direito penal não atende demandas de mediação e conciliação, neste sentido se o Direito Penal fosse primeira opção de resolução e conflitos para o legislador, a força estatal estaria sendo trivial, priorizando a aspereza, punindo todos os mínimos delitos com sanções desajustadas e infringindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a lei seria

imposta com abuso e hipérbole, sobrepondo a estupidez ao acolhimento, desvio da ordem em nome da lei.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidades estão diretamente ligados aos procedimentos seguidos pela Administração Pública, que devem utilizar da prudência para evitar condutas absurdas ou abusivas, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII e art. 2º da Lei nº 9.784/1999. Assim o procedimento deve seguir primariamente por caminhos alternativos, visto que para Nucci (2015) a demasia de fatos típicos prejudicam a convicção de intervenção mínima, sendo assim o Direito Penal perderia seu caráter fragmentário invadindo outros ramos de resolução de conflito do direito, o Estado ultrapassaria um limite sem alguma ponderação e reivindicando somente a si a resolução de conflitos, retirando o direito penal da posição de “última ratio”.

O caráter subsidiário do direito penal deve se ater a todas as ciências jurídicas para que não seja injustamente punida a conduta fora do princípio da razoabilidade. Concluindo assim que “A privação e mesmo a restrição a esse direito fundamental dependem de um juízo de proporcionalidade bastante rigoroso, feito, primeiramente, pelo legislador, mas também pelos aplicadores das leis”. (PAULSEN, 2022, p. 92).

Como mencionado acima, a conduta criminosa só se justifica se for uma ofensa intolerável a um bem jurídico e que mesmo sendo intolerável poderá haver meios alternativos de resolução para determinado fato típico. Havendo outros meios;

Conforme o pensamento de Nucci (2015) o Direito Penal tem caráter subsidiário em relação a outros ramos do ordenamento jurídico, na deficiência de enquadramento legal busca-se o Direito administrativo impondo-se uma multa, no Direito Civil, ou Direito Trabalhista, e assim em diante. Exauridas as medidas punitivas extrapenais, prevalecendo o dano ao bem jurídico reiteradamente, finalmente chega o momento de proporcionarem a intervenção estatal penal.

As opções acima citadas também se aplicam no âmbito tributário, o inadimplemento do ICMS poderia ser amparado por outro tipo extrapenal. Como por exemplo Paulsen (2022) nos crimes contra a ordem tributária, quando em menor potencial ofensivo motivam negócios processuais como a transação penal e o ANPP afastando a condenação e o oferecimento e recebimento de denúncia mediante condições.

Estes acordos ofertados pelo Ministério Público quando cabíveis servem para que determinado ato não seja punido desproporcionalmente. Visto que há meios de resolução na conduta de ser inadimplente de forma contumaz sobre o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

A “CRIMINALIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA” TRIBUTÁRIA DO ICMS FRENTE AO PRINCÍPIO PENAL DA
“ÚLTIMA RATIO”: JUDICIALIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

Os ilícitos tributários culposos não são alcançados pelo direito penal tributário. Não temos, no nosso direito, a criminalização de condutas culposas nessa seara. O descumprimento das obrigações principais e acessórias por negligência ou imperícia encontra repressão efetiva e suficiente com as penalidades aplicadas pelo Fisco mediante lavratura de autos de infração: em regra, multas moratórias, de ofício ou isoladas. Temos, aqui, a aplicação da ideia de fragmentariedade. Os ilícitos tributários dolosos, por sua vez, quando de baixíssimo potencial ofensivo, incapaz de causar violação efetiva à ordem tributária, também não implicam crime, sendo, tais condutas, consideradas penalmente insignificantes. Refiro-me às sonegações de valor diminuto que o próprio Fisco entende justificarem, sequer, a inscrição em dívida ou a cobrança executiva. Entende-se, nesses casos, que não há justa causa para a persecução penal. O conceito material de crime, portanto, é observado.(PAULSEN, 2022, P. 91,92).

Os ilícitos culposos por negligência são sancionados pelo Fisco com multas, os dolosos quando considerados insignificantes também não implicam crime, respeitando que conforme dito sobre o princípio da fragmentariedade a criminalização deve se responsabilizar somente com relevantes ofensas realmente graves contra os bens jurídicos protegidos. Outros não criminalizados são:

Os ilícitos tributários dolosos que configuram crime (formal e materialmente), ainda assim não ensejam a aplicação do direito penal quando o infrator repara integralmente o dano (paga o tributo devido com os juros) e se submete à penalidade administrativa que lhe tenha sido aplicada (paga a multa qualificada), satisfazendo integralmente o crédito tributário. Nesse caso, tendo sido recomposta a ordem e efetiva a repressão administrativa, a lei considera extinta a punibilidade, impedindo a persecução penal. A subsidiariedade, como se vê, opera por força de lei. Tratamos desse ponto em item específico adiante. Apenas ao infrator renitente que ofende a ordem tributária, não a recompõe e não cumpre a sanção administrativa, deixando se suportar a repressão correspondente, é que se aplica o direito penal tributário, como última ratio.(PAULSEN, 2022, P. 91,92).

Visto que se extinto o débito, extingue-se a conduta de inadimplência, poderia o Fisco entrar com uma ação de Execução Fiscal contra o contribuinte inadimplente para que caso não faça a quitação, o tributo devido seja executado pela justiça, mantendo assim o caráter subsidiário do direito penal.

Conforme Paulsen (2022) a apropriação indébita tributária pressupõe a regularidade documental para que seja comprovado o não repasse de valor retido ou cobrado, o crédito deve estar formalizado nos documentos emitidos pelo sujeito passivo da obrigação

tributária e suposto agente do crime aplica-se a Súmula 436 do STJ, segundo a qual “a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco”.

Diante do exposto analisar-se-á o RHC 163.334, e o crime de apropriação indébita, pois o contribuinte deixando de repassar o tributo recolhido, estaria se apropriando indevidamente de valor pertencente ao estado.

Foi julgado o mérito do HC 163.334 em 18/12/2019 pelo Pleno do STF, estabeleceu a compreensão de que “O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90”. Sendo assim, ratificou o entendimento apreciado pela Terceira Seção do STJ no julgamento do HC 399.109, em agosto de 2018, reiterando que “o valor cobrado do consumidor a título de ICMS não integra o patrimônio do contribuinte que, nesse caso, tem o dever de recolher o valor já pago aos cofres públicos, sob pena de incorrer na conduta do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90”.

A posição adotada pelo RHC aprovou o entendimento do HC 399.109 de que o repasse do ICMS não integra patrimônio do contribuinte. A responsabilidade econômica é desse contribuinte de direito, tendo em vista sua hipersuficiência que é o que interessa ao Fisco;

Esse entendimento das cortes superiores nos remete à classificação dos tributos, quanto ao seu ônus econômico, em tributos diretos e indiretos. Os tributos que implicam carga tributária a ser suportada pelo contribuinte de direito – assim entendido aquele que a lei coloca no polo passivo da relação tributária enquanto devedor – são denominados tributos diretos. Já os tributos que incidem por ocasião da venda de mercadorias e serviços e que compõem o valor total da operação, inclusive sendo destacados nos documentos fiscais respectivos, tendo o seu custo, desse modo, repassado ao adquirente ou consumidor – que, por isso, é considerado contribuinte de fato –, são denominados tributos indiretos. (PAULSEN, 2022, 267).

Como já mencionado nos tópicos anteriores o Fisco não pode determinar que o consumidor seja contribuinte responsável, mesmo sendo contribuinte de fato, tem caráter hipossuficiente, e incerteza de sua aquisição do produto não poder ser o consumidor final, não tendo como ser contribuinte palpável, diante disso dá-se a importância de o consumidor também não poder ser o responsável pelo recolhimento do tributo uma vez que ele não tem um vínculo jurídico direto com o órgão fiscalizador.

A “CRIMINALIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA” TRIBUTÁRIA DO ICMS FRENTE AO PRINCÍPIO PENAL DA
“ÚLTIMA RATIO”: JUDICIALIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

O ICMS é um imposto indireto que acumula as operações de circulação de mercadorias, a saída será acompanhada de documento fiscal contendo a alíquota superior à aplicável às demais mercadorias e serviço e o destaque do tributo por dentro do seu preço, no andamento da cadeia de circulação será feita a cobrança do adquirente (contribuinte de fato) e após do contribuinte de direito que é o comerciante, ou seja, recolhera e repassara o valor do ICMS cobrado, com o preço da mercadoria, do adquirente, ao Fisco estadual. Caso não o repasse o montante, terá se apropriado do referido valor referente ao ICMS.

O contribuinte de direito terá o encargo de repassar ao Fisco o valor do ICMS, não fazendo reiteradamente, será incurso no crime de apropriação indébita. O caráter contumaz serve para delimitar quando será conduta típica e atípica;

Há de se destacar, porém, que o STF, ao considerar crime a apropriação indébita de ICMS próprio, o que também se aplica ao IPI e ao ISS, fez constar da tese que se trata de deixar de recolher “de forma contumaz e com dolo de apropriação” o imposto cobrado do adquirente da mercadoria. Esse caráter contumaz da conduta não consta do tipo, mas se presta para diferenciar o mero inadimplemento da conduta criminosa de apropriação indébita tributária. Deixar de recolher o imposto, episodicamente, pode decorrer de problemas de caixa, simples indisponibilidade financeira, situação circunstancial e passageira.(PAULSEN, 2022, 268/269).

O autor separa a conduta típica da atípica reiterando que o mero inadimplemento de um mês não se enquadra no tipo penal. Mas que a conduta típica de deixar de pagar por um longo período mostra a intenção de lesar o Fisco e seus concorrentes;

Paulsen (2022) afirma que o inadimplemento reiterado, contumaz, revela a intenção do contribuinte de lesar o Fisco dolosamente e a concorrência, um contribuinte de metodicamente apropria-se do imposto destacado nas notas, que repassa o encargo ao consumidor final de seus produtos, mercadorias ou serviços, infringe a ordem tributária, sendo injusto que cobre do consumidor e não cumpra com suas obrigações mínimas das atividades que realiza enquanto os impostos devidos já destacados, esta conduta revela a intenção ou aceitação de apropriar-se dos impostos destacados nos documentos fiscais sob sua tutela ou gestão. A apropriação contumaz dos impostos indiretos consiste em apoderar-se do que deve ser repassado ao Fisco, causando prejuízos notórios ao erário e violando a ordem tributária.

A conduta consiste numa forma geral em deixar de cumprir obrigações essenciais a quem trabalha com atividades econômicas, que além de lesar o Fisco causa dano econômico ao erário. Ofereceram ações penais que se enquadraram em conduta atípica, por não estar presente o elemento contumácia;

O STJ chegou a se deparar com ações penais em que fora imputada a apropriação indébita em face de um único não recolhimento de ICMS, tendo provido recurso para absolver o réu por atipicidade da conduta. Consta do julgado: “inafastável a conclusão de que, conquanto o fato deletério atribuído ao ora Agravante, a princípio se subsuma à figura penal antes mencionada, a ausência de contumácia – o débito com o Fisco se refere a tão somente 1 (um) mês –, conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta e, por conseguinte, à absolvição do Réu com esteio no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal”. (PAULSEN, 2022, 270).

Então o mero inadimplemento não configura crime penal, somente acompanhado de reincidência da referida conduta. Mas gera dúvida aos contribuintes, quantos meses se configuraria contumácia?

A tipicidade material do crime de apropriação indébita em face do não recolhimento de tributo indireto depende da contumácia enquanto habitualidade, recalcitrância sistemática. Tratar-se-ia de uma norma em branco, a ser preenchida pelo legislador tributário de cada ente político? De modo algum. Em primeiro lugar, porque o tipo penal sequer refere a palavra contumácia. Segundo, porque tal expressão não pressupõe uma outra norma que preencha a previsão legal, constituindo, isso sim, um conceito aberto, a ser definido pelo intérprete. Pode-se tomar como referência eventual definição de contumácia para fins tributários que conste da legislação tributária, seja em nível legal ou infralegal, efetivamente, mas não por integrar o tipo penal e, sim, por representar um parâmetro valorativo do que se pode entender por isso. (PAULSEN, 2022, 270/271).

Entendeu-se que a contumácia apenas não seria capaz de comprovar o delito. Com a frequência da dúvida o STF afastou a tipicidade por ausência de contumácia sendo necessários indícios de intenção de lesar o Fisco e demonstração de dolo e apropriação;

Analisando caso concreto, o STF afastou a tipicidade de conduta por ausência de contumácia contrastando o período de inadimplemento com o tempo de existência da empresa. Decidiu: “na espécie vertente, os julgados das instâncias anteriores não explicitaram ser contumaz o comportamento da agravada nem demonstraram o dolo de apropriação. Consta que se verificou a ocorrência no período de janeiro a dezembro de 2016, em pessoa jurídica iniciada em 1998, transformada sem modificação do quadro societário em empresa individual de

A “CRIMINALIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA” TRIBUTÁRIA DO ICMS FRENTE AO PRINCÍPIO PENAL DA “ÚLTIMA RATIO”: JUDICIALIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

responsabilidade limitada – Eireli em 2013 e que as alterações contratuais foram devidamente registradas na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina – Jucesc (fls. 50-57, v. 1)”. O HC foi concedido considerando não ter sido demonstrado o não recolhimento contumaz. (PAULSEN, 2022, 272).

Restou firmado que não há como investigar a infração baseado em apenas questões de lapso temporal, restando a busca de eventuais indícios de autoria e materialidade. Complementando o entendimento através de precedentes;

Em outro precedente, reafirmou que “a caracterização do crime depende da demonstração do dolo de apropriação, a ser apurado a partir de circunstâncias objetivas factuais, tais como o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de ‘laranjas’ no quadro societário, a falta de tentativa de regularização dos débitos, o encerramento irregular das suas atividades, a existência de débitos inscritos em dívida ativa em valor superior ao capital social integralizado etc.”. E, no caso concreto, teve em conta que “a despeito de o delito ter sido perpetrado pelo período de 3 meses – o que poderia, *ictu oculi*, afastar a contumácia a que se refere o precedente acima colacionado –, consta dos autos o contrato social da empresa, cujo importe está aquém do numerário tributário devido, débito este que perfazia montante bem superior ao capital social integralizado”. (PAULSEN, 2022, 272).

O entendimento final através de súmulas e precedentes é que o inadimplemento de apenas um mês não seria suficiente para enquadramento em apropriação indébita e muito menos no tipo penal do art 2º da lei 8137/90, sendo assim a contumácia deverá ser analisada juntamente a outros fatores para que haja o crime de apropriação indébita, quais sejam, o dolo (intenção de apropriação), contumácia exacerbada, inadimplência e falta e tentativas de regularizar a quitação, possível conduta de vendas de produtos abaixo do preço de mercado, intervenção em fiscalização ou investigação, possível utilização de sócio falso e, por fim, dívidas superiores ao capital integral de sua empresa. O indivíduo que se enquadrar em contexto parecido com as referidas opções, resulta na má fé e intenção de apropriar-se do valor repassado, cometendo assim o crime de apropriação indébita tributária referente ao valor do ICMS que deveria ter sido recolhido e repassado ao Fisco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como parâmetro o HC 163.334 sob a luz do princípio penal da “última ratio”, bem como análise de meios administrativos de resolução para solução do não repasse do recolhimento referente ao ICMS, diante do exposto, foi possível verificar que o crime tributário da apropriação indébita não se enquadraria primariamente ao tipo criminalizado no HC, e que há diversos outros fatores a serem observados para constatar uma fraude e enquadrar como crime de apropriação indébita, ou que teria a administração pública poder de sancionar a conduta com multas, e por fim, em uma possível judicialização, em uma execução fiscal, ocorreria uma penhora, arresto, ou bloqueios via sistemas interligação judicial como Sisbajud ou Bacenjud, mesmo assim a opção utilizada pelo legislador foi vulgarizar o Direito Penal.

Em um segundo momento foi abordado a banalização do Direito Penal e inobservância das resoluções de lides por meios cíveis ou administrativos. Um dos resultados desta é que a decisão do referido HC inobservou o artigo 5º da CRFB/88 e o princípio penal da “última ratio”. Visto que não foram consideradas vias administrativas e nem a legislação, tornando-se a referida inconstitucional.

Conclui-se que o problema discutido no decorrer deste, deve ser resolvido pela administração pública sem intervenção estatal, os meios administrativos de resolução de conflitos são eficazes, principalmente no caso discutido no referido HC, visto que não há perigo iminente à ordem pública.

O Direito Penal foi criado como força repressiva do estado para ser usado quando necessário, usá-lo para persuadir devedores é desumano, este cuidado está previsto na CF, em tratados, súmulas e principalmente elencado no princípio da dignidade humana, estes direitos existem para evitar exageros legislativos como este. Fica a indagação, por qual motivo a CF/88 referencia apenas um tipo de prisão civil, que é o caso de dívida por inadimplência de pensão alimentícia, presume-se que seria pelo zelo com o bem jurídico de maior valor, mas o bem jurídico neste HC foi o erário, visto que a repressão o levou a ser de importância superior a constituição vigente, inobservou os princípios da dignidade humana e da “última ratio”, fica aberta a discussão em outras pesquisas, afim de estabelecer com base no princípio da proporcionalidade se a intervenção estatal pode ser impetrada sem critérios ou rigidez.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Igor Luan Maia de. **Infração Penal e suas espécies**. 2018. acessado em: <https://igormaiaf.jusbrasil.com.br/artigos/656894924/infração-penal-e-suas-especies>. Acesso em: 28 out. 2022.

BITENCOURT, César Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BRASIL. **Lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal v 4 - legislação penal especial**. São Paulo. Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9788553619245. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619245/>. Acesso em: 21 out. 2022.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DE MELO, Eduardo Soares, **ICMS Teoria e Prática**, 9ª edição, São Paulo, Editora Dialética, 2006.

HARADA, Kiyoshi, **Fenômeno da repercussão econômica do tributo**, 2 de dezembro, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://haradaadvogados.com.br/fenomeno-da-repercussao-economica-do-tributo/>. Acesso em: 26 out. 2022.

HARADA, Kiyoshi; FILHO, Leonardo M.; POLIDO, Gustavo M. **Crimes contra a Ordem Tributária, 2ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2014. Ebook. ISBN.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 4. Ed. São Paulo: Dialética, 2003.

PAULSEN, Leandro. **Direito de Direito Penal Tratado Brasileiro**. São Paulo Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596465. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596465/>. Acesso em: 20 out. 2022.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares D. **Impostos federais, estaduais e municipais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620001.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620001/>.

Acesso em: 31 out. 2022

SABBAG, Eduardo de Moraes, **Manual de Direito Tributário**, 12 edição, 2020, São Paulo, Editora Saraiva.

SCARANELLO, Tatiana; **Direito Penal Tributário: crimes contra a ordem tributária na atual conjuntura da jurisprudência pátria**, MSJ. 2020. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/05/direito-penal-tributario-crimes-contra-ordem-tributaria-na-atual-conjuntura-da-jurisprudencia-patria/> Acesso em: 22 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, 4ª edição**. Grupo GEN, 2015. *E-book*. ISBN 978-85-309-6296-8. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 27 fev. 2023.

PAULSEN, Leandro. **Tratado de direito penal tributário brasileiro**. Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555596465. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596465/>. Acesso em: 27 fev. 2023.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553623255. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623255/>. Acesso em: 03 mar. 2023