

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO

EXEQUATUR

Revista Jurídica

ANO XVIII - NÚMERO 33 - JUL/DEZ 2020 - CIRCULAÇÃO NACIONAL

ISSN: 1806-8723



PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CURSO DE DIREITO DA UNIFACVEST

EXEQUATUR

REVISTA JURÍDICA

Publicação Oficial do Curso de Direito da Unifacvest
Lages/SC

Ano XVIII - Nº 33, Lages: UNIFACVEST - jul/dez 2020

EXEQUATUR - ISSN 1806-8723

**EXEQUATUR - Revista Jurídica do Centro Universitário
UNIFACVEST - Lages: Papervest Editora, nº 33, julho a
dezembro de 2020, 232p.**

Circulação Nacional

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST

Mantenedora: Sociedade de Educação Nossa Senhora Auxiliadora

Publicação da Papervest Editora

Av. Marechal Floriano, 947 - Cep: 88.503-190 - Fone: (49)3225-4114 - Lages / SC

www.unifacvest.edu.br

EXEQUATUR - REVISTA JURÍDICA

Publicação Oficial do Curso de Direito da Unifacvest – Lages/SC

Editores - Renato Rodrigues (Presidente) e Arceloni Neusa Volpato

Conselho Editorial e Científico - Doutores

Alceu Pinto da Luz (Brasil)

Alejandro Villalobos Clavería (Chile)

Alexandre Teixeira (Uruguay)

Andreia de Bem Machado (Brasil)

Camilla Volpato Broering (Brasil)

Doris Dukova (Colombia)

Eduard Marquardt (Brasil)

Fabio Eduardo Grunenwald Soares (Brasil)

Gustavo Capobianco Volaco (Brasil)

José Endoença Martins (Brasil)

José Ricardo Mariano (Brasil)

Juan Martín Ceballos Almeraya (México)

Juscelino Francisco do Nascimento (Brasil)

Lourival Andrade Junior (Brasil)

Luis Miguel Cardoso (Portugal)

Ramon Hernandez de Jesus (Venezuela)

Rita Borges (Brasil)

Soeli Staub Zembruski (Brasil)

Diagramação - Marcelo Antonio Marim

Revisão de Artigos - Grace Kelly Schemes Oliveira; Pamela Silva Branco; Samara Andrade Daboit.

Curso de Direito - Unifacvest

Coordenadora - Caroline Ribeiro Bianchini

EXEQUATUR, Revista Jurídica do Centro Universitário UNIFACVEST. Ano XVIII, nº 33, Lages: Papervest Editora – julho a dezembro de 2020. 232p.

Semestral

ISSN 1806-8723

1. Direito 2. Periódicos

I. Título

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST

Reitor

Geovani Broering

Pró-reitora Administrativa

Soraya Lemos Erpen Broering

Pró-reitor de Pesquisa e Extensão

Renato Rodrigues

Pró-reitor Acadêmico

Roberto Lopes da Fonseca

APRESENTAÇÃO

O curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest orgulha-se em dar continuidade a publicação da Revista Exequatur, oportunizando que professores, acadêmicos, egressos e colaboradores da instituição possam apresentar resultados relevantes de pesquisa. Dessa forma, proporciona uma colaboração com a formação de uma cultura científica sólida.

Esta revista é fruto do envolvimento dos acadêmicos e professores nas atividades de pesquisa e extensão do curso, consolidando-se como um meio de veiculação e divulgação de investigações científicas e reflexões sobre os mais diversos temas jurídicos.

Dessa forma, a revista Exequatur se propõe a divulgar publicações científicas de cunho crítico, contemplando debates acerca dos mais diversos assuntos jurídicos em evidência nas discussões acadêmicas.

As publicações são de extrema relevância para a sociedade, uma vez que os temas e as discussões publicadas são disponibilizadas, proporcionando reflexões acerca dos resultados veiculados.

CAROLINE RIBEIRO BIANCHINI
Coordenadora do Curso de Direito da UNIFACVEST

SUMÁRIO

LEGISLAÇÃO E CONTROLE DE ARMAS NO BRASIL: PERSPECTIVAS SOBRE A RESTRIÇÃO DO ACESSO A ARMAS DE FOGO

Alisson Roberto Anjos Macedo; Joel Saueressig; Diego Borges Espinoza; Cezar Augusto Galvão Brandt.....01

OS DIREITOS DE PACIENTES COM CÂNCER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

João Victor Machado; Caroline Ribeiro Bianchini; Laura Maria Bertoti Kuster.....15

DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO COM ENFÂSE NO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Melina Wiggers Melo; Cassadro Albino Davenz; Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues; Dagmar Dengo.....29

A COBRANÇA DE DÍVIDAS ATIVAS E A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO EM OPTAR PELO MEIO MAIS DANOSO E MENOS EFICAZ

Stephany Schneider; Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi; Rafael Rodrigues Schmitt; Maria Aparecida Leite H. da Silva; Leani Budde.....41

OS DILEMAS DOS DIREITOS HUMANOS, IMIGRAÇÃO E DIVERSIDADE

Amanda Stefani Claudino; Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi; Diego Fernando e Sá dos Santos; Maria Aparecida Leite Houlthausen da Silva.....59

PANDEMIA NA PERIFERIA: INVISIBILIDADE E DESCASO DO PODER PÚBLICO NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MORADORES PERIFÉRICOS

Ana Carolina Bonela de Almeida; Joel Saueressig; Carlos Albano Volkmer de Castilho; Ademar de Souza Mendes.....75

A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS FRENTE AO PROJETO LEI 11.210/2018

Antonio Dionatan Amaral; Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi; Diego Fernando e Sá dos Santos; Iria Catarina Queiroz Baptista.....89

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET

Arnon Guilherme Fortes de Jesus; Caroline Ribeiro Bianchini; Cassandro Albino Davenz; Dagmar Dengo.....106

RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO ATRAVÉS DE PENA ALTERNATIVA: UMA SOLUÇÃO EM DEFESA DO SER HUMANO

Indianara Ignácio Milkievicz; Joel Saueressig; Diego Fernando Sá; Miriam Lisiane S. Rodrigues.....123

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM DECORRÊNCIA DO DANO AMBIENTAL NO BRASIL

Priscila Rodrigues; Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi; Tatiana Zanghelini Ribeiro; Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues.....134

PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NA COMARCA DE LAGES/SC

Victória Alessandra Vazquez Canteros; Caroline Ribeiro Bianchini; Ademar de Souza Mendes; Iria Catarina Queiroz Baptista.....148

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E OS DEBATES DE DIREITOS HUMANOS

Eduardo Henrique Bondarczuk; Igor Muzeka; Iria Catarina Queiroz Baptista.....164

APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Igor Muzeka; Darlan Nardi; Eduardo Henrique Bondarczuk.....182

GUARDA COMPARTILHADA: IMPLICAÇÕES PARA A CRIANÇA

Carlos Albano Volkmer de Castilho; Leani Budde; Igor Muzeka.....200

DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E A ATUAL ONDA MIGRATÓRIA NA FRONTEIRA BRASIL-VENEZUELA

Paula Natiele da Silva Mendes; Josiane Brugnera Ghidorsi; Igor Muzeka; Iria Catarina Queiroz Baptista.....214

NORMAS PARA COLABORADORES.....232

LEGISLAÇÃO E CONTROLE DE ARMAS NO BRASIL: PERSPECTIVAS SOBRE A RESTRIÇÃO DO ACESSO A ARMAS DE FOGO

Alisson Roberto Anjos Macedo¹

Joel Saueressig²

Diego Borges Espinoza³

Cezar Augusto Galvão Brandt⁴

RESUMO

Este trabalho apresenta as políticas de controle e restrição ao acesso e uso de armas de fogo no Brasil, trazendo dados comparativos entre o Brasil e outras nações, apontando os índices de violência e crimes cometidos se utilizando de armas de fogo. O objetivo deste trabalho é demonstrar como a aplicação do estatuto do desarmamento, lei nº 10.826, e de outras políticas e incentivos ao desarmamento civil, de forma isolada, não auxiliam na redução da criminalidade e violência, ao contrário, contribuíram e contribuem para elevar os delitos de todos os níveis com emprego de armamento. A metodologia de pesquisa baseou-se em consultas e buscas na legislação vigente, Constituição Federal, Código Penal, além de livros e artigos da esfera de autodefesa armada, que auxiliaram no embasamento da problemática, demonstrando a ineficácia do recolhimento de armas de fogo como medida massiva para diminuição da violência e criminalidade.

Palavras-chave: Armas. Controle. Legislação. Acesso. Segurança Pública.

ABSTRACT

This paper presents the control and restriction policies to access and use firearms in Brazil, bringing comparative data between Brazil and other nations, pointing out the rates of violence and crimes committed using firearms. The objective of this work is to demonstrate how the application of the disarmament statute law nº 10.826 and other policies and incentives for civil disarmament, in isolation, do not help in reducing crime and violence, on the contrary they have contributed and contribute to elevate the crimes of all levels using weapons. The research methodology was based on consultations and searches in the current legislation, the Federal Constitution, the Penal Code, in addition to books and articles in the sphere of armed self-defense, which helped to base the problem, demonstrating the ineffectiveness of firearms collection as a measure to reduce violence and crime.

Key Words: Weapons. Control. Legislation. Access. Public Security.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Graduado em direito pela PUC/PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC/RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil possui um longo histórico de cerceamento do direito à posse e porte de armas de fogo, fruto de um passado colonial, onde imperava uma grande dependência da figura do estado. Tal contexto explica alguns fenômenos vividos hoje em dia, como a forte burocracia para aquisição de armas e munições e a tentativa de limitar ao máximo o acesso a armamento para a sociedade civil, tais restrições contribuíram e continuam sendo fator chave para o contínuo estado de violência que existe no país.

A Constituição Federal em seu Art. 5º estabelece: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. (BRASIL, 1988).

Mediante um cenário de crescente violência tanto no meio urbano como no meio rural, ante a incapacidade do estado de responder às agressões de forma efetiva, estando a população na vanguarda dos ataques de indivíduos à margem da lei, os cidadãos são forçados a procurar meios para sua legítima defesa. Então, qual a justificativa para restringir o acesso a armas de fogo para indivíduos capacitados e que estejam dispostos a seguir os requisitos estabelecidos pelo estado?

O presente trabalho tem como objetivo analisar o histórico das restrições ao uso e acesso de armas de fogo impostas aos brasileiros, e como tais ações de controle se manifestam na atual situação precária da segurança pública e paz social.

Os objetivos específicos são: demonstrar a ineficácia do desarmamento aplicado de forma isolada como medida de diminuição de incidentes criminosos com arma de fogo, observar no cenário internacional como países mais armados possuem menores taxas de criminalidade envolvendo armas, em especial homicídios, comparar os dados nacionais sobre violência antes e após o estatuto do desarmamento, apontar os requisitos atuais para aquisição de armas e munições, bem como observar a real efetividade das políticas desarmamentistas.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através de consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

O trabalho abordará inicialmente o histórico de restrição ao uso, porte e posse de armas de fogo, munições, explosivos e afins, demonstrando as raízes históricas do problema atual relativo a controle de armas, com enfoque no estatuto do desarmamento em si, abordando seus artigos e redação. Posteriormente abordará o referendo popular realizado em 2005, sua elaboração, resultados e consequências. Em seguida, apresentará dados relativos à violência no Brasil, fazendo um comparativo com outras nações. Discorrerá sobre o interesse do cidadão brasileiro pela aquisição de armas e apetrechos relacionados, assim como os requisitos legais para aquisição de armas de fogo e de munições bem como o aumento expressivo de solicitações à Polícia Federal quanto à compra de armas e o ressurgimento da cultura armamentista. Tratará também do instituto da legítima defesa, seu conceito e aplicações no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, trará os resultados práticos de anos de investimentos e apoio do Estado para a aplicação rígida de políticas de controle de armas, demonstrando que tais

medidas não sanaram os problemas relacionados aos crimes com uso de arma de fogo, nem causaram diminuição considerável, entretanto expuseram cidadãos zelosos pela lei e respeitadores do ordenamento jurídico brasileiro a agressões cada vez mais graves, privando-os de qualquer chance de defesa.

2 HISTÓRICO DA RESTRIÇÃO DO PORTE, POSSE, FABRICAÇÃO E ARMAZENAMENTO DE ARMAS NO BRASIL

O Brasil, desde sua época colonial, possui restrições ao porte e posse de armas de fogo, o primeiro decreto de controle de armas remonta do século XVII (ROCHA, 2019).

Muito disso se deve ao fato do sistema português e espanhol de colonização ser centralizado na figura do Estado, com alta limitação de autonomia, sendo a segurança dos colonos responsabilidade de agentes indicados ou instituídos pelo estado, restringindo assim a quantidade de armas de fogo em poder da população civil comum.

[...] A restrição às armas de fogo não significa o fim da violência. Ademais, o Brasil colonial não era um país violento, e os índices de criminalidade estavam longe de ser o que são hoje, neste caso, o objetivo era claro: restringir a produção de armas para dificultar a formação de milícias coloniais que pudessem ameaçar o poder de Portugal. (QUINTELA e BARBOSA, 2015, p.30).

Esse sistema e modo de pensar não mudaram durante o período imperial e após a proclamação da República, durante a era Vargas o controle de armas, munições e explosivos, sua produção e distribuição foram entregues totalmente ao exército, até mesmo as forças públicas estaduais (policia militar) necessitavam da autorização do exército para aquisição de armas de maior calibre e quantidades maiores de munição, conforme o Decreto 24.602 de 6 de julho de 1934. (BRASIL, 1934).

Muito do que se tem acerca de controle de armas no país remonta ao governo Vargas. Getúlio Vargas tomou o poder e ocupou a presidência por quinze anos. É com ele que se tem notícia da primeira campanha oficial de desarmamento de um governo brasileiro, nos mesmos moldes das campanhas atuais (QUINTELA e BARBOSA, 2015, p. 32).

Em 1997, o governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso intensificou o rigor já aplicado por governos anteriores, exigindo uma série de requisitos para aquisição de uma arma de fogo, instituindo o SINARM: Sistema Nacional de Armas. O sucessor de Fernando Henrique, o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva colocou em vigor a Lei nº 10.826, o conhecido Estatuto do Desarmamento que vigora até a presente data. Em 2005, ainda sob o governo Lula, um referendo sobre a questão das armas no Brasil foi realizado, onde 63% dos brasileiros se opuseram ao controle da circulação e comércio de armas em território nacional. (TSE, 2005).

2.1 O Estatuto do Desarmamento

Publicada em 22 de dezembro de 2003, a lei nº 10.826, popular e informalmente conhecida como estatuto do desarmamento, dispõe sobre: registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o sistema nacional de armas, o SINARM, define crimes, penas, incluindo até mesmo a tabela de taxas com os valores monetários referentes aos procedimentos para aquisição de arma de fogo em território nacional. Anteriormente à aprovação e utilização do estatuto, as questões relativas às armas de fogo eram regidas e orientadas pela lei nº 9.437 de 20 de fevereiro de 1997, que teve seu texto revogado pela lei nº 10.826 de 2003. O texto dividido em trinta e sete artigos foi publicado no segundo ano do governo do presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Os artigos do Estatuto do Desarmamento são abrangentes, apontando diversas questões. O Sistema Nacional de Armas - SINARM, instituído no âmbito do estatuto, serve como mecanismo para rastreamento e estrito controle de armas legalizadas, possui abrangência nacional e conta com a integração de órgãos de diversos níveis do poder público para desempenhar suas funções, como rastreamento da origem de armamento e de munições, bem como os proprietários das mesmas.

Art. 2º Ao Sinarm compete: I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro; II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País; III – cadastrar as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal; IV – cadastrar as transferências de propriedade, extravio, furto, roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais, inclusive as decorrentes de fechamento de empresas de segurança privada e de transporte de valores; V – identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo; VI – integrar no cadastro os acervos policiais já existentes; VII – cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais; VIII – cadastrar os armeiros em atividade no País, bem como conceder licença para exercer a atividade; IX – cadastrar mediante registro os produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e importadores autorizados de armas de fogo, acessórios e munições; X – cadastrar a identificação do cano da arma, as características das impressões de raiamento e de microestriamento de projétil disparado, conforme marcação e testes obrigatoriamente realizados pelo fabricante; XI – informar às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal os registros e autorizações de porte de armas de fogo nos respectivos territórios, bem como manter o cadastro atualizado para consulta. Parágrafo único: As disposições deste artigo não alcançam as armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares, bem como as demais que constem dos seus registros próprios. (BRASIL, 2003).

Em um país com aproximadamente 210 milhões de habitantes, espalhados em uma área imensa com inúmeras diferenças em variados sentidos, a aplicação e utilização de um Sistema unificado torna-se um imenso desafio para qualquer gestão, a simples alimentação e atualização anual do sistema envolve um número elevadíssimo de funcionários e colaboradores envolvidos, bem como uma alta demanda de tempo e

recursos financeiros, se aplicado de maneira menos burocrática, pode ser uma ferramenta de auxílio para elucidação de crimes e afins.

O artigo 6º da lei proíbe o porte de arma em território nacional, salvo exceções contidas em seus incisos, como servidores públicos da área da segurança, membros das forças armadas, empresas da área de segurança e afins, tendo como exceção civil os atiradores desportivos, entretanto os mesmos não têm efetivamente o direito ao “porte” e sim recebem uma concessão do estado para transportar suas armas através de uma guia de tráfego, porém as armas precisam estar desmuniçadas, e a guia vale, por assim dizer para legalizar o transporte da arma até o estande de tiro, não garantindo dessa forma a efetiva autorização para portar arma e sim pra transportá-la. (QUINTELA e BARBOSA, 2015, p. 134).

O artigo 10 da lei chancela que a responsabilidade e a competência para conceder a autorização do porte de arma de fogo cabem a Polícia Federal mediante registro no SINARM.

Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm. § 1º A autorização prevista neste artigo poderá ser concedida com eficácia temporária e territorial limitada, nos termos de atos regulamentares, e dependerá de o requerente: I – demonstrar a sua efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física; (BRASIL, 2003).

Um dos pontos mais controversos do estatuto é o inciso I do artigo 10, pois o mesmo direciona aos órgãos públicos responsáveis, no caso a Polícia Federal e o SINARM, a discricionariedade para negar ou conceder o direito de ter uma arma, mediante a comprovação de “efetiva necessidade”, algo que gera inúmeros transtornos, pois a noção de necessidade é ampla e difícil de ser mensurada da maneira como está no texto legal, deixando um vácuo para interpretações e subjetividades.

Há uma importante diferenciação quando se trata de armas de fogo sobre a égide do Estado brasileiro, sendo as mesmas divididas em duas classes: as armas de uso permitido e as armas de uso restrito. O decreto nº 9.847 de 25 de junho de 2019, que regulamenta lei nº 10.826/2003 define que:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - arma de fogo de uso permitido - as armas de fogo semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; b) portáteis de alma lisa; ou c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; II - arma de fogo de uso restrito - as armas de fogo automáticas e as semiautomáticas ou de repetição que sejam: (Redação dada pelo Decreto nº 9.981, de 2019) a) não portáteis; b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou c) portáteis de alma raiada,

cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscientos e vinte joules; [...]. (BRASIL, 2019)

O artigo 12 da lei inicia o rol de penas aplicadas a crimes relacionados a ações e omissões mediante uso de armas de fogo, trazendo o artigo 14 da lei, em sua forma literal:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (BRASIL, 2003).

Nota-se a rigidez da aplicação da pena para quem descumprir as medidas apontadas pelo artigo supracitado, sendo evidente pelo seu parágrafo único que equipara a sentença tornando-a inafiançável, semelhante ao rol de crimes previstos no artigo 5º inciso XLIII da Constituição, junto a práticas como terrorismo, torturas e crimes hediondos, evidenciando uma desproporcionalidade (MENEZES, 2014).

Subsequente, o artigo 16 da lei traz as medidas punitivas envolvendo as armas categorizadas como de uso restrito, sendo estas mais severas que aquelas referentes às armas de uso permitido:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa [...]. (BRASIL, 2003)

As armas de fogo de uso restrito diferenciam-se pela sua capacidade de dano, ou seja, maior, e pelo acesso. É pressuposto que as armas de uso restrito possuem maior capacidade de dano, seja por capacidade, por calibre, por acessórios ou por funcionalidade tática. Percebe-se que a rigidez no caso de crimes envolvendo armas de uso restrito é mais alto ainda, e que o rol de crimes aumenta significativamente (FACCIOLI, 2014).

O comércio ilegal, assim como o tráfico internacional de armas, também são temas abordados pelo estatuto em seus artigos 17 e 18. Sendo o comércio ilegal de armas de fogo, acessório ou munições, punidos com pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa. O tráfico internacional de armas, munições e acessórios, punidos com pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa. (BRASIL, 2003).

No tocante a esses artigos, em especial ao tráfico internacional de armas, faz-se necessário atenção especial, sendo o Brasil um país que faz fronteira com inúmeros países da América do Sul sem contar a extensa faixa litorânea.

2.2 O Referendo de 2005

O artigo 35 da Lei nº 10.826/2003 traz que o referido Estatuto entrará em vigor mediante aprovação a ser confirmada através da realização de um referendo popular, realizado em outubro do ano de 2005. O referendo popular foi organizado e realizado pelo Tribunal Superior Eleitoral, tendo ocorrido no dia 23 de outubro de 2005.

Em 7 de julho de 2005, o decreto legislativo 780 estipulou a questão a ser decidida pelos brasileiros que foi a seguinte: “O comércio de armas de fogo e munição deverá ser proibido no Brasil?”

Houve grande mobilização de grupos favoráveis e contrários, com campanhas midiáticas e engajamento de figuras conhecidas no país. Também relatam que a maior parte da mídia e dos partidos políticos se posicionaram a favor da proibição. (QUINTELA e BARBOSA, 2015).

Os dados oficiais, divulgados pelo Superior Tribunal Eleitoral, apontam 95.375.824 eleitores participaram do referendo, ou seja, 78% dos eleitores brasileiros. Destes, 63,94% votaram se opondo à proibição, enquanto 36,06% votaram a favor da proibição, 1.329.207 votos foram em branco, 1.604.307 foram votos nulos. Em nenhum dos Estados da Federação os votos favoráveis à proibição superaram os votos contrários. (TSE, 2005).

O resultado do referendo foi contrário à maioria das pesquisas e especulações prévias contrariando as expectativas do governo e a mídia em geral, demonstrando o interesse da população brasileira em manter sua liberdade de direito de escolha tendo priorizado a manutenção do comércio de armas de fogo em território nacional (TEIXEIRA, 2018). Ou seja, o brasileiro optou pela posse e porte de armas, mas o Estatuto veio em sentido contrário.

3. SITUAÇÃO ATUAL DA VIOLÊNCIA E CRIMES ENVOLVENDO ARMAS DE FOGO NO PAÍS

Segundo o Atlas da violência 2019, o número de mortes por arma de fogo no país em 2017 foi de 47.510 pessoas, tendo uma taxa de 22,9 mortes a cada 100 mil habitantes pesquisa realizada pelo IPEA, instituto de pesquisa econômica aplicada e pelo FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública (IPEA, 2019).

Essa taxa de mortalidade em razão de armas de fogo, para efeitos desse trabalho, deve ser comparada com outras taxas ao redor do mundo que é o que se passa a analisar.

3.1 Taxa de Homicídios por Arma de Fogo em Alguns Países

Dados da Pesquisa Global de Mortalidade por Armas de Fogo (*Global Mortality from firearms, 1990 - 2016*), do Instituto de Métricas e Avaliação em Saúde (*Institute for Health Metrics and Evaluation*), apontam que o país com a maior taxa de homicídio por armas de fogo é El Salvador, com 38,9 mortes a cada cem mil habitantes, seguido por a Venezuela com 32,9 mortes a cada cem mil habitantes, Guatemala 28,0

mortes a cada cem mil habitantes, Colômbia 24,3 mortes a cada cem mil habitantes e Honduras 21,6 mortes a cada cem mil habitantes.

Com as menores taxas, temos países como: Finlândia com 1,6 mortes a cada cem mil habitantes, Canadá com 1,9 mortes a cada cem mil habitantes, Montenegro com 2,7 mortes a cada cem mil habitantes e Uruguai com 4,3 mortes a cada cem mil habitantes (RITA, 2018).

Percebe-se que apesar de muitas vezes um senso comum errôneo nos induzir a pensar que o número de armas de fogo em poder da população civil contribui de forma direta para elevar os índices de violência, em especial o homicídio, na realidade isso não ocorre, países com uma altíssima taxa de armas por habitante têm um número de homicídios e de demais crimes envolvendo armas de fogo muito menor que países que possuem um estrito controle do acesso às armas.

4 REQUISITOS PARA AQUISIÇÃO DE ARMAS DE FOGO, A LEGÍTIMA DEFESA DO CIDADÃO E OS RESULTADOS DA POLÍTICA DE ARMAS NO BRASIL

Devido ao aumento da violência, o cidadão comum procura cada vez mais meios de proteger sua integridade, família e bens. Os minutos que passam entre o momento em que alguém avisa a polícia sobre uma ocorrência e a chegada da força policial são suficientes para que o agressor tire a vida de dezenas de pessoas, basta uma pessoa armada nesse local para evitar que isso aconteça. (QUINTELA e BARBOSA, 2015, p. 85).

A compra de armas de fogo subiu quase 200% segundo dados da Polícia Federal, a falta de forças de segurança pública, bem como a cada dia mais ousada e cruel ação de criminosos, contribuem para tal aumento.

Segurança, armas e munições são temas que despertam curiosidade e os mais variados questionamentos na sociedade moderna. Trata-se de um assunto um tanto controverso, pois algumas pessoas usam as armas como meios de serviço e subsistência, outras usam como meio esportivo. E há ainda aqueles que usam armas como um meio de defesa, tanto para a proteção de patrimônio como para garantir o bem mais precioso: a própria vida. (VASCONCELOS, 2015, p. 12).

Antes do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, o Brasil possuía uma cultura armamentista relativamente grande, contando com grande número de lojas de armas e munições bem como muitos clubes de caça e tiro esportivo. Nos últimos anos, tal cultura tem sido aos poucos resgatada com o aumento de filiados em clubes de tiro e um maior comércio relativo a produtos e acessórios de cunho armado.

Tal tendência se evidencia pelo aumento gradual e constante do consumo de tais produtos e serviços. Entretanto, o brasileiro ainda esbarra nos inúmeros trâmites burocráticos administrativos e no preço nada atrativo dos diversos modelos de armas e munições permitidos, sendo essa com certeza a maior dificuldade encontrada para aquisição de uma arma de fogo legalizada.

Vale ressaltar o caráter nivelador das armas elas permitem que o mais fraco se

defenda do mais forte, de uma maneira que seria naturalmente impossível. A mulher que é atacada pelo homem, o homem sozinho que é atacado por dois ou mais, o idoso que é atacado pelo mais jovem, todos são beneficiários de uso defensivo de armas, quanto mais relativamente frágil for o portador da arma, mais vantajoso será o uso. (QUINTELA e BARBOSA, 2015, p. 87).

Uma arma de fogo é uma ferramenta, a intenção e os usos que se fazem dela partem do portador, nesse sentido pode-se entender que uma vítima em legítima defesa, estando armada e capacitada, tem uma real chance sobre um ou mais agressores.

Com o treinamento adequado, qualquer grupo da sociedade tem a capacidade e operacionalidade necessária para fazer emprego de arma em resposta à ameaça ou agressão.

4.1 Requisitos Atuais para Aquisição de Arma de Fogo

A posse de arma de fogo de uso permitido pode ser concedida a quem atender aos requisitos estabelecidos pelo Estatuto:

Art. 12. Para fins de aquisição de arma de fogo de uso permitido e de emissão do Certificado de Registro de Arma de Fogo, o interessado deverá:

I - ter, no mínimo, vinte e cinco anos de idade;

II - apresentar original e cópia de documento de identificação pessoal;

III - comprovar a idoneidade moral e a inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais das Justiças Federal, Estadual, Militar e Eleitoral;

IV - apresentar documento comprobatório de ocupação lícita e de residência fixa;

V - comprovar, periodicamente, a capacidade técnica para o manuseio da arma de fogo; e

VI - comprovar a aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo credenciado pela Polícia Federal. (BRASIL, 2019).

Além do fator idade, existe uma morosa espera pelo trâmite burocrático para se obter uma arma de maneira lícita, os custos são elevados, o que restringe muitas pessoas que têm o interesse de possuir uma arma legalmente, mas esbarram em procedimentos técnicos e autorizações estatais.

Outro fator e possivelmente o mais complexo e controverso é a declaração de efetiva necessidade junto à Polícia Federal, constante no inciso I Artigo 12 do Decreto nº. 5.123/2003. Fica a critério do servidor público federal responsável, analisar e conceder ou negar a autorização para posse e ou porte de armamento, tal análise se submete a critérios variados, podendo dois indivíduos em situação semelhante ter resultados diferentes em relação à solicitação.

4.2 A legítima defesa no ordenamento jurídico brasileiro

O conceito de legítima defesa, segundo o Código Penal Brasileiro, se dá quando o indivíduo, em defesa própria ou de terceiros, se utiliza de meios necessários de forma moderada para se opor a injusta agressão.

O Código Penal traz em seu art. 25 que: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente a direito seu ou de outrem”. (BRASIL, 1940).

Conforme Nucci (2014), legítima defesa: “é a defesa necessária contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, devendo ser promovida com moderação, valendo-se dos meios necessários”.

Partindo desses pontos, pode-se imaginar situações onde a legítima defesa é exercida. A exemplo disso, a invasão de uma residência, caracterizando a injusta agressão, a reação armada do morador, visando proteger sua vida e patrimônio, realizando disparos por arma de fogo contra o invasor, caracterizando a reação por meios necessários. Vale salientar que para ser caracterizada a legítima defesa, devem ser utilizados meios de reação moderada e proporcional.

“A escolha do meio defensivo e o seu uso importaram na eleição daquilo que constitui a menor carga ofensiva possível, pois a legítima defesa foi criada para legalizar a defesa de um direito e não para a punição do agressor.” (NUCCI, 2014, p. 2017). A legítima defesa serve como reação a uma agressão, não podendo ser administrada como punição ou execução.

A legítima defesa é uma excludente de ilicitude, estando prevista no artigo 23, inciso II do Código Penal Brasileiro, sendo a mesma uma garantia de que a pessoa que reagir a injusta agressão atual ou iminente não será penalizada.

A antijuridicidade, segundo requisito do crime, pode ser afastada por determinadas causas, denominadas causas de exclusão da antijuridicidade, ou justificativas. Quando isso ocorre, o fato permanece típico, mas não há crime: excluindo-se a ilicitude, e sendo ela requisito do crime, fica excluído o próprio delito. Em consequência, o sujeito deve ser absolvido. (JESUS, 2011, p. 402)

O ordenamento jurídico brasileiro prevê crimes como, homicídio, tentativa de homicídio e agressão, esses fatos, entretanto, quando são feitos em razão de injusta agressão, utilizando-se de meios necessários, mas proporcionais a ameaça, tornam-se excludentes de ilicitude não podendo ser o autor de tais fatos típicos imputado pelo resultado de suas ações, desde que sejam comprovados que suas motivações e meio se encaixam nos requisitos legais previstos no Código Penal Brasileiro em seu artigo 23 e artigo 25. (BRASIL, 1940).

A Constituição reforça e ratifica o conceito de autodefesa, em seu texto constitucional, assegura que defender a sua liberdade, segurança e propriedade, pode fazer isso inclusive pelo uso de armas de fogo. (BRASIL, 1988).

4.3 Eficácia e resultado da política de armas no Brasil

Ao contrário do esperado, o controle mais rígido da aquisição de armas de fogo por parte da população não resultou na diminuição da violência e dos crimes envolvendo armas, ao contrário gerou aumento da sensação de insegurança, tal sensação atinge desde os grandes centros urbanos até áreas rurais e mais isoladas.

O modelo de desarmamento adotado no Brasil não tem se mostrado eficaz na redução da criminalidade, principalmente no número de homicídios. Os criminosos continuam fortemente armados, em vários casos até bem mais que os policiais, e os cidadãos não dispõem de mecanismos de proteção contra esta violência que assola todo o país. O número de homicídios por armas de fogo tem crescido bastante mesmo após a vigência do Estatuto do Desarmamento. (MOURA, 2016, p. 308).

Esperar que criminosos respeitem as leis é ingenuidade ou despreparo, indivíduos que desejam obter uma arma de fogo, o fazem, com ou sem a permissão do Estado, adquirindo de forma irregular o armamento, não tendo o menor zelo pelo calibre, se é de uso restrito ou não, bem como a quantidade e tipo de munição, se esta é permitida ou não. Ao ponto que cidadãos que mantiveram e mantêm o respeito pelo ordenamento jurídico brasileiro entregaram suas armas, criminosos continuaram se armando como sempre fizeram, agora tendo como alvo uma sociedade cada vez mais vulnerável e incapaz de reagir.

Juntamente com a restrição às armas de fogo não foram aplicadas outras medidas que em conjunto auxiliariam no combate à criminalidade e à violência, por exemplo, o aumento do efetivo policial, a capacidade de encarceramento do sistema prisional, mecanismos mais céleres de julgamento e condenação de criminosos, bem como meios no campo social, como geração de emprego e renda e assistencialismo junto a áreas com vulnerabilidade econômico-sociais. A simples retirada das armas do cidadão comum não contribui de forma efetiva para expandir ou garantir a segurança interna de um país, pelo contrário apenas facilitam os ataques praticados por indivíduos a margem da lei contra a sociedade civil. “O ideal seria que as armas fossem retiradas, também, das mãos dos criminosos, que buscam tirar proveito desse ambiente. Leis restritivas ao acesso às armas são respeitadas, apenas, pelos cidadãos honestos” (GOTTLIEB e WORKMAN, 2011, p. 26).

O desarmamento no Brasil possui muito mais um caráter regulatório do que funcional, a restrição ao acesso de armas irregulares continua escasso, controle fronteira, combate a contrabandistas, rastreamento etc. O controle real e eficaz se faz sobre as armas adquiridas legalmente, estas podem ser rastreadas desde a fabricação até o comprador, e até mesmo a perda da mesma, por roubo, furto ou demais fatores adversos, logo o Estado controla e restringe apenas cidadãos dispostos e de boa fé a se submeter ao seguimento das leis vigentes no país.

5 CONCLUSÃO

Após 17 anos da entrada em vigor do estatuto do desarmamento, a população

brasileira continua sofrendo uma onda de violência crescente, tendo a percepção de que não houve estabilização ou diminuição da insegurança, ao contrário, ocorrendo aumento da mesma. Sem estruturas de apoio e uma real integração entre os órgãos públicos de todas as esferas, desarmar os próprios cidadãos não passa de uma medida paliativa, visando agradar a mídia de forma geral e limitando de forma exacerbada questões que vão muito além da posse e porte de armas de fogo.

Sendo as armas objetos de acionamento mecânico, por si só não podem gerar nada, o indivíduo que a opera é quem determina para qual finalidade a mesma será direcionada. Nesse caso, um indivíduo que se submete a diversos quesitos solicitados pelo Estado e se dispõe a responder e se responsabilizar por sua arma e a utiliza para proteger sua vida, família e bens, jamais poderá ser comparado a um criminoso que de forma irresponsável adquire uma arma ilegal e a utiliza para a prática de atos danosos à sociedade.

Apenas indivíduos conscientes de seus deveres e zelosos pela lei vigente seguem as normas para aquisição e manutenção de armamento, indivíduos a margem da lei o fazem de maneira ilegal, pouco se importando com quantas normas estão infringindo. Sendo assim, um estatuto de controle de armas atinge em cheio o cidadão comum que segue as leis.

O aumento da busca por armas de fogo não se dá por um desejo belicista no coração dos brasileiros e sim por uma necessidade mais de que urgente de proteger tudo o que ama contra uma onda massiva e desenfreada de violência, ante a inércia do Estado em garantir sua segurança. Ante tal ameaça, o cidadão comum torna-se a primeira e última linha de defesa, ante indivíduos armados desprovidos de temor à lei e com as intenções mais sórdidas. O cerceamento do direito a legítima defesa fere princípios constitucionais, ademais fere o direito mais sagrado, o direito à vida.

A proteção da própria vida, da vida dos familiares e da propriedade são direitos naturais e básicos inerentes a todo cidadão, direitos que são resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em suma, o estatuto do desarmamento não está ajudando ou protegendo a população, está apenas coibindo o direito à autodefesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 24.602, DE 6 DE JULHO DE 1934.** Dispondo sobre instalação e fiscalização de fábricas e comércio de armas, munições, explosivos, produtos químicos agressivos e matérias correlatas. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1934/D24602.html>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 9.847, DE 25 DE JUNHO DE 2019**. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.826.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 13.870, DE 17 DE SETEMBRO DE 2019**. Altera a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para determinar que, em área rural, para fins de posse de arma de fogo, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13870.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

FACCIOLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo**. 2ª Edição. Editora Juruá, 2014.

GOTTLIEB, A. M.; WORKMAN, D. **Shooting blanks: facts don't matter to the gun ban crowd**. 1ªed. Bellevue: Merril Press, 2011.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência 2019**. Brasília: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

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

MENEZES, Alex F. S. **Do direito do cidadão em possuir e portar armas**. LumenJuris, Rio de Janeiro: 2014.

MOURA, Rodrigo Sérgio Ferreira de. **Controle de armas de fogo no Brasil, criminalidade e autodefesa**. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 2, n. 2, p. 305-324, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para Mim sobre o Desarmamento**. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

RITA, Bruno Santa. **Brasil lidera ranking de mortes por arma de fogo no mundo**. Correio Brasiliense, Brasília, 28 ago. 2018. Brasil. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/08/28/interna-brasil,702432/brasil-lidera-ranking-de-mortes-por-arma-de-fogo-no-mundo.shtml>>. Acesso em: 24 out. 2020.

ROCHA, Jade. Primeira restrição a armas no Brasil é de 1603. Como a lei mudou. **Revista Exame**, São Paulo, 23 jan. 2019. Brasil. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/lei-armas-brasil-1603/>>. Acesso em: 15 out. 2020.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **ARMAS DE FOGO**: elas não são as culpadas. Editora LTR: 2018.

TSE, Tribunal Superior Eleitoral. **Referendo de 2005**. Eleições, Plebiscitos e Referendos. Brasília, 2005. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/referendo-2005-1>>. Acesso em: 20 out. 2020.

VASCONCELOS, Cleidson José Rocha. **Armas de fogo & Autoproteção**: Técnicas, Táticas e Procedimentos. Porto Alegre: Alcance, 2015.

OS DIREITOS DE PACIENTES COM CÂNCER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

João Victor Machado¹
Caroline Ribeiro Bianchini²
Laura Maria Bertoti Kuster³

RESUMO

O presente artigo apresenta como tema a análise dos direitos da pessoa com câncer, de modo a ressaltar como se encontra estruturada a legislação brasileira no que tange a proteção aos portadores de neoplasia. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital. O presente trabalho busca mostrar o papel do Estado no enfrentamento dessa problemática, buscando-se garantir a todos pacientes portadores de neoplasia acesso a medicamentos e ao tratamento adequado.

Palavras-chave: Direitos. Câncer. Garantias.

ABSTRACT

This article presents as a theme the analysis of the rights of the person with cancer, in order to highlight how the Brazilian legislation is structured regarding the protection of people with cancer. The research carried out was bibliographic, obtained through the consultation of texts available in public and private collections, including in electronic and / or digital media. This paper seeks to show the role of the State in addressing this problem, seeking to ensure that all patients with neoplasia have access to medicines and adequate treatment.

Key Words: Rights. Cancer. Guarantees.

¹ Acadêmico da 10ª fase do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Coordenadora e Prof. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifacvest e Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade do Estado de Santa Catarina.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como objetivo institucional preencher requisito para o término do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest. Adota como tema os direitos dos pacientes com câncer no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito à saúde se encontra consagrado dentre os direitos fundamentais e sociais, dada a sua imprescindibilidade para a vida com qualidade. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, a efetividade do direito à saúde tem sido alvo de grandes debates, principalmente porque o Estado demonstra-se ineficaz no que tange a prestação social, mormente o fornecimento de remédios para tratamento de doenças graves, dentre elas a neoplasia.

O direito à saúde engloba o recebimento de medicamentos, bem como tudo o que o ser humano precisa para viver com saúde, sendo esta compreendida não apenas como a inexistência de doenças, pois é concebida em sentido amplo, como tudo aquilo necessário ao bem-estar físico e psíquico.

De acordo com a Constituição Federal, a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos recai sobre os municípios, Estados ou Distrito Federal e União. Trata-se de uma responsabilidade solidária.

É sabido que o câncer é uma das doenças que mais provocam óbito no mundo, em razão da sua gravidade. O direito precisa apresentar instrumentos para a proteção da dignidade dessas pessoas, para possibilitar que tenham qualidade de vida diante da severidade dessa moléstia.

Dessa forma, a pesquisa inicia com o questionamento sobre quais são os direitos assegurados aos pacientes de câncer no ordenamento jurídico. Essa problemática decorre da fragilidade decorrente dos tratamentos necessários a recuperação do paciente diante da gravidade da doença apresentada.

O artigo apresenta como objetivo geral analisar os direitos da pessoa com câncer, previstos no ordenamento jurídico brasileiro. E como objetivos específicos: identificar os direitos previstos pela ordem jurídica aos portadores de neoplasia; verificar os pressupostos para a tutela dos direitos previstos; observar a natureza dos direitos previstos.

Destarte, se adota como método de abordagem o qualitativo e, como método de procedimento, o descritivo, pautando-se a pesquisa no levantamento bibliográfico e documental, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

2. OS DIREITOS DE PACIENTES COM CÂNCER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro busca resguardar os direitos da pessoa portadora de neoplasia maligna, assegurando, além do direito fundamental à saúde, nos termos da Constituição da República de 1988, direitos outros, que passam a ser analisados neste item, até mesmo porque muitos desconhecem os seus direitos.

De acordo com Winck e Mânica (2017), é importante assegurar direitos aos portadores de neoplasia maligna já que o câncer é doença grave, que não afeta apenas os

aspectos físicos e psicológicos, mas outros elementos da vida, acarretando dispêndios financeiros que vão muito além dos custeados pelo Sistema Único de Saúde.

Em 2013, a Portaria nº 874, do Ministério da Saúde, instituiu a Política Nacional para a prevenção e controle de câncer na rede de atenção à saúde das pessoas com doenças crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O principal objetivo dessa política pública de saúde é reduzir a mortalidade e incapacidade ocasionadas pelos tipos de câncer, como também busca reduzir o número de casos na população, sendo que em seu Art. 5º, destacam-se os seguintes princípios:

Art. 5º Constituem-se princípios gerais da Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer:

I - reconhecimento do câncer como doença crônica prevenível e necessidade de oferta de cuidado integral, considerando-se as diretrizes da Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do SUS;

II - organização de redes de atenção regionalizadas e descentralizadas, com respeito a critérios de acesso, escala e escopo;

III - formação de profissionais e promoção de educação permanente, por meio de atividades que visem à aquisição de conhecimentos, habilidades e atitudes dos profissionais de saúde para qualificação do cuidado nos diferentes níveis da atenção à saúde e para a implantação desta Política;

IV - articulação intersetorial e garantia de ampla participação e controle social; e

V - a incorporação e o uso de tecnologias voltadas para a prevenção e o controle do câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do SUS devem ser resultado das recomendações formuladas por órgãos governamentais a partir do processo de Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS) e da Avaliação Econômica (AE) (BRASIL, 2013).

A partir da publicação desta Portaria 874/2013, houve o reconhecimento e a positivação de diversos direitos relativos aos pacientes com câncer, dentre os quais, passa-se a destacar seguir.

2.1. Saque do FGTS e do PIS/PASEP

Dentre os direitos do paciente portador de neoplasia maligna se encontra a possibilidade de levantamento do FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Nogueira (2016) esclarece que o direito em comento se encontra garantido no art. 20, inciso XIV, da Lei nº 8.036/1990, que regulamenta o instituto no direito brasileiro. Anote-se que para o levantamento do saldo depositado junto à conta vinculada, que equivalente a 8% (oito por cento) do valor da remuneração mensal, o paciente de neoplasia maligna, ou qualquer trabalhador que tenha dependente diagnosticado com tal doença, não precisa estar registrado em nenhum trabalho quando da solicitação de levantamento do saldo.

O que se faz necessário, portanto, é que o trabalhador tenha valores depositados junto à conta vinculada (BITENCOURT, 2014). Cumpre esclarecer, ainda, que

os valores podem ser levantados mais de uma vez, desde que persista o diagnóstico de neoplasia maligna, ou seja, na hipótese de o trabalhador se encontrar com vínculo trabalhista registrado em sua Carteira de Trabalho, e havendo novos depósitos após o levantamento, o requerimento pode ser feito junto à Caixa Econômica Federal para retirada de novos valores. Direito este que se estende também a qualquer trabalhador que tenha um dependente diagnosticado com câncer.

Ainda em relação ao levantamento do FGTS, cumpre ressaltar que eventuais levantamentos em nada prejudicam na hipótese de ser o trabalhador dispensado imotivadamente pela empresa, pois para fins de cálculo da multa rescisória, equivalente a 40% (quarenta por cento) do saldo em conta, são considerados os valores atualizados que deveria constar da conta vinculada do trabalhador, sendo ignorado, portanto, o saque. Sobre o direito em comento, em especial os requisitos para o seu levantamento, assim esclarece a Cartilha disponibilizada pelo Instituto Nacional do Câncer - INCA:

Atestado médico com validade não superior a trinta dias, contados de sua expedição, firmado com assinatura sobre carimbo e CRM do médico responsável pelo tratamento, contendo diagnóstico no qual relate as patologias ou enfermidades que molestam o paciente, o estágio clínico atual da moléstia e do enfermo. Na data da solicitação do saque, se o paciente estiver acometido de neoplasia maligna, no atestado médico deve constar, expressamente: “Paciente sintomático para a patologia classificada sob o CID _____”; ou “Paciente acometido de neoplasia maligna, em razão da patologia classificada sob o CID _____”; ou “Paciente acometido de neoplasia maligna nos termos da Lei nº. 8.922/94”, ou “Paciente acometido de neoplasia maligna nos termos do Decreto nº. 5.860/2006”; e -Cópia do laudo de exame histopatológico ou anatomopatológico que serviu de base para a elaboração do atestado médico; e - Documento hábil que comprove a relação de dependência, no caso de estar o dependente do titular da conta acometido pela doença (INCA, 2015).

Não é demais salientar que para beneficiar-se do direito em comento, deve o trabalhador apresentar, além dos documentos de identificação e da Carteira de Trabalho, e comprovante de inscrição junto ao PIS/PASEP, também atestado médico no qual conste, expressamente, o diagnóstico da doença, devendo o profissional que emitir o referido atestado fazer constar, expressamente, que o “paciente supra referido está enquadrado nas exigências da Lei 8.922/94, que alterou a redação do artigo 20, da Lei 8.036/90”.

E em se tratando de diagnóstico de dependente a Cartilha dos Direitos do Paciente com Câncer elaborada por A. C. Camargo Câncer Center (2019) indica que, além dos documentos supra, o trabalhador deve também comprovar a condição de dependente do portador de neoplasia maligna, ressaltando que são considerados dependentes o cônjuge ou companheiro, o filho menor de 18 (dezoito) anos de idade, ou inválido, a pessoa designada menor de 18 anos, ou maior de 60 anos, ou inválida, bem como os equiparados aos filhos, a exemplo do enteado e do menor sob guarda.

Importa complementar que o PIS - Programa de Integração Social consiste no depósito de quota mensal realizado pela emissão de um cadastro do trabalhador, nos termos da Lei Complementar nº 07/1970.

Assim, tendo o trabalhador direito ao levantamento do PIS, na hipótese de

diagnóstico de neoplasia maligna, pode requerer saque, comprovando não apenas a condição de inscrito no programa, os requisitos autorizadores do recebimento do benefício, bem como o diagnóstico. Semelhante procedimento ao do FGTS também pode ser adotado para o saque do PIS/PASEP, desde que o trabalhador tenha saldo junto à referida instituição bancária.

2.2. Direito à aquisição de veículos adaptados ou especiais

Outro benefício do portador de neoplasia maligna é o direito à aquisição de veículos adaptados ou especiais, quando da doença restar seqüela, ou seja, configurada a invalidez. Segundo o portal digital do Instituto Oncoguia (2015) alguns dos impostos são IPVA, IPI, ICMS e IOF. Abaixo se segue os detalhes para a isenção de cada um dos impostos citados.

Importa salientar que em não sendo o portador da deficiência habilitado, é assegurado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir da aquisição do veículo adaptado, para providenciar a Carteira Nacional de Habilitação Especial. E não sendo o deficiente a pessoa que possua condições de dirigir veículo, ainda que adaptado, podem ser apresentados até três condutores autorizados (INCA, 2015).

Ainda relacionada à compra de veículo, o portador de neoplasia maligna deve requerer a isenção do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI (Lei nº 10.182/2001, arts. 2º, 3º e 5º; Lei nº 10.690/2003; Lei nº 10.754/2003, e Instrução Normativa SRF 442/2004); a isenção do Imposto Sobre Operações Financeiras, se o veículo for adquirido por meio de financiamento; isenção do Imposto Sobre Circulação de Mercadoria e Serviços - ICMS; isenção do Imposto Sobre Propriedade de Veículo Automotor - IPVA (Lei nº 6.606/1989), no que dispõe a Cartilha do A. C. Camargo Câncer Center (2019).

Outra direito da pessoa afetada pelo câncer é a possibilidade da isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados, o IPI. Segundo Cartilha do Inca (2015) “o paciente é isento deste imposto apenas quando apresenta deficiência física nos membros superiores ou inferiores”. Ou seja quando é impedido, por condição física, de dirigir. Para conseguir a isenção é necessário apresentar exames e laudo que comprovem a deficiência. Quanto à fabricação de veículos com características especiais a Cartilha indica que há garantia e especifica que:

Automóveis de passageiros ou veículos de uso misto de fabricação nacional, movidos à combustível de origem renovável. O veículo precisa apresentar características especiais, originais ou resultantes de adaptação, que permitam a sua adequada utilização por portadores de deficiência física. Entre estas características, o câmbio automático ou hidráulico (acionado por sistema hidráulico) e a direção hidráulica.

A adaptação do veículo poderá ser efetuada na própria montadora ou em oficina especializada. O IPI incidirá normalmente sobre quaisquer acessórios opcionais que não constituam equipamentos originais do veículo adquirido.

O benefício somente poderá ser utilizado uma vez. Mas se o veículo tiver sido adquirido há mais de três anos, o benefício poderá ser utilizado uma segunda vez.(INCA, 2015).

Segundo Bitencourt (2014), não se pode esquecer, ainda, que a pessoa com câncer também tem direito à isenção do IPVA, sendo que cada Estado da Federação deve editar norma própria acerca das exigências para a isenção. Ainda em relação à compra de veículo adaptado, é mister ressaltar que o Imposto Sobre Propriedade de Veículos Automotores possui, em alguns Estados, regulamentação própria.

2.3. Quitação de financiamento de imóvel

É assegurado ao portador de neoplasia maligna, ainda, a quitação de financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação, uma vez que o seguro habitacional, pago junto ao financiamento do imóvel, assegura o pagamento das parcelas em caso de diagnóstico de algumas doenças, dentre elas o câncer. Consta na Cartilha planejada pelo Inca o seguinte apontamento:

Está incluído nas parcelas do imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH) um seguro que garante a quitação do imóvel em caso de invalidez ou morte. Em caso de invalidez, este seguro cobre o valor correspondente à cota de participação do paciente no financiamento.

A entidade financeira que efetuou o financiamento do imóvel deve encaminhar os documentos necessários à seguradora responsável (INCA, 2015).

Para tanto, Ferreira, Santos e Almeida (2018) comentam sobre tal direito que a quitação do financiamento da casa própria é assegurado à todo aquele que possui invalidez total e permanente, causada por acidente ou doença. Contudo, se faz necessário, no entender dos autores, que os contratos de financiamento estabeleçam cláusula nesse sentido. E complementam que elemento imprescindível à concessão do direito em comento é a inaptidão para o trabalho.

2.4. Isenção do Imposto de Renda

Nogueira (2016) chama a atenção para o fato de que alguns direitos conferidos à pessoa com câncer são aqueles conferidos, pela legislação brasileira, às pessoas com doença crônica, tal como ocorre com o Imposto de Renda sobre os proventos da aposentadoria, pensão ou reforma, nos termos da Lei nº 7.713/1998, que apresenta um rol das doenças que asseguram a isenção.

Em se tratando de portador de neoplasia maligna, o beneficiário do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, ou aposentado por regime próprio de previdência social, é assegurada a isenção do Imposto de Renda de Pessoa Física, mesmo em se tratando de eventuais complementações de aposentadoria ou pensão por morte, ainda que o diagnóstico se dê após a concessão do benefício. As indicações para conseguir adquirir o direito à isenção do imposto de renda estão também observadas pela Cartilha do Inca, que demonstra dos os passos a serem seguidos em:

Para solicitar a isenção a pessoa deve procurar o órgão pagador da sua aposentadoria (INSS, Prefeitura, Estado etc.) munido de requerimento fornecido pela Receita Federal. A doença será comprovada por meio de laudo médico, que é emitido por serviço médico oficial da União,

dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, sendo fixado prazo de validade do laudo pericial, nos casos passíveis de controle. (Lei nº 9.250, de 1995, art. 30; RIR/1999, art. 39, §§ 4º e 5º; IN SRF nº 15, de 2001, art. 5º, §§ 1º e 2º) (INCA, 2015).

Portanto, de maneira clara se indica como o paciente deve proceder para requer mais um benefício importante para que consiga viver com dignidade e a possibilidade do máximo conforto tendo em vista a situação médica.

2.5. Aposentadoria por invalidez, Auxílio-doença e benefício assistencial

Segundo a Cartilha do A. C. Camargo Câncer Center (2019) paciente diagnosticado com neoplasia maligna, nos termos da legislação previdenciária, desde que tenha a incapacidade para o trabalho reconhecida, tem direito à aposentadoria por invalidez, esteja ou não recebendo auxílio-doença. Para tanto, deve o trabalhador ser segurado da Previdência Social, e não pode a doença ser anterior à filiação do segurado ao Regime Geral de Previdência Social.

Se o portador de neoplasia maligna necessitar de assistência permanente, a legislação previdenciária, conforme art. 45 do Decreto nº 3.048/1999, assegura o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício de aposentadoria por invalidez, sendo necessária a comprovação da invalidez e da necessidade de auxílio, a exemplo do indivíduo que teve suas faculdades mentais alteradas, ou cegueira total, dentre outras hipóteses, devendo a necessidade de assistência ser comprovada por perícia médica.

Em se tratando de incapacidade temporária para o trabalho, não há o que se falar em invalidez permanente a ensejar o direito ao benefício da aposentadoria por invalidez. Contudo, em sendo o portador de neoplasia maligna segurado do Regime Geral de Previdência Social, faz jus ao auxílio doença, desde que o câncer impossibilite temporariamente para o exercício do labor.

Trata-se de um benefício mensal a que tem direito o segurado inscrito no Regime Geral de Previdência Social (INSS) quando este fica temporariamente incapaz para o trabalho em virtude de doença por mais de 15 dias consecutivos. Tem direito ao auxílio doença a pessoa que seja considerada incapacitada temporariamente para o trabalho. Em caso de pacientes com neoplasia, não há carência para receber o benefício, desde que ele seja segurado do INSS. A incapacidade para o trabalho deve ser comprovada por meio de exame realizado pela perícia médica do INSS (INCA, 2015).

Porém, há situações em que o indivíduo não é segurado do Regime Geral de Previdência Social, e, portanto, não faz jus à aposentadoria por invalidez ou auxílio doença. Em tais situações, se for o portador de câncer deficiente físico, incapacitado para o labor, ou contar com mais de 65 (sessenta e cinco) anos, e não possuir condições de exercer atividade remunerada, faz jus ao benefício assistencial, previsto na Lei Orgânica da Assistência Social - Lei nº 8.742/1993.

Sobre o Amparo Assistencial ao Idoso, assim esclarece a Cartilha desenvolvi-

da por C. A. Camargo Câncer Center (2019):

De acordo com a lei, é o benefício que garante um salário-mínimo mensal ao portador de câncer com deficiência física, incapacitado para o trabalho, ou ao idoso com idade mínima de 67 anos que não exerça atividade remunerada. É preciso comprovar a impossibilidade de garantir seu sustento e que sua família também não tem essa condição, bem como que o deficiente físico não está vinculado a nenhum regime de previdência social. (C. A. CAMARGO CÂNCER CENTER, 2019).

Para tanto, conforme o INCA (2015) deverá preencher os demais requisitos para o direito ao benefício, a exemplo da renda per capita familiar não superior a 1/4 do salário mínimo.

Na hipótese de o portador de neoplasia maligna restar incapacitado para o trabalho que exercia, mas for possível, por meio da reeducação ou readaptação profissional, retornar ao mercado de trabalho, deve a Previdência Social assegurar o serviço de reabilitação aos seus segurados, possibilitando uma vida digna.

2.6. Tratamento fora do domicílio

Há situações, ainda, que o paciente tenha necessidade de tratamento fora de domicílio, sendo este um direito assegurado pelo Sistema Único de Saúde pela Portaria SAS nº 055 de 24 de fevereiro de 1999, que assegura serviços assistenciais de pacientes em cidades, ou ainda, em estados diferentes do domicílio com garantia de transporte e hospedagem, contudo somente à pacientes atendidos pela rede pública. Em casos de indicação médica, acompanhantes poderão ter o pagamento de suas de modo equivalente ao do paciente.

Santos (2019) lembra que a supracitada Portaria assegura aos pacientes em tratamento fora de domicílio, ainda, o direito ao transporte para o tratamento e, também, hospedagem, quando indicado. Trata-se de importante garantia, pois nem todos os pacientes possuem recursos para suportar as despesas com deslocamento, haja vista que muitos vivem em áreas muito distantes do hospital de referência mais próximo, e mesmo aqueles em áreas rurais, indígenas e quilombolas. O autor continua a comentar sobre os direitos quanto a garantia de deslocamento seguro e hospedagem ao que os pacientes com câncer devem ser atendidos. Assim, Santos informa que mais recentemente foi editada a Portaria nº 874, de 16 de maio de 2013, responsável por instituir a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), cujo objetivo é possibilitar meios adequados, nas esferas municipal, estadual e federal, para o enfrentamento do câncer.

Outro importante direito é uso de transporte coletivo sem contraprestação, ou seja, de graça, assim como a dispensa do rodízio de automóveis nas localidades que o adotam (BITENCOURT, 2014), buscando assegurar ao portador de neoplasia maligna meios adequados de locomoção. Assim, o paciente tem uma despesa a menos para arcar, mesmo que a distância para o tratamento seja grande.

2.7. Atendimento prioritário e seguros de vida

Quanto aos procedimentos em tramitação junto ao Poder Judiciário, se for portador de neoplasia maior de 65 (sessenta e cinco) anos, faz jus, nos termos do art. 1.211-A do Código de Processo Civil, à tramitação prioritária dos processos, sendo mister ressaltar que o Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/2003, em seu art. 71, menciona a idade de 60 (sessenta) anos para a prioridade dos processos judiciais e procedimentos administrativos, prevalecendo, portanto, esse limite de idade (A. C. CAMARGO CÂNCER CENTER, 2019).

Se da neoplasia maligna restar o paciente inválido, nos termos da Lei nº 10.048/2000, em seu art. 2º, parágrafo único, são assegurados aos portadores de deficiência física o atendimento prioritário em repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos.

3. DO DIREITO A SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Anote-se, ainda, que o Estado, para garantir o mínimo existencial aos que mais necessitam, deve realizar uma justa distribuição de recursos públicos. Para Carvalho Filho (2009) são políticas públicas, “as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades”. Eis que as políticas públicas devem ter sua execução planejada e contemplada na legislação orçamentária dos entes federados, justamente para auxiliar casos da sociedade que precisem de atenção mais acentuada, como o caso de pacientes com câncer em tratamento.

Amaral (2011) complementa que é dever do Estado desenvolver mecanismos gerais de atendimento, assim como é direito do indivíduo o cumprimento dessas políticas, nos limites em que estabelecidas. Sendo assim, esses mecanismos devem estar sempre voltados para o público, com o máximo de exposição e esclarecimento possível.

Verifica-se que o dever de delinear as políticas públicas, que ficarão a disposição da sociedade, é daqueles que foram, pelo voto popular, investidos em mandato eletivo para legislar e executar, e tendem a ser mais eficientes se forem devidamente programadas para atingir o maior número de pessoas necessitadas, dentro de uma realidade fática e orçamentária possível.

De acordo com Rocha (2013), o Supremo Tribunal Federal, por reconhecer que o direito à saúde é direito público subjetivo, deve o Estado adotar todas as medidas para assegurar a efetivação do direito social à saúde, mesmo que diante da reserva do possível.

Não é demais ressaltar que, como observa Oliveira (2017), alguns atores sociais exercem, na implementação das ações voltadas à efetivação dos direitos das pessoas com câncer, importante papel, a exemplo dos profissionais do Serviço Social, que contribuem para a efetivação dos direitos do paciente oncológico, atuando junto a eles e seus familiares.

Desta feita, a economia assume papel importante para o Direito, como destaca Timm (2011), pois a eficiência é uma imposição jurídica e econômica ao gasto

público. Logo, escolhas trágicas devem ser feitas, no sentido de que como os recursos são escassos, e certamente nem todas as necessidades sociais de saúde, educação, lazer, dentre outras, serão atendidas, razão pela qual se deve buscar a solução que tende a atender, de modo mais abrangente, um maior número de pessoas necessitadas dos recursos sociais.

Porém, acaso as políticas públicas e as ações administrativas sejam inexistentes ou ineficientes, a ponto de não atenderem ao menos o mínimo essencial dos direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário está legitimado a intervir e determinar a realização da política pública correspondente.

Nesse contexto, Carvalho Filho (2009) chama a atenção para o fato de que a Administração Pública vem gradativamente perdendo o espaço que o sistema da tripartição de poderes lhe conferiu, em razão da ineficiência das políticas públicas e das ações administrativas.

A sociedade leiga alvitra resultados e ignora questões jurídicas que possam impedir a consecução das metas que lhe são satisfativas. Em meio à inércia do Poder Público, vão surgindo decisões judiciais que acabam por resolver pontualmente problemas que à Administração incumbiria solucionar, sem que com isso haja uma violação do sistema de tripartição dos poderes.

Nesse contexto, de supremacia dos direitos fundamentais e da máxima efetividade das normas constitucionais, no sentido de resguardar o mínimo existencial de um complexo de interesses ligados à vida e à dignidade da pessoa humana, é que se defende o controle judicial das políticas públicas, de forma a assegurar a pessoa que necessita o efetivo exercício do direito fundamental à saúde com o fornecimento de medicação aos portadores de neoplasia maligna.

Importa esclarecer que o significado de judicialização foi delineado por Barroso (2009), no sentido de que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas em caráter final pelo Poder Judiciário, o que tem gerado grande controvérsia jurídica.

Buscando dar subsídios aos magistrados, é que o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Recomendação nº 31/2010, com o objetivo dos Tribunais adotarem medidas que subsidiem não apenas os julgadores, mas também os demais operadores do direito, assegurando maior eficiência na solução das demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde.

Factualmente, as políticas públicas na área de saúde se justificam quando pelo menos o mínimo essencial dos direitos fundamentais não estiver sendo atendido. No entanto, é necessário que haja decisões criteriosas, com adequação e proporcionalidade no julgamento do feito, de forma a evitar pronunciamentos judiciais extravagantes ou emocionais, que aplicam *astreintes* de forma desproporcional e/ou condenam a Administração ao custeio de tratamentos desarrazoados.

Por sua vez, Pires (2009) propõe como solução possível ao controle judicial da discricionariedade administrativa das políticas públicas a importância do procedimento de ponderação da teoria dos princípios, como o melhor instrumento de cotejamento das reservas do possível com o mínimo essencial dos direitos fundamentais de modo a conferir aos direitos fundamentais a máxima efetividade possível.

Destarte, o juízo de ponderação deve ser feito, pois a escolha do intérprete é encontrar o sentido decorrente da interação, da mistura dos elementos contidos no caso

concreto, ou seja, “[...] nenhum autor hoje negará que elemento chave da ponderação é a razoabilidade” (AMARAL, 2011, p. 99).

Porém, ante a inércia do Estado em proporcionar meios para a efetivação do acesso a medicamentos, é que cada vez mais, como já dito, que um número grande de pessoas busque o Judiciário para a satisfação do direito social à saúde, até mesmo porque os entes federados tendem a se esquivar da sua obrigação.

A judicialização, portanto, decorre da inércia do Estado. E, como lembra Almeida (2019), há de se reconhecer que apesar da legislação estabelecer uma série de direitos aos pacientes com câncer, há uma grande barreira entre o preconizado e a realidade, e muito do que contém a legislação não é cumprindo.

Portanto, entende-se que, não só é negado ao paciente seus direitos, que o Estado deve cumprir, mas também é deixado oculto da população tais direitos, dificultando seu acesso. Desse modo é encontrada no Judiciário a força para suprir a necessidade social.

A situação se agrava, ainda, como observam Almeida, Pinho e Santos Júnior (2019), em virtude do desconhecimento, por parte dos portadores de neoplasia maligna ou seus familiares, dos direitos a que tem direito. Por conseguinte, a falta de informação não deixa que muitos doentes desfrutem dos benefícios conferidos por lei.

A partir da leitura de Prado e Wolf (2019) há a percepção de que resta evidente, portanto, que dentre os direitos do paciente diagnosticado com neoplasia maligna se encontra o direito de acesso a medicamentos, sendo um dever do Estado que, não o cumprindo voluntariamente, poderá ser acionado judicialmente para fornecer os fármacos solicitados, desde que indispensáveis ao tratamento da doença, se encontrando ou não tais medicamentos na lista disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde.

4. CONCLUSÃO

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, a problemática dos direitos da pessoa portadora de neoplasia maligna, dentre eles o acesso a medicamentos pelo doente, uma vez que é comum aos Estados e Municípios negar o acesso ao argumento de que os fármacos solicitados não se encontram no rol dos remédios disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, ou mesmo o não acesso pela ineficácia do Estado.

Ocorre que o direito à vida é um direito fundamental, sem o qual não há o que se falar em vida com qualidade, principalmente porque a saúde compreende o bem-estar físico e psíquico do indivíduo. Contudo, para a efetivação do direito à saúde, mormente o acesso a medicamentos, se faz necessária a implementação de políticas públicas.

Não obstante, quando o Poder Público, por inércia ou má administração deixa de atender aos anseios da sociedade, com o não fornecimento de medicamentos, principalmente quando se trata de neoplasia maligna, doença grave que, não raras vezes, se desenvolve em um curto espaço de tempo, comprometendo a vida com dignidade do paciente, necessária a intervenção do Judiciário, para fazer valer o direito à saúde.

Desta feita, quando o paciente de neoplasia maligna não tem acesso a medicamentos imprescindíveis ao seu tratamento, estando estes ou não inseridos na lista da Secretaria de Saúde do Estado, ou do Ministério da Saúde, deve o Estado, em sentido

amplo, já que se trata de responsabilidade solidária, disponibilizar a medicação indicada, pois somente o profissional da medicina pode atestar qual a medicação adequada, não podendo a saúde do paciente estar relegada à vontade dos administradores.

REFERÊNCIAS

A. C. CAMARGO CÂNCER CENTER. **Cartilha dos Direitos dos Pacientes com Câncer**. 2019. Disponível em: <https://www.accamargo.org.br/pacientes/apoio-ao-paciente-e-ao-familiar/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>. Acesso em: 02 ago. 2020.

ALMEIDA, Rosana Francisca Oliveira. **Os pacientes com câncer atendidos pelo serviço social do centro de oncologia Dr. Oswaldo Leite: um estudo da situação socioeconômica, de saúde e do tratamento**. Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Federal de Sergipe, 2019. Disponível em: <<https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/13106/2/PacientesCancerAtendidosServicoSocial.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2020.

ALMEIDA, Gisele Pereira de; PINHO, Isabela de Carvalho Matias; SANTOS JÚNIOR, José Matheus. A desinformação dos pacientes com câncer bucal sobre seus direitos legais. In: **Congresso Interdisciplinar – Cerrado, Sua Riqueza e Diversidade**, v. 4, n. 01, 2019.

AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de Cada Um: Reflexões para a Transição da Práxis Judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BITTENCOURT, Cláudia. **Pessoas com câncer tem direitos especiais na legislação**. Una-SUS, 2014. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/pessoas-com-cancer-tem-direitos-especiais-na-legislacao>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%EA7ao_Compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**: Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 10.048, de 08 de novembro de 2000.** Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110048.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Institui a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).** Portaria no 874 GM/MS, de 16 de maio de 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0874_16_05_2013.html. Acesso em: 15 out.2020.

BRASIL. **Portaria nº 55, de 24 de fevereiro de 1999:** Dispõe sobre a rotina do Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde - SUS, com inclusão dos procedimentos específicos na tabela de procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do SIA/SUS e dá outras providências. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0055_24_02_1999.html. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Recomendação nº 31 de 30/03/2010.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Lumen júris. 2009.

FERREIRA, Clara Gomes; SILVA, Mariana Cristo; ALMEIDA, Rosana Francisca Oliveira. **Associação Mulheres de Peito:** a luta pelo tratamento oncológico em Sergipe. 2018, 120 fl. Trabalho de Conclusão de Curso (Serviço Social) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão - SE, 2018.

INCA. Instituto Nacional do Câncer. **Direitos Sociais da Pessoa com Câncer.** Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva. Coordenação Geral de Ações Estratégicas. Divisão de Comunicação Social, 5. ed., Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sociais_pessoa_cancer.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

INSTITUTO ONCOGUIA. **Direitos dos Pacientes.** 2015. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/sus/1457/4/>. Acesso em: 02 ago. 2020.

NOGUEIRA, Camila Lima. **Doenças crônicas e deficiência:** perspectivas dos profissionais médicos e assistentes sociais do INSS sobre a lei complementar 142/2013. 2016, 62 fl. Trabalho de Conclusão de Curso (Serviço Social) – Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2016.

OLIVEIRA, Thaislayne Nunes de. **Considerações da intersetorialidade de políticas de Seguridade Social e as estimativas de câncer no Brasil.** Seminário Nacional de Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/180844/Eixo_3_223.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 set. 2020.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. São Paulo: Elsevier, 2009.

PRADO, Alfredo Marcos do. WOLF, Guilherme Henrique. **Tratamento Jurídico no Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo a Pacientes Com Câncer**, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/tratamento-juridico-no-fornecimento-de-medicamentos-de-alto-custo-a-pacientes-com-cancer/>. Acesso em: 02 set. 2020.

ROCHA, Thiago dos Santos. **Tratamento do câncer como direito público subjetivo: das concessões em demandas individuais ao efeito cliquet**. Revista do Curso de Direito, v. 3, n. 6, p. 35-67, 2013.

SANTOS, Camila Cursino. Políticas públicas de atenção à saúde da mulher no tratamento do câncer de mama em Feira de Santana–BA. **Anais Seminário de Iniciação Científica**, n. 22, 2019.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à Saúde e a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: Uma Perspectiva de Direito e Economia. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

WINCK, Daniela; MÂNICA, Cíntia. Os Direitos Sociais do Paciente Oncológico. **Seminário de Iniciação Científica, Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão e Mostra Universitária**, 2017. Disponível em: <<https://unoesc.emnuvens.com.br/siepe/article/view/14189>>. Acesso em: 02 set. 2020.

DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO COM ENFÂSE NO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Melina Wiggers Melo¹

Cassadro Albino Davenz²

Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues³

Dagmar Dengo⁴

RESUMO

O presente trabalho traz como tema a desjudicialização do judicial para o extrajudicial no direito sucessório. Pois, com a crescente demanda processual, foram então implantadas novas formas alternativas para a solução de conflitos do Poder Judiciário Brasileiro. Neste sentido, surgiu a desjudicialização do processo Civil, buscando meios mais céleres e rápidos para a solução de conflitos, e ajudando no desafogamento do Poder Judiciário. Muitos dos processos desjudicializados tem a opção de tramitarem em Cartórios Extrajudiciais, sendo amparados pela Lei 11.441/2007, como divórcio, separação consensual, partilha e inventário. Sendo estes procedimentos auxiliares na redução dos processos judiciais e dando mais celeridade aos processos, garantindo de forma efetiva o direito ao acesso a justiça.

Palavras chave: Desjudicialização. Eficiência. Meios alternativos. Acesso à Justiça. Inventário Extrajudicial.

ABSTRACT

The present work has as its theme the dejudicialization of the judicial to the extrajudicial in inheritance law. Because, with the increasing procedural demand, implemented new alternative ways for the solution of conflicts of the Judiciary Brazilian. In this sense, the judicial process was no longer legal, seeking ways to faster and faster solutions to conflicts, and helping to unburden the Judicial power. Many of the out-of-court cases have the option of going through Extrajudicial Registry Offices, supported by Law 11.441 / 2007, such as divorce, consensual separation, sharing and inventory. Since these procedures are helpful in reduction of legal proceedings and speeding up the proceedings, ensuring effectively the right to access justice.

Key word: Judicialization. Efficiency. Alternative means. Access to justice. Extrajudicial inventory.

¹ Acadêmica do Curso de Direito, da 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Especialista em Direito Tributário pela Univali e Mestre em Direito do trabalho pela UCS.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo apresenta como objetivo institucional dar cumprimento de requisito para a conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest, trazendo como principal questão o acesso à justiça, através de métodos alternativos, visto a grande demanda dos processos judiciais nos últimos anos, propondo e viabilizando a busca e acesso à justiça por todos.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de que as mudanças da sociedade influenciam diretamente o ordenamento jurídico. Por isso, a procura por métodos alternativos de acesso a justiça tem se tornado cada vez mais intensa, promovendo a garantia de acesso a todos, visto que, a desjudicialização tem se tornado de grande valia e vem sendo muito utilizada, pois se empenha por métodos alternativos para a efetivação de direitos, proporcionando soluções em outras vias, como por exemplo Tabelionatos Extrajudiciais e Escrivanias de Paz, trazendo assim soluções para conflitos de forma mais célere e eficaz.

A pesquisa teve início a partir do questionamento sobre as formas que a desjudicialização pode contribuir para o acesso à justiça no direito brasileiro.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral apresentar e demonstrar as principais características do inventário extrajudicial realizado em cartórios/Tabelionatos Extrajudiciais.

Como objetivo específico consiste em analisar e explanar de forma simplificada a demonstração da mesma eficácia de outros processos judiciais, cumprindo os requisitos necessários para a obtenção da aprovação do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest.

A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos e livros disponíveis em acervos públicos e privados. Para melhor compreensão do tema na abordagem inicial estão elencadas informações sobre os movimentos de desjudicialização, os quais surgem como mais um método de propiciar de forma célere a resolução dos procedimentos, e também como uma possível opção a mais a qual permanece à disposição da população.

Posteriormente, será analisado o inventário extrajudicial, realizado em Tabelionatos de Notas, demonstrando seus requisitos e características, explanando as possíveis maneiras de garantir o acesso à justiça de forma clara, rápida e eficaz.

2 DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO COM ENFÂSE NO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

O acesso à justiça através da desjudicialização no direito sucessório, é de grande valia, em razão da grande demanda processual a qual se encontra no Poder Judiciário Brasileiro, que acabou por adotar novas formas de solução de conflitos. Devido a este fato, foi implantado a desjudicialização do Processo Civil, em busca de procedimentos mais céleres e alternativos, podendo auxiliar no desfogamento do Poder Judiciário.

Vale ressaltar que o acesso à Justiça é um direito fundamental de todos, e encontra amparo no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, bem como

em leis especiais e grandes doutrinas. Sardinha (2018, p.14): “Somente existe de fato uma sociedade justa e igualitária, quando há aplicabilidade efetiva do direito de acesso à justiça. Afinal, tal direito é por lógica, a condição primeira e essencial, para que outros direitos que também são de natureza fundamental sejam efetivados.”

O direito ao acesso à justiça é marco fundamental para todos os cidadãos e lhe acarreta a vários outros direitos como por exemplo o direito a uma vida justa, direito a saúde e segurança, e muitos outros; e, quando não respeitados tais direitos o cidadão pode, através da justiça pedir a cessação de tais atos que estejam infringindo seus direitos.

Lembrando que, quando se fala em alcançar seus direitos trata-se tanto daquele que busca seu resultado na efetivação de seu direito, como também para o seu polo-contrário do processo, visando assim o direito da ampla defesa e da contrariedade.

Com a implantação da Lei 11.441/2007, muitos procedimentos têm se desenvolvido através de Tabelações de Notas, como por exemplo, inventários, divórcio, dentre outros. De tal modo, que tais procedimentos auxiliam na redução dos processos judiciais e garante uma celeridade maior aos processos, garantindo assim, o direito ao acesso à justiça.

Nos dias atuais, existem diversas leis e provimentos que possibilitam a realização de procedimentos extrajudiciais, porém diariamente existem mudanças que visam melhorar ainda mais essa realidade, de forma que proporcione maiores opções de procedimentos, e conseqüentemente maior adesão da população brasileira a tais meios de resolução de lides e processos. “A atividade extrajudicial vem dando provas nos últimos anos de competência inequívoca para a prática de atos que envolvem procedimentos de jurisdição voluntária” (SEGURANÇA JURÍDICA, 2018, p.17).

Com o desenvolvimento dos procedimentos extrajudiciais, verifica-se que os direitos fundamentais preconizados pela Constituição Federal estão garantidos, grande exemplo é o princípio fundamental da duração razoável do processo, pois com a grande demanda existente no Poder Judiciário brasileiro a população tem esperado por muito tempo para obter uma resposta jurisdicional.

2.1 Acesso à justiça

Com o passar dos anos, o conceito de acesso à justiça vem se transformando, o que antigamente se atingia somente através do judiciário, nos dias de hoje já é disponibilizado por vários outros meios. E todas estas mudanças afetam diretamente a sociedade em que vivemos.

Os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth desenvolveram o “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, no qual realizaram diversas pesquisas em diferentes países, que serviram como movimentos de reformas processuais nos referidos países. Segundo Cappelletti e Garth (1988, p.11-12):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência a de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso a justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fun-

damental – mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Compreende-se o acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário, por considerá-lo o responsável pela função jurisdicional, o acesso à justiça é um direito fundamental de todos, assegurado em leis especiais e texto constitucional. Sardinha (2018, p.14) cita que,

Somente existe de fato uma sociedade justa e igualitária, quando há aplicabilidade efetiva do direito de acesso a justiça. Afinal, tal direito é por lógica, a condição primeira e essencial, para que outros direitos que também são de natureza fundamental sejam efetivados.

O direito ao acesso à justiça garante os outros direitos fundamentais de um cidadão, e quando violado algum destes direitos, o cidadão atingido pode procurar através da justiça, a tutela dos mesmos.

2.2 O acesso a Justiça no Direito Brasileiro

O acesso à justiça no atual ordenamento jurídico brasileiro foi consagrado como direito fundamental, no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal da República. Porém, antes mesmo da Carta Magna, já se falava sobre o acesso à justiça a todos, como, por exemplo, na constituição de 1891, que já se verificava a existência de tal direito, não estava prevista de forma explícita, mas sim de forma implícita, dependendo de uma interpretação por parte dos cidadãos. Segundo Mota (2010, p.43):

As constituições anteriores a de 1988 já vinham, paulatinamente, assegurando e ampliando certos direitos, com vistas a dar mais efetividade ao acesso a justiça, podendo-se citar, dentre outros, que a primeira Constituição Republicana do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, previu a gratuidade do casamento civil, já a constituição de 1934 previu a assistência jurídica gratuita e a Constituição de 18 de setembro de 1946 estabeleceu o direito a certidão.

Dessa forma, o acesso à justiça presente no ordenamento jurídico, vem se moldando ao longo dos anos, e se modernizando com o passar das gerações, pois, como visto anteriormente, desde as primeiras constituições brasileiras já estavam previstos direitos que proporcionam o acesso à justiça. De acordo com Cichocki Neto (1999, p.92):

A Constituição do Império (1824), a primeira constituição republicana de 1891, e as Constituições de 1934 e de 1937 não fizeram qualquer referência expressa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, embora nelas, segundo alguns doutrinadores, o mecanismo da tripartição dos poderes torna-a implícita. Assim, mesmo que de forma implícitas as constituições anteriores à de 1988 já previam o acesso a justiça, de forma simples, mas que com sua promulgação ganhou maior contorno e aplicação.

Assim, mesmo que de forma implícita as constituições anteriores à de 1988 já

falavam e previam o acesso à justiça, mesmo que não de forma direta, mas que, com a Promulgação da Constituição de 1988 ganhou mais aplicação.

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como Constituição Cidadã, por conter em seu texto diversas citações sobre dispositivos que asseguram aos cidadãos uma vida digna, não podendo ser vista de forma diferente pois visa a efetividade de justiça e o acesso de todos a seus direitos fundamentais. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 é a responsável por reestabelecer direitos retirados dos cidadãos durante a época de Ditadura Militar, vindo a prever novamente direitos básicos aos brasileiros, consolidando a mudança de um regime autoritário para um regime democrático e mais justo.

3 DESJUDICIALIZAÇÃO

A desjudicialização surgiu como forma de superar a demora nos processos judiciais, de forma a auxiliar na garantia dos direitos fundamentais e na razoável duração dos processos, assim garantindo o acesso à justiça a todos. A desjudicialização busca métodos alternativos para resolução das lides, para que a população não fique restrita ao ajuizamento de ações perante o Judiciário, de forma que possam resolver seus conflitos usufruindo de um método mais célere e rápido, com a mesma eficácia e efeitos dos processos judiciais.

Desjudicializar tem como um dos principais objetivos estimular os cidadãos pela busca da solução de conflitos através de meios alternativos, disponibilizando novos meios de solucionar seus problemas não somente através do judiciário como de costume.

Segundo Mota (2010, p.130) “[...] desjudicializar é retirar da esfera de competência dos tribunais os atos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para outras entidades e salvaguardando o núcleo essencial da função jurisdicional”

Logo, a desjudicialização visa a resolução das lides, e abre alternativas novas para que a população não fique restrita a somente ao Poder Judiciário, de forma que possam resolver suas lides de forma mais rápida e célere.

Descreve Cassetari (2015, p.200) sobre o movimento da desjudicialização, “[...] a lei segue a tendência mundial de retirar do Judiciário os atos da jurisdição voluntária, para acelerá-los e simplificá-los. Trata-se da desjudicialização, termo novo que já se incorpora ao meio jurídico, no Brasil e também no exterior”.

Então, diante dos inúmeros processos que tramitam junto ao Poder Judiciário e as diversas dificuldades encontradas, o legislador buscou adotar outras soluções, que disponibilizam a mesma eficácia e maior e mais rápida celeridade.

Foi em razão dessas necessidades que começaram a surgir os procedimentos desjudicializados no direito brasileiro, assim, se todos os requisitos em lei forem atendidos, esses procedimentos podem ser resolvidos dentro do âmbito administrativo, evitando assim que tais procedimentos sejam ajuizados perante o Judiciário.

Encontra-se no âmbito extrajudicial, prerrogativas que versam sobre solucionar alguns procedimentos, respeitando os direitos fundamentais e garantindo uma resposta célere aos cidadãos. Bomfim (2008, p.01) demonstra essa importância.

[...] ressaltar que o papel desempenhado pelos procedimentos consensuais, fora da estrutura do Poder Judiciário, possui um papel de destaque no momento de solucionar disputas existentes, principalmente quando essas disputas estiverem no âmbito das relações econômicas e da internacionalização de capital, de tal forma que buscar respaldo no Judiciário torna-se inadequado.

A desjudicialização não busca somente a resolução dos procedimentos autorizados por lei, mas tem como principal objetivo a celeridade e eficácia na resolução das demandas, haja vista que com a realização de alguns procedimentos na esfera extrajudicial, o Poder Judiciário se desafoga, tendo mais tempo para analisar os procedimentos que de fato necessitam de análises avançadas.

Segundo Bezerra (2001, p.61) “Portanto, não se está querendo afastar de todo o Estado, e sim, afirmando que a via judicial não é a única via estatal [...] quanto mais à única via de solução de conflito”.

A desjudicialização visa apontar a migração de atividades que eram de exclusiva competência do Poder Judiciário, não como uma forma de exclusão do Poder Judiciário, mas sim buscando demonstrar novas alternativas para a resolução de processos, que com todo esse processo de desjudicialização, passaram a ser feitos através das vias Extrajudiciais, admitindo que esses órgãos possam realiza-los, por meio de seus processos administrativos.

Dessa forma, as leis que instituem os procedimentos realizados pelas serventias extrajudiciais é que delimitam seus requisitos de forma específica, de tal modo que cada ato realizado na serventia extrajudicial tenha seus requisitos próprios, devidamente estabelecidos e Provimentos pelo Conselho Nacional de Justiça e Corregedorias Estaduais.

Ressalta-se que o principal requisito para que qualquer desses atos já mencionados possa ser realizado em vias extrajudiciais é que as partes devem estar em consenso entre si, não havendo nenhum desacordo entre os envolvidos, caso contrário, somente poderá ser feito através do Poder Judiciário.

4 INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Através da Lei 11.441 de 2007 foi permitido o processamento do inventário através do Tabelação de Notas, além da realização da separação e divórcio consensuais.

A Lei 11.441/07 trouxe formas de desjudicialização adotadas no ordenamento jurídico brasileiro, através dela os processos consensuais de inventário, se tornando mais céleres, garantido aos interessados o acesso efetivo à justiça e a duração razoável do processo.

4.1 Requisitos para a Realização

O Código de Processo Civil, em seu artigo 610, § 1º elenca os requisitos a serem observados, quais sejam: não haver herdeiro incapaz, deve haver a concordância de todos os herdeiros, e o autor da herança não pode ter deixado disposição de última

vontade, ou seja, testamento. E sendo também observados os requisitos trazidos pela Resolução nº 35, os notários possuem a competência necessária para lavrar escrituras públicas de inventários e partilhas de bens, bem como os demais atos anteriormente citados.

Para que possa ser realizado o inventário extrajudicial, um dos requisitos é que não haja a existência de testamento, sobre isso o Provimento nº 56 de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (2016, s.p) estatui a obrigatoriedade da Consulta acerca da existência de Testamento:

Art. 1º Os Juízes de Direito, para o processamento dos inventários e partilhas judiciais, e os Tabeliães de Notas, para a lavratura das escrituras públicas de inventário extrajudicial, deverão acessar o Registro Central de Testamentos On-Line (RCTO), módulo de informação da CENSEC – Central Notarial de Serviços Compartilhados, para buscar a existência de testamentos públicos e instrumentos de aprovação de testamentos cerrados. Art. 2º É obrigatório para o processamento dos inventários e partilhas judiciais, bem como para lavrar escrituras públicas de inventário extrajudicial, a juntada de certidão acerca da inexistência de testamento deixado pelo autor da herança, expedida pela CENSEC – Central Notarial de Serviços Compartilhados.

Logo, a existência de testamento impede a realização do inventário no Tabelionato de Notas, sendo a busca feita através da Central dos serviços notariais, e que sem esse Certidão Negativa de Testamento, não se pode prosseguir com a lavratura da escritura pública, haja vista ser requisito essencial e indispensável.

Quando não observado todos os requisitos elencados em lei, a escritura será considerada nula, conforme dispõe o artigo 166, VII do Código Civil.

O inventário extrajudicial pode ser realizado independentemente da natureza dos bens ou de seu valor, e ainda pode ser realizado a qualquer tempo após a abertura da sucessão, mas o prazo legal e que não gere multa para abertura do inventário é de 60 dias, no entanto, nada obsta a concretização da partilha por escritura pública. As partes devem estar acordadas quanto à partilha dos bens deixados pelo de cujus, sendo que a concordância quanto à partilha deve ser total, pois não é admissível a realização de inventário parcial, que é aquele no qual os herdeiros estão acordados quanto a partilha de somente alguns bens (DIAS, 2008).

Assim, os herdeiros/interessados devem alcançar uma proposta consensual da partilha dos bens deixados, caso não haja essa consensualidade total as partes deverão se submeter à realização do processo através do Poder Judiciário. Segundo Parizatto (2014, p.78):

Exige-se além da maioria e capacidade civil, que haja concordância de todos os envolvidos, pressuposto maior da realização do inventário através de escritura pública, posto que havendo dissenso, discordância, divergências entre os herdeiros se torna necessário que se proceda ao inventário judicial desprezando-se essa via extrajudicial.

Além dos requisitos básicos elencados pela Lei 11.441/07, a Resolução nº. 35 de 24/04/2007 do Conselho Nacional de Justiça normatizou o assunto, apresentando outros requisitos específicos, como por exemplo, o trazido no artigo 29 da resolução,

em que os bens a serem partilhados devem estar situados no Brasil, sendo vedada a realização de inventário extrajudicial de bens deixados no exterior, e também para ser realizado o inventário por escritura pública, o Brasil deve ter sido o último domicílio do de cujus, tendo em vista que se ele possuía domicílio fora do Brasil, à lei brasileira não poderá ser aplicada.

Para que possa ser feito o inventário extrajudicial é necessário a assistência de um advogado, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 elenca a advocacia como função essencial à administração da justiça. Dessa forma igualmente como nos processos judiciais, a realização dos procedimentos extrajudiciais da Lei 11.441/07 deve ser acompanhada por advogado, que é de livre escolha pela parte interessada. De acordo com Lobo (2014, p.275):

A lei impõe a assistência de advogado ao ato. Assistência não é simples presença formal ao ato para sua autenticação, porque esta não é atribuição do advogado, mas de efetiva participação de assessoramento e na orientação dos herdeiros (art. 1º da lei n. 8.906, de 1994), esclarecendo as dúvidas de caráter jurídico e elaborando a minuta do acordo ou dos elementos essenciais para a lavratura da escritura pública.

Sendo que na ausência de advogado, o procedimento se torna nulo, e também é vedada ao Tabelião de Notas a indicação de advogado, devendo este ser escolhido pela parte interessada. Sendo que, para a lavratura da escritura pública é necessário e imprescindível que todos os interessados estejam representados por um advogado, devendo constar na escritura a qualificação do advogado, bem como a sua assinatura.

Podendo ser constituído um advogado único para representar todos os envolvidos no ato, como também cada herdeiro constituir seu advogado, não sendo impedido pela lei tal decisão, a lei apenas exige a assistência de advogado, não importando se é um advogado para todos ou se é um para cada interessado.

Caso uma das partes não possa se fazer presente na assinatura do inventário, o mesmo pode ser representado através de Procuração, que contenha poderes específicos para tal procedimento, sendo tal procurador advogado ou não.

E no que concerne aos documentos necessários para a lavratura do ato, o artigo 22 da resolução nº. 35 do Conselho Nacional de Justiça elenca os documentos que devem ser exigidos pelo Tabelião.

Art. 22. Na lavratura da escritura deverão ser apresentados os seguintes documentos:

- a) certidão de óbito do autor da herança;
- b) documento de identidade oficial e CPF das partes e do autor da herança;
- c) certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros;
- d) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial, se houver;
- e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos;
- f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver;
- g) certidão negativa de tributos;
- h) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR, se houver imóvel rural a ser partilhado. (CNJL, 2007, s.p)

Os documentos acima elencados devem ser apresentados em seus originais ou cópia devidamente autenticada, com exceção do documento de identidade de cada herdeiro que deverá ser sempre o original.

Assim como o Poder Judiciário, o tabelião não opera de ofício, para que seja lavrada a escritura pública as partes interessadas devem se manifestar através de solicitação ao tabelião, esta solicitação, por vezes, é chamada de primeiras declarações, na qual deve conter dados e qualificação do de cujus (autor da herança) e seus herdeiros e cônjuges/companheiros, os direitos e obrigações deixadas por este, e uma prévia da partilha (RODRIGUES, FERREIRA, 2013)

Sendo então analisados todos os documentos juntamente com as Guia Relativas ao ITCMD ou ITBI, antes da lavratura do documento, e que se encontrando todos devidamente corretos é feita a lavratura da escritura pública.

Assim, como no inventário judicial, no extrajudicial será nomeado um representante do espólio, denominado que poderá ser nomeado através de uma escritura pública, quando for necessário certo período de tempo para a juntada de documentos e quitação dos impostos, e assim evitando a cobrança de multa, quando realizada dentro do prazo estipulado de 60 dias. Chaves e Rezende (2013, p.321):

A morte ou a doação são os fatos geradores do ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doações). Incidirá, portanto, nos inventários em que o de cujus houver deixado patrimônio. A atividade notarial é dotada de competência arrecadatória e fiscalizadora dos tributos cujos atos estejam submetidos ao seu crivo.

Ainda, vale ressaltar que no inventário extrajudicial não se tem regra de competência fixada, ou seja, as partes podem realizar o inventário em qualquer tabelionato de notas brasileiro. Não há normas de competência para a realização do procedimento, tendo em vista que a lei e a resolução deixam como de livre escolha o tabelionato de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens. Não há como limitar a liberdade dos herdeiros de escolherem o tabelionato que desejaram (DIAS, 2008).

Após escolhido o tabelionato, feito a juntada dos documentos do “de cujus” e herdeiros, deve-se também arrolar os documentos dos bens objetos da partilha, cada um com sua devida descrição e referida avaliação, devendo-se mencionar possíveis dívidas existentes deixadas pelo autor da herança. Segundo Loureiro (2017, p.224):

Na escritura deverão ser identificados e qualificados o autor da herança (de cujus) e todos os herdeiros e seus assistentes (advogados). Os filhos que eventualmente tenham falecido antes do de cujus também deverão ser nomeados, com a identificação de terem deixados filhos (netos do autor da herança), que herdaram por representação, ou de não terem filhos, Os herdeiros por representação também deverão ser capazes para que sejam possíveis o inventário e a partilha por via administrativa.

A lavratura da escritura pública é um ato exclusivo do tabelião de notas, sendo um profissional ao qual o estado delega poderes e fê pública, suas atividades consistem em lavrar documentos para dar publicidade a atos como inventários, procurações públicas, testamentos dentre outros.

A escritura pública pode ser dividida em 4 partes, quais sejam, a primeira tem por objetivo a individualização do documento notarial, com a identificação do ato e sua localização nos livros do Cartório de Notas, seria então a parte introdutória da escritura. A segunda parte indica quem são os integrantes da escritura, com suas identificações pessoais. Na terceira parte encontra-se o conteúdo propriamente dito da escritura, ou seja, o ato jurídico pelo qual é necessária a realização da escritura, onde será brevemente exposto os fatos, e na quarta parte é onde contém as manifestações finais, que são as advertências legais e pôr fim a autorização a qual finaliza o ato (LOUREIRO, 2017).

Assim, após a lavratura da escritura pública, os herdeiros compareceram pessoalmente no ato da assinatura, salvo aquele herdeiro representado por procuração pública de poderes especiais, a qual deve ser apresentada ao tabelião, além das partes interessadas o advogado escolhido pelos herdeiros deve estar presente.

O tabelião dará publicidade ao inventário extrajudicial poderá ele negar-se em efetuar a lavratura da escritura pública, de maneira motivada e fundamentada, quando existir indícios de fraude ou desconfiância quanto a aquiescência de algum herdeiro, conforme consagra o artigo 32 da Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça (2007, s.p): “Art. 32. O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de inventário ou partilha se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito.”

Resalta-se que caso haja erros na escritura pública poderá ser feita a sua retificação, contudo para que tal retificação ocorra todos os interessados devem concordar, os erros podem ser referentes à qualquer momento da escritura, seja em nomes, nos objetos, valores etc. (SAFRAIDER, 2009).

Os erros poderão ser retificados de ofício pelo tabelião ou através de pedido das partes ou do advogado constituído, devendo a correção ser realizadas através de comentários à margem da própria escritura ou através de outro ato notarial independente, mas que deve ser registrado de forma remissiva à escritura pública do inventário extrajudicial.

Depois de finalizada a assinatura de todas as partes, o inventário extrajudicial é encerrado, devendo o mesmo ser encaminhado para o seu devido registro, nos cartórios de registros de imóveis onde os imóveis do espólio estavam devidamente registrados, para que seja tal procedimento anotado na matrícula dos referidos bens.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desse artigo científico foi possível observar a importância dos meios alternativos no sistema judiciário Brasileiro, em primeiro momento concluiu-se a facilidade que tais meios que há anos são estudados estão dando aos processos, garantindo a todos o acesso à justiça de forma mais rápida e célere.

Posteriormente é possível observar que o acesso à justiça é mais que uma forma de ajuizar uma ação perante os órgãos do Poder Judiciário, é também uma forma de garantia de resposta justa e eficaz, e principalmente, respeitando-se o princípio da razoável duração do processo.

E ainda, no que diz respeito ao último item analisado pode se afirmar que há anos e até os dias de hoje surgem movimentos de ampliação da desjudicialização,

abrindo muitas portas a população brasileira para solucionarem seus conflitos, e assim, descongestionando o Poder Judiciário.

Como resultado do presente artigo é indispensável à afirmação de que a Lei 11.441/2007 estabeleceu procedimentos para a realização do inventário realizado no Tabelionato de Notas e Protestos, sendo a partilha feita nesses estabelecimentos tendo o mesmo efeito das partilhas feitas em via judicial, dessa forma se ampliando a competência e atribuições dos notários.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, M. **O fenômeno da desjudicialização advindo do novo CPC/15 e sua atuação no auxílio da desobstrução e celeridade do judiciário.** Disponível em: <https://juridicocerto.com>. Acesso em: 01/mai/2020.

BEZERRA, P. C. S. **Acesso à justiça:** um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOMFIM, A. P. R. **MESCs Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).** Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/set/2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/set/2020.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21/nov/2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03/out/2020.

_____. **Lei nº 11.441, de 4 de Janeiro de 2007.** Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/nov/2020.

CAPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASSETTARI, C. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública.** 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

CHAVES, C. F. B.; REZENDE, A. C. F. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CICHOCKI NETO, J. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 56 de 14/07/2016**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br>. Acesso em: 14/set/2020.

_____. **Resolução CNJ nº 35 de 24/04/2007**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br>. Acesso em: 14/set/2020.

DIAS, M. B. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LÔBO, P. **Direito Civil: Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MOTA, J. C. R. C. **As serventias Extrajudiciais e as Novas Formas de Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

PARIZATTO, J. R. **Teoria e Prática do Inventário Judicial ou Extrajudicial**. 6. ed. São Paulo: Edipa, 2014.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

RODRIGUES, F. L.; FERREIRA, P. R. G. **Tabelionato de notas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAFRAIDER, A. **Inventário, Partilha & Testamentos**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SARDINHA, C. L. V. **Cartório e Acesso à Justiça**. Salvador: Juspodivm, 2018.

SEGURANÇA JURÍDICA. **Revista de Segurança Jurídica**. Santa Catarina. Maaxi Grafica, 33. ed. março/abril/2018. Disponível em: <https://pdf.magtab.com>. Acesso em: 14/out/2019.

A COBRANÇA DE DÍVIDAS ATIVAS E A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO EM OPTAR PELO MEIO MAIS DANOSO E MENOS EFICAZ

Stephany Schneider¹
Josiane Dilor Brugnera Ghidors²
Rafael Rodrigues Schmitt³
Maria Aparecida Leite H. da Silva⁴
Leani Budde⁵

RESUMO

A cobrança do crédito tributário tem sido um grande problema nos últimos anos devido a ineficácia do procedimento de execução fiscal, entretanto há outros meios de cobrança menos onerosa aos Entes Públicos. Assim, a principal alternativa é o protesto, que tem se mostrado mais eficaz e, portanto, é o meio mais adequado para a cobrança das dívidas ativas. Desse modo é papel do gestor público observar os princípios administrativos da eficiência e da moralidade, com o objetivo em optar em realizar a cobrança pelo meio menos oneroso e mais eficaz, evitando prejuízo ao erário e assim protegendo o patrimônio público, caso contrário poderá responder por ato de improbidade administrativa e ser punido por ato contrário a Lei da Responsabilidade Fiscal.

Palavras chave: Execução Fiscal. Protesto. Gestor Público. Ato De Improbidade. Responsabilidade Fiscal.

ABSTRACT

The taxation of the tributary credit has been a big trouble in the last few years, because the inefficiency of the procedure of tax enforcement, however there is others ways to charge the public entities with less charges. Therefore, the main alternative is the protest, which has showed more efficient, and more adequate to charge high debts. Thus, is the role of the public manager to observe the administrative principles of efficiency and morality, with the objective of choosing to charge for the least costly and most effective way, avoiding damage to the treasury and thus protecting the public assets, otherwise it may respond for an act of administrative improbity and be punished for an act contrary to the Law of Fiscal Responsibility.

Keywords: Tax Enforcement. Protest. Public Manager. Improbity Act. Fiscal Responsibility.

¹ Aluna do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professora do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

⁵ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como estudo a dificuldade da cobrança de tributos, bem como demonstrar a ineficácia de inúmeras ações de execução fiscal, tendo em vista que há procedimentos com menor gastos e maior eficácia para a cobrança, responsabilizando o Administrador Público por insistir no ajuizamento, sem grande retorno, causando um grande prejuízo ao Poder Público.

O destaque do tema, está no grande número de ajuizamento de execuções fiscais que nunca tem fim, assim convém destacar que o Administrador Público tem a responsabilidade de evitar o desperdício do dinheiro público e conseqüentemente agir através dos princípios da legalidade e moralidade, podendo responder por ato de improbidade ou por ato contrário à lei da responsabilidade fiscal, uma vez que está acarretando prejuízo ao Erário.

Isso corresponde à problemática do presente artigo, qual é a responsabilidade do administrador público em insistir em um meio ineficaz para a cobrança dos créditos tributários.

O presente artigo tem como objetivo geral demonstrar que o procedimento de execução fiscal não é viável, ante o custo para o Poder Público, havendo meio mais eficazes e menos custosos, portanto cabendo responsabilizar o gestor Público pela persistência no ajuizamento de demandas de execução fiscal. O objetivo específico é comprovar que as demandas de execuções apenas prejudicam o arrecadamento dos Entes Público e dessa forma o gestor público pode estar praticando o ato de improbidade e ato contrário ao previsto na Lei de Responsabilidade fiscal.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital. Para o presente tema, foram analisados gráficos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça e Instituto de Pesquisa Econômica.

Para melhor entendimento, primeiramente analisa-se o contexto histórico da execução fiscal no Brasil, sua evolução e conseqüentemente a criação de Lei 6.830/80, que estipulou o meio do Poder Público fazer a cobrança do crédito tributário. Em seguida, fala acerca da ineficácia da execução fiscal, em seqüência, demonstra a cobrança por meio do protesto que tem se tornado eficaz e não acarreta prejuízo ao Poder Público. Para encerrar, visa responsabilizar por ato de improbidade, tendo em vista que o Gestor Público deve cuidar do patrimônio público e assim optar pelo meio mais eficaz e menos gravoso.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL

Historicamente, o Brasil foi colonizado e, portanto, sofreu influência de seus colonizadores, tanto no meio jurídico, bem como na polícia e meio social, assim em Portugal no período das Ordenações, era o Estado que regulava as atividades executivas em face dos devedores. Após a independência do Brasil, a legislação portuguesa conti-

nuou sendo aplicada em território nacional. (ANDRADE, 2015).

Porém, a execução fiscal brasileira iniciou com a promulgação do Decreto 960/1938, assinada pelo presidente Getúlio Vargas, o decreto estabeleceu a forma que se dava o procedimento executivo, suas principais características se destacavam pelo fato de tornar o processo mais célere, a citação era realizado por mandado e brigada ao réu pagar a importância ao ser cumprido, em caso do executado não ser encontrado, adotar-se-ia o sequestro, sem a exigência de justificação prévia, sendo este, após findo o prazo de citação por edital, convertido em penhora. Outro aspecto de grande importância é que o juiz tinha a liberdade de, ampliar ou reduzir as diligências probatórias, mesmo sem requerimento das partes, tornando-a mais célere.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o decreto que antes regulamentava o sistema de cobranças dos créditos fazendários fora revogado, logo, as execuções fiscais passaram a ser regidas pela mesma legislação que disciplinava a execução de créditos privados. A grande alteração, afetou principalmente a liberdade do juiz ex officio determinar diligências que tornavam o processo mais eficaz o processo, proporcionando um grande prejuízo ao processo de execução fiscal.(ANDRADE, 2015).

Acerca do procedimento Amílcar de Castro (1983, p.391) destaca:

Nosso processo executivo é do tipo denominado pelos autores italianos de contraditório eventual, uma vez que, em razão do título em que se funda, pode perfeitamente funcionar sem litígio; e quando o litígio aparece com os embargos é por iniciativa do executado, como autor. Os embargos do executado suspendem a execução, dando lugar a novo processo, onde a posição das partes se inverte; e se o executado-embargante, a respeito de seus embargos recebidos, faz as vezes de autor, está claro que se for extinto o processo dos embargos, o executado-embargante fatalmente será esmagado no processo da execução, por força do título líquido e certo em que se baseia a pretensão do exequente-embargado.

Dessa forma, nota-se que o Código de Processo Civil de 1973, foi de suma importância para desenvolvimento da atual lei de execução fiscal.

No período de 1980, surge a novidade: a lei 6.830, específica para regulamentar as execuções fiscais em regime especial, retirando-se o executivo fiscal da competência direta do Código de Processo Civil.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2013, p.01):

A Lei sobre cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública (Lei 6830, de 22-09-1980) foi editada com o claro e expresso propósito de agilizar a execução fiscal, criando um procedimento especial diverso do da execução forçada comum de quantia certa regulada pelo Código de Processo Civil.

Sendo assim, execução fiscal nada mais é do que a cobrança de valores devidos e não pagos ao Estado, tendo procedimento especial, diverso do previsto no Código de Processo Civil.

Apesar do Código de Processo Civil ter sido modificado em 2015, deve-se observar o princípio da especialidade, ou seja, a lei especial prevalece sobre a lei geral, assim o Código de Processo Civil é utilizado de forma subsidiária e supletiva.

A Lei de Execução Fiscal, encontra-se vigente no Brasil há quarenta anos e seu propósito de criação foi dar uma maior celeridade à cobrança dos créditos devidos, por meio de normas integrantes de seu próprio procedimento especial.

Entretanto, hoje a legislação em vigor demonstra uma considerável deficiência na arrecadação, acarretando congestionamento no Poder Judiciário, havendo a necessidade de modernização e reestruturação do procedimento executivo, para que então a celeridade almejada seja alcançada.

3 A EXECUÇÃO FISCAL E SUA INEFICÁCIA

Um dos principais aspectos para a ineficácia da execução fiscal, está relacionada ao congestionamento do Poder Judiciários, O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no relatório Justiça em Números 2018, afirma que historicamente “as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p.125).

Segundo IPEA em relatório disponível em 2011, os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 74% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 91,7%. (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011).

Sabe-se que com o passar dos anos, houve uma redução da taxa de congestionamento nos últimos anos, mas o Conselho Nacional de Justiça consignou que seria necessário mais de uma década para análise de todos os processos de execução fiscal que se encontram pendente de movimentação no Poder Judiciário.

A principal razão para a grande taxa de congestionamento, está no grande número de novos casos de Execuções fiscais, sem que os velhos processos tenham sido resolvidos, acarretando ao Poder Judiciário grande prejuízo.

Dessa forma, percebe-se que o Estado busca incessantemente o Poder Judiciário para a recuperação de seus créditos, acarretando inúmeros novos casos sem ao menos solucionar os antigos.

Segundo Santos, et. al (2011, p.78):

[...] No estado de São Paulo há cerca de um milhão de processos de execução fiscal aguardando julgamento. Nos termos do acordo firmado, Procuradores de 27 estados teriam se comprometido a formalizar acordos e conciliações para diminuição do congestionamento dos tribunais. Tem-se como premissa a necessidade da diminuição dos custos com processo de execução fiscal. O modelo atual é inadequado e precisa urgente revisão.

Destarte, nota-se que os tribunais brasileiros, tem grandes números de processos de execuções fiscais devido a lei estar defasada, ou seja, ultrapassado 40 anos sem qualquer modificação necessária para adequação da cobrança.

Neste contexto a resolução n. 198/2014 do CNJ, busca implementar novas práticas para efetividade das ações executivas, na busca de diminuir a taxa de congestionamento e priorizar as demandas de supra importância.

Diante dos grandes números de processos tramitando Adel El Tasse (2001, p.43) aduz:

O modelo de Justiça brasileira que já não serve mais”, sendo que apenas agora é que a sociedade brasileira acordou “de um sono coletivo” e se deu conta “de que a estrutura judicial brasileira não é eficaz em resolver as problemáticas complexas da vivência comunitária nacional.

Tendo em vista o supra entendimento, o Poder Judiciário vem sofrendo as consequências de um direito que não atende as ocorrências do dia a dia.

Na mesma linha de raciocínio segundo o relatório divulgado no ano de 2011 pelo Instituto de Pesquisa Econômica constatado que “o custo unitário médio total” de uma execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional junto à Justiça Federal, no período entre novembro de 2009 até fevereiro de 2011, era de R\$ 5.606,67 (cinco mil seiscentos e seis reais e sessenta e sete centavos).

Nesse mesmo viés, Santos, et. al (2011, p.401) elucida:

Desse modo, é fácil verificar que a interposição de recurso e execução de valores inferiores a R\$10.000,00 não atende ao interesse público primário, porquanto além do custo não se justificar diante do valor a ser recuperado em juízo, termina por assoberbar o Judiciário na busca de um provimento ineficaz, uma vez que, ainda que se reverta a decisão prolatada, a execução fiscal se destinará ao arquivamento, contribuindo, desse modo, para a letargia do Judiciário, letargia essa que, muitas vezes, o impede de apreciar de forma eficaz direitos pleiteados pelos milhares de cidadãos que compõem a sociedade brasileira.

Destarte, a execução fiscal está ineficaz, não abrangindo mais atos do cotidiano, dificultando o prosseguimento de ações mais importantes. Logo, as ações de pequeno valor não respeitam o interesse público e prejudica o andamento judicial dos cidadãos brasileiros.

Outro aspecto, de suma importância que acarreta a ineficácia da execução fiscal está no grande número de processos com valor inferior ao arrecado, conforme Cunha, Pessoa e Gomes (2011, p.16) “nas ações de execução fiscal de valor inferior a este, é improvável que a União consiga recuperar um valor igual ou superior ao custo do processamento judicial”.

Portanto a maioria das ações de execução fiscal tem custo-benefício desvantajoso, já que o valor gasto para manter os processos é superior ao recuperado pelo Estado.

Assim nos deparamos com as inúmeras ações de execução fiscal de valor ínfimo, ou seja, de pequeno valor. Pensando nisso a Portaria MF n. 75 de 19 de abril de 2012 estabelece limites para ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Assim prevê a Portaria MF n. 75/12, *in verbis*:

Art. 1º Determinar: I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).§ 1º Os limites estabelecidos no caput não se aplicam quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal.§ 2º Entende-se por valor

consolidado o resultante da atualização do respectivo débito originário, somado aos encargos e acréscimos legais ou contratuais, vencidos até a data da apuração. § 3º O disposto no inciso I do caput não se aplica na hipótese de débitos, de mesma natureza e relativos ao mesmo devedor, que forem encaminhados em lote, cujo valor total seja superior ao limite estabelecido. § 4º Para alcançar o valor mínimo determinado no inciso I do caput, o órgão responsável pela constituição do crédito poderá proceder à reunião dos débitos do devedor na forma do parágrafo anterior. § 5º Os órgãos responsáveis pela administração, apuração e cobrança de créditos da Fazenda Nacional não remeterão às unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) processos relativos aos débitos de que trata o inciso I do caput. § 6º O Procurador da Fazenda Nacional poderá, após despacho motivado nos autos do processo administrativo, promover o ajuizamento de execução fiscal de débito cujo valor consolidado seja igual ou inferior ao previsto no inciso II do caput, desde que exista elemento objetivo que, no caso específico, ateste elevado potencial de recuperabilidade do crédito. § 7º O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, observados os critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais e/ou do débito, poderá autorizar, mediante ato normativo, as unidades por ele indicadas a promoverem a inscrição e o ajuizamento de débitos de valores consolidados inferiores aos estabelecidos nos incisos I e II do caput.

Deve-se sempre observar o princípio da eficiência, isto é, o valor devido a ser pago deve ser maior do que o gasto pelo Ente Público para ajuizamento e tramitação da ação, esse princípio vem sendo afrontado, nos últimos tempos.

Percebe-se que nos últimos anos o Poder Judiciário, tem buscado meios para evitar processos de pequeno valor, assim a Corte Catarinense já decidiu nos autos 5016785-11.2020.8.24.0000:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSIDERADO IRRISÓRIO. SUSPENSÃO DO FEITO E INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE PARA AS PROVIDÊNCIAS QUE ENTENDER CABÍVEIS, CONFORME PREVISTO NAS LEI ESTADUAL N. 14.266/07 E RESOLUÇÃO N. 02/2008-CM. CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS ASSENTADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Embora o valor executado seja inferior a um salário mínimo, a legislação pertinente ao tema determina a suspensão da execução fiscal, com a intimação do Fisco para adotar as providências que entender cabíveis, quais sejam: a) na hipótese do art. 28 da Lei n. 6.830/80, a reunião das ações de mesmo valor; b) a extinção da execução; e c) o prosseguimento da execução independentemente do valor executado, mas neste caso deverá adiantar as despesas das diligências de Oficial de Justiça, intimações, publicações de editais e a responsabilidade pela satisfação das custas finais." Além disso, "as normas atacadas não disciplinam o adiantamento da integralidade das custas, mas sim acerca da antecipação das despesas do oficial de Justiça e da publicação dos editais, despesas que não se inserem na isenção de que trata a Lei n. 6.830/80" (Arguição de Inconstitucionalidade em AI n. 2008.067995-7, de Timbó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)." (TJSC, Agravo de Instrumento n.

5016787-78.2020.8.24.0000, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, 5ª Câmara de Direito Público, j. 18-08-2020). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5016785-11.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Carlos Adilson Silva, Segunda Câmara de Direito Público, j. 13-10-2020).

Desse modo, tem-se que o Estado de Santa Catarina vem aplicando a legislação Municipal ou Estadual para suspender ou extinguir os processos de valor irrisório, sendo necessário o Ente Público tomar algumas medidas cabíveis.

Outro exemplo de extinção da execução fiscal ante o valor irrisório, é a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Acre nos autos 0000579-14.2009.8.01.0006:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, SOB O ARGUMENTO DE SER PEQUENO OU IRRISÓRIO O VALOR EM COBRANÇA. FALTA DO INTERESSE DE AGIR. IMPOSSIBILIDADE. DÉBITO CONSOLIDADO EM PATAMAR ACIMA DO CUSTO DE OPERACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO. REUNIÃO DOS FEITOS EXECUTIVOS FISCAIS PARA ECONOMIA DE GASTOS. APELO PROVIDO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO NO SEU CURSO REGULAR. RECURSO PROVIDO. 1. A faculdade concedida à Procuradoria-Geral do Estado, pela Lei Complementar n. 232/2011, que alterou dispositivo da Lei Complementar n. 53/1996, que dispõe sobre a Legislação Tributária Estadual, se baseia em critérios de conveniência da Fazenda Pública estadual, ou seja, trata-se de uma mera faculdade conferida ao próprio credor que, por intermédio de seu representante judicial, pode deixar de promover a execução fiscal, se o débito consolidado for igual ou inferior a R\$ 6.000,00 (seis mil reais). 4. Recurso provido. (Relator (a): Cezarinete Angelim; Comarca: Acrelândia; Número do Processo: 0000579-14.2009.8.01.0006; Órgão julgador: Primeira Câmara Cível; Data do julgamento: 27/03/2012; Data de registro: 16/03/2013).

Já o Estado do Acre, firmou o entendimento que só se admite processos superior a R\$6.000,00, ante o valor do custo de operacionalização do processo, possibilitando a reunião processual para que atinja este valor.

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça afirma o seu entendimento no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.421.500/PR:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL DE BAIXO VALOR. ARQUIVAMENTO SEM BAIXA. EXEGESE DO ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP PARADIGMA. 1.111.982/SP. SÚMULA 83/STJ. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a execução fiscal relativa a débitos iguais ou inferiores a R\$10.000,00 deve ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição, devendo ser reativos se os valores dos débitos vierem a ultrapassar tal limite, como resulta da letra do art. 20 da Lei n. 10.522/2002. (REsp 1.111.982, relatoria Min. Castro Meira, submetido ao rito dos recursos repetitivos Agravo regimental improvido).

A corte do STJ, tem o entendimento fixado de que o processo deve ser arquivado sem a devida baixa do sistema, devendo ser reativado quando ultrapassar o valor mínimo, ou seja, os Entes Públicos poderão realizar reunião processual desde que estejam na mesma fase processual ou através da correção monetária.

Já o Supremo Tribunal de Justiça entende que não há repercussão geral no Recurso Extraordinário n. RE 611.231 RG/SP, vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO: SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC. XXXV E XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRA-CONSTITUCIONAL: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (RE 611.231 RG/SP, Relatora Min. Cármen Lúcia, DJ: 05/03/2013).

Por sua vez o STF, não admite recurso extraordinário quando se trata de execução fiscal de valor irrisório, por entender que não há prequestionamento, ou seja, ausente requisito para admissibilidade do recurso

Então, a cobrança de valores inferior ao custo da execução fiscal não se torna viável ao Poder Público, tendo em vista que o gasto é superior ao arrecadamento, devendo ser extinto sem resolução do mérito, podendo a Fazenda Pública realizar a cobrança por meios administrativos.

Pensando nisso, diversos tribunais possuem súmula estabelecendo o mínimo do crédito para ajuizamento, vejamos a Súmula do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Súmula 22: A desproporção entre a despesa pública realizada para a propositura e tramitação da execução fiscal, quando o crédito tributário for inferior a um salário mínimo, acarreta a sua extinção por ausência de interesse de agir, sem prejuízo do protesto da certidão de dívida ativa (Prov. CGJ/SC n. 67/99) e da renovação do pleito se a reunião com outros débitos contemporâneos ou posteriores justificar a demanda.

Assim é evidente que as inúmeras demandas são de valor irrisório, sendo necessário a estipulação pelos tribunais para assegurar que somente sejam ajuizados os créditos tributários de valor superior ao gasto com as execuções fiscais.

Por último a razão da ineficácia da execução fiscal são os cadastrados desatualizados traduz uma redução de arrecadação, ante a ilegitimidade de muitos contribuintes, sendo necessário o Poder Público fiscalizar e renovar seus cadastros, assim evitando a interposição de embargos à execução ou exceção de pré-executividade, que fará com que a Fazenda Pública possa ser condenada ao pagamento dos honorários, ou seja, além do gasto do processo, haverá condenação em honorários, acarretando ainda maior prejuízo ao erário. Pensando nisso o Tribunal de Minas Gerais, já firmou entendimento nos autos 1.0024.10.103909-7/001:

EXECUÇÃO FISCAL - ATUALIZAÇÃO CADASTRO IPTU - FALCIMENTO CONTRIBUINTE - AJUIZAMENTO AÇÃO POSTE-

RIOR AO ÓBITO - IRREGULARIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO - SÚMULA Nº 392 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 1. A Fazenda Pública possui o dever de zelar pela correção das informações constantes em seus cadastros, diligenciando, inclusive, para a regular atualização, a fim de que os tributos sejam lançados em nome dos reais contribuintes e as Certidões de Dívida Ativa se formalizem sem vícios. - 2. Constatado que o contribuinte faleceu antes mesmo da data do ajuizamento da ação de execução fiscal, impõe-se o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, não sendo permitida a substituição da Certidão de Dívida Ativa, a teor do entendimento trazido pela Súmula nº 392 do Superior Tribunal de Justiça. - 3. Sentença confirmada. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.10.103909-7/001, Relator(a): Des.(a) Magid Nauef Láuar (JD Convocado), 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/03/2016, publicação da súmula em 16/03/2016)

Diante do exposto, nota-se que o cadastro desatualizado impede a cobrança devida dos créditos tributários, inclusive devido a impossibilidade da substituição do título. Portanto, a atualização dos cadastros é de suma importância para que os processos sejam devidamente instruídos.

Sendo assim, o procedimento de execução fiscal não se encontra viável para arrecadamento dos créditos tributários.

4 O PROTESTO E SUA EFICÁCIA

Uma das soluções encontradas para evitar o ajuizamento de demandas desnecessárias foi o Protesto Extrajudicial, regulado pela Lei 9.492/97, nesta linha de raciocínio a União, Estado, Município e o Distrito Federal podem optar em editar suas próprias normas com a finalidade de regulamentar as dívidas ativas que serão protestadas e as que serão ajuizadas no Poder Judiciário.

Vale destacar a ADI 5135, julgada pelo STF, considera o protesto um meio legal para cobrança de dívidas ativas:

ADI 5135 - O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política. (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5135 Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 09/11/2016 Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 06-02-2018 PUBLIC 07-02-2018)

Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, fixa que o protesto de dívidas ativas é constitucional e legítima, isto é, o Estado poderá fazer o uso para cobrança dos créditos tributários garantindo os direitos aos contribuintes.

Neste sentido, faz-se necessário analisar o conceito de protesto, assim Raquel Duarte Garcia (2013, p.43) define:

Protesto é um ato jurídico público, formal e solene, por meio do qual se prova de modo absoluto a apresentação de um documento de dívida para aceite ou para pagamento; faz-se prova, de modo relativo, do inadimplemento de obrigação decorrente desse documento de dívida (seja pagamento, aceite ou devolução); e por meio do qual se obtém finalidade especiais prevista na lei, tal como a presunção de insolvência decorrente do protesto para fins falimentares ou formação de um título executivo, como no caso dos contratos de câmbio. O protesto é, ainda, forma extrajudicial institucionalizada de constrição e de recuperação de crédito, servindo como instrumento de informação relativa ao crédito e de prevenção e solução de litígio que envolvam obrigações líquidas, certas, exigíveis e representáveis pecuniariamente.

Sendo assim, o protesto é um meio extrajudicial que busca a solvência dos créditos através de um documento líquido, certo e exigível.

Conforme, Hélia Marcia Gomes Pinheiro (2001, p.42) não se faz necessário o protesto da dívida ativa para posteriormente ajuizar a execução fiscal, assim destaca:

Em resumo, a certidão da dívida ativa é um título executivo extrajudicial, dotado de inúmeros privilégios, pois é o meio pelo qual a Fazenda Pública executa seus créditos tributários e não tributários. Para promover o ajuizamento da ação de execução fiscal não é necessário o protesto da dívida ativa, haja visto que o Código de Processo Civil e a Lei da Execução Fiscal exigem que a ação de cobrança se fundamente em título líquido e certo.

Apesar, de não haver a necessidade do protesto, vale destacar que o procedimento de protesto tem várias vantagens, uma das principais é a geração de eficiência social e economia para sociedade, ou seja, a mudança social da cultura da inadimplência para a cultura de adimplência, bem como a diminuição de movimento do Judiciário, permitindo que os processos de suma importância sejam devidamente analisados.

Segundo o tabelião André Gomes Netto (2008, p.15) afirma que “os contribuintes convocados a comparecer ao Tabelionato de Protesto que quitam as suas dívidas no tríduo legal estão em média de 70% dos casos”.

Corroborando com esse entendimento o tabelião Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (2004, p.04) elucida que “estima-se que, pelo menos, 60% dos títulos apresentados são pagos antes da lavratura do protesto”.

Ambos os tabeliões, declaram a importância do protesto extrajudicial e o quanto é eficaz para a cobrança dos créditos, porquanto é de grande valia o uso para os Entes Públicos.

Embora por muitos anos questionou-se a possibilidade de o Estado poder utilizar de tal instituto para realizar as cobranças de seus créditos, Sérgio Luiz José Bueno (2011, p.235) sustenta que:

Deve ser ressaltada a possibilidade do protesto da certidão da dívida ativa, como título executivo que é (art. 585, inciso VII, do Código de Processo Civil). Há decisões em sentido contrário, mas seguem na direção oposta aos ventos de modernização e agilidade, pois o interesse público haveria de reclamar o recebimento rápido de créditos tributários, o que não implica restrição ao direito de defesa, seja na esfera adminis-

trativa, seja na seara judicial. Sustenta-se que, por ser desnecessário, o protesto materializa constrangimento. Ora, o protesto hoje, é sabido e reiteramos, não é apenas forma de comprovar o descumprimento da obrigação, é meio eficaz de recuperação de crédito.

Neste contexto, o protesto é um instrumento legal, tornando-se o meio mais célere e mais eficaz para a cobrança da dívida ativa, isto é, ágil e praticamente sem custo ao Poder Público.

O principal aspecto que torna o protesto mais viável é o custo, assim Ives Gandra Martins, na abertura do Seminário Processo de Execução Fiscal, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 21/03/2013, afirmou que “não tem sentido o Estado gastar tanto em processos de execução fiscal cujo retorno cobre somente gastos com os fiscais de arrecadação” (CARVALHO, 2011, s.p)

Isto significa que o custo de uma demanda executiva para o Estado é de grande relevância, tornando ainda mais atrativo o procedimento do protesto extrajudicial.

Seguindo a mesma linha Flávio de Paula Campolina (2012, s.p) defende que o instituto do protesto para a Fazenda Pública, ele dispõe que:

Em suma, o protesto extrajudicial traz benefício para o Estado, que tem à sua disposição uma forma mais ágil e menos onerosa de cobrança, realçando a arrecadação num modelo de gestão fiscal eficiente (art. 11 da Lei Complementar Federal nº 105/2001); para o devedor, que suportará meio menos oneroso e gravoso de cobranças; para o Poder Judiciário, que terá impacto imediato na redução da demanda, ampliando a capacidade de julgamento, na mesma medida em que preserva a apreciação de futuras lesões decorrentes do novo modelo.

Assim o protesto, poderá ser utilizado pelo Estado para evitar gastos desnecessários, e aumentar o arrecadamento, fazendo com que ambos as partes litigantes saiam ganhando, inclusive colaborando com o congestionamento do Poder Judiciário.

Seguindo essa linha, Emanuel Macabu Moraes (2014, p.169) declara: “a eficiência do protesto é realmente notável, sobretudo se comparada ao processo judicial, principalmente na área da Fazenda Pública, na qual, segundo noticiado pela imprensa, o índice de sucesso global é de 2%”.

Logo, o protesto é um ótimo caminho para o melhoramento da cobrança das dívidas ativas, antes os benefícios para os Entes Públicos, possibilitando à fazenda pública menor gasto, com maior eficácia e celeridade. Desse modo, a execução fiscal ficaria como segunda opção, sendo admissível apenas caso não recebido o valor no protesto, e em curto tempo seria visível as vantagens.

5 A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NO AJUIZAMENTO DE EXECUÇÕES FISCAIS

Tratando-se de execução fiscal é necessário analisar a Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como aplicar o Direito Administrativo a fim de responsabilizar o administrador público.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em sua ementa busca estabelecer normas

de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, acerca das arrecadações a Lei dispõem:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição. § 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. [...] Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos. (BRASIL, 2000, s.p)

A Lei prevê que é responsabilidade da gestão fiscal buscar o equilíbrio entre os gastos e a arrecadação e que esta gestão deve se valer da forma mais efetiva de cobrança.

Diante disso, o gestor deve buscar a arrecadação dos tributos, pelo meio mais efetivo. Neste sentido, Figueiredo et. al (2001, p.92) explica que:

Assim como mera instituição de tributos por lei não basta que eles sejam arrecadados, a maior ou menor expressão monetária do volume das receitas obtidas ou participação percentual dos tributos no conjunto da arrecadação não basta para caracterizar o cumprimento ou não dos requisitos essenciais da responsabilidade fiscal. É necessário verificar se o gestor público tomou, de fato, todas as medidas administrativas e se necessário, judiciais ao seu alcance para pôr em funcionamento e tornar eficiente e eficaz a estrutura arrecadadora.

Sendo assim, o administrador público tem o dever de se valer das medidas necessárias para alcançar a eficiência na arrecadação, inclusive agindo contrário a Lei caso não observado essas medidas.

Destarte, Carlos Rogério de Oliveira Londe (2018, p.202) consolida o seu entendimento:

Assim, o gestor público que, indiscriminadamente, continua a ajuizar execuções fiscais para cobrar dívida ativa sem se atentar para meios alternativos de cobrança, pode vir a praticar, por tal fato, ato de improbidade administrativa, nas modalidades de prejuízo ao erário (por culpa ou dolo) e de descumprimento dos princípios da Administração (que só admite a modalidade dolosa), bem como pode ser responsabilizado com base na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Isto posto, o papel do gestor administrativo é de suma importância para desafogar o Poder Judiciário e proteger o patrimônio público, gerando maior eficácia com

menor gasto, devendo responder por ato de improbidade administrativa e ser responsabilizado se optar pelo meio mais danoso.

Corroborando com esse entendimento a Lei de improbidade Administrativa, visa controlar a corrupção e proteger o patrimônio dos Entes Públicos, prevendo assim as condutas ilícitas, assim vejamos:

O artigo 10 da Lei da improbidade administrativa, elenca os atos que acarretam o ato de improbidade pela causa de prejuízo do Erário:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilícitamente; (BRASIL, 1992, s.p)

No caso do presente artigo, quando o gestor público escolhe ajuizar a execução fiscal está lesionando o patrimônio dos Entes Público, e agindo negligentemente na arrecadação dos tributos, tendo em vista que para tal feito o protesto encontra-se com grandes índices de arrecadamento e seu custo para a Fazenda Pública se torna menos oneroso.

Carlos Rogério de Oliveira Londe (2018, p.193) afirma que:

A cobrança via execução fiscal sem prévio encaminhamento a protesto é conduta comissiva, podendo ser culposa ou dolosa, a depender da forma de atuação do gestor público, que não necessariamente deseja que haja desvio, apropriação, malbaratamento, ou dilapidação dos haveres protegidos pela LIA, mas ao deixar de utilizar o meio mais eficaz e igualmente constitucional, legal e legítimo de “cobrança” da dívida ativa, certamente não observa os deveres objetos de cuidado com a coisa pública, facilitando a incorporação de patrimônio público (dívida ativa) por particular, age negligentemente na arrecadação da dívida ativa (tributária ou não), bem como facilita o enriquecimento ilícito por parte do particular.

Assim, é claro a forma lesiva dos entes públicos, ante a insistência em um procedimento defasado e sem qualquer eficácia e com grande custo a fazenda pública.

Destaca-se, ainda, que o gestor público não observa os princípios da eficiência e da moralidade quando realiza a escolha de ajuizar execuções fiscais ao invés de protestar.

Acerca do princípio da eficiência José dos Santos Carvalho Filho (2017, p.31-32) discorre:

Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e os métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo [...] tais objetivos é que ensejaram as recentes a respeito da administração gerencial nos Estados modernos (public ma-

nagement), segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa.

Ou seja, o administrador público deve buscar o meio mais eficiente para garantir a cobrança das dívidas ativas, o que no presente momento não é o procedimento de ajuizamento de execução fiscal, portanto o gestor que faz essa escolha, pratica o ato de improbidade.

Com relação ao princípio da moralidade, nada mais é do que a validade do ato praticado pelo gestor, Di Pietro (1991, p.111) descreve que: “A imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é prodiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia”. No que tange a cobrança de dívida ativa, nota-se que há desleixo por parte do gestor público.

Corroborando, Carlos Rogério de Oliveira Londe (2018, p.196) destaca que:

Constitui atentado contra a moralidade administrativa, e, portanto, ato de improbidade administrativa, o gestor público dolosamente gerar um curto de quatro mil e trezentos reais para cobrar dívida ativas inferiores, em regra, a tal valor, quando existe uma alternativa muito mais eficientes e praticamente gratuita. Simples assim!

Portanto, é inaceitável o ainda seja ajuizado execuções fiscais sendo que os resultados são negativos comparados ao protesto, ferindo os princípios da Eficiência e da Moralidade, tendo em vista que gera maior custo a Administração Pública e traz menor vantagens, ainda a Lei de Improbidade administrativa, em primeiro por não observar os princípios acima e em seguida por causar prejuízo ao Erário. Em último, fere a Lei da Responsabilidade Fiscal, já que o gestor público não cuida devidamente da gestão pública e do arrecadamento utilizando-se do meio mais caro, menos eficaz e mais demorado.

Destarte, o gestor que desleixar na cobrança dos tributos, não se utilizando do meio mais econômico, eficaz e célere, estará praticando ato de improbidade, por causar prejuízo ao erário e por descumprir os princípios administrativos e poderá ser responsabilizado com base na Lei da Responsabilidade Fiscal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, teve como objetivo responsabilizar o gestor público pelas inúmeras ações de execução fiscal que nunca tem fim, causando uma enorme taxa de congestionamento do Poder Judiciário. Tema de grande valia para demonstrar que o protesto é o meio mais eficaz e que cabe ao gestor público a responsabilidade em optar pela execução fiscal que é um meio defasado e com poucos resultados de arrecadamento, ou seja, não cuidando devidamente do patrimônio público.

No contexto histórico da execução fiscal no Brasil, viu-se que o procedimento no para a cobrança dos créditos tributários, teve grande influência dos colonizadores, inclusive sendo aplicado a legislação portuguesa após a independência do Brasil. O primeiro procedimento executório se deu através do Decreto 960/1938, cujo a maior

característica era a busca da celeridade na cobrança, desse modo o juiz tinha liberdade em realizar todos os procedimentos de ofício para que houvesse a cobrança do tributo. Após, com o Código de Processo Civil de 1973, alterou-se a autonomia do juiz, tornando-se um pouco demorado o procedimento de execução, porém somente em 1980 foi regulamentado lei específica para cobrança de dívidas ativas, Lei 6.830/80, nada mudando com a alteração do Código de Processo Civil de 2015, ante o princípio da lei específica, aplicando o Código apenas de forma subsidiária.

Em seguida, o tema da ineficácia da execução fiscal, mostrou que o procedimento da execução fiscal previsto pela Lei 6.830/80, está com diversos problemas não solucionando mais questões do dia a dia, devido ao grande congestionamento do Poder Judiciário inclusive de demandas desnecessárias como de pequeno valor ou com cadastro desatualizados, não sendo sequer possível a citação de devedor, porquanto não é o meio mais eficaz para arrecadação dos créditos tributários.

Após analisa-se a eficácia do protesto de dívidas ativa, logo é um meio que tem ganhado grande incentivo nos últimos anos e que tem mostrado maior resultado no arrecadamento, assim o protesto pode ser utilizado pela Fazenda Pública, para desafogar o Poder Judiciário, bem como arrecadar mais do que o custo operacional da execução do crédito tributário, visando modificar a cultura da inadimplência.

No que tange a responsabilidade do gestor público, evidenciou-se que o administrativo deve cuidar do patrimônio público e buscar a arrecadação, sempre observando o meio mais célere e que mostre maior eficácia na arrecadação para a cobrança das dívidas ativas. Caso contrário o gestor estará praticando o ato de improbidade por ocasionar prejuízo ao erário e não observar os princípios administrativos, bem como não analisar o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Desse modo, obteve-se grande conhecimento acerca do procedimento executório das dívidas ativas e os meios legais e legítimos de cobranças, sendo o protesto o meio mais adequado, ante a celeridade da cobrança e a eficácia da arrecadação. Sendo inadmissível o gestor publicar ainda optar pela execução fiscal, ineficaz, sem fim e mais danoso ao erário.

Ao final, o tema provoca a discussão da responsabilidade do gestor, quanto opta pelo meio mais danoso, acarretando prejuízo ao erário e conseqüentemente praticando ato de improbidade, bem como ato contrário a Lei de Responsabilidade Fiscal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, G. B. M. Evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF: 04 nov 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 24/set/2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Decreto Lei 960, 17 de dezembro de 1938**. Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, em todo o território nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 28/out/2020.

_____. **Lei Complementar nº 101, 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 28/out/2020.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/mar/2020.

_____. **Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980.** Lei de Execuções Fiscais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/mai/2020.

_____. **Lei nº 8.429, 02 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, emprego ou função na administração pública direta, indireta e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31/out/2020.

_____. **Lei nº 9.292, de 10 de setembro de 1997.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15/mai/2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15/mar/2020.

BUENO, S. L. J. **O protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011.

CAMPOLINA, F. P. Protesto de certidão de dívida ativa. **Revista JusNavigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3337, 20 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 27/mai/2020.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, L. **Processo de execução fiscal custa em média R\$4,3 mil.** Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 28/set/2020.

CASTRO, A. Comentários ao Código de Processo Civil Vol. VIII – Art. 566 a 747. In: BERMUDEZ, S. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil 3.** ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, julho 2011, 21 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15/mai/2020.

_____. **Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e outras providências.** Resolução 198 de 1 de julho de 2014. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br>. Acesso em: 12/jun/2020.

_____. **Justiça em Números 2018.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Depar-

tamento de Pesquisas Judiciárias, 2018a, 214 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 28/mai/2020.

CUNHA, A. S.; KLIN, I. V.; PESSOA, O. A. G. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília, novembro de 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2020.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FIGUEIREDO, C. M.; et al. **Comentário à Lei de Responsabilidade Fiscal**, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GARCIA, Raquel Duarte. **Protesto de títulos de créditos e documentos de dívida como solução extrajudicial para recuperação e execução de crédito**. 2013. 117. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://www3.mcampos.br>:84. Acesso em: 05/mai/2020.

GOMES NETTO, A. O protesto de títulos e outros documentos de dívida: evolução doutrinária, legal e jurisprudencial. In: GONÇALVES, V. M. N. (Coord.) **Direito notarial e registral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal**. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 02/mai/2020.

LONDE, C. R. O. **O protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa prévio à execução fiscal**, 2.ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

MARTINS, I. G. S. **Da Sanção Tributária**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MINISTÉRIO DO ESTADO DA FAZENDA. **Portaria n. 75 de 22 de março de 2012**. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br>. Acesso em: 25/set/2020.

MORAES, E. M. **Protesto notarial: títulos de crédito e documentos de dívida**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINHEIRO, H. M. G. **Aspectos Atuais do Protesto Cambial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **PGFN em Números – Edição 2019**. Brasília: Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, 2019, 44 p. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br>. Acesso em: 20/mai/2020.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 9.

ed. Lages: Papervest, 2020.

SARMENTO FILHO, E. S. C. **O protesto de cota condominial**. Boletim Informativo do Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil – Seção Rio de Janeiro, n 32, ano 3, dez. 2004.

SANTOS, H. R. T.; DEUSDARÁ, I. C. C. O.; LACERDA, S. F. **Execução fiscal**: um tema atual sob diferentes olhares. 1. ed. Brasília: Editora Consulex, 2011.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 4257**. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em Acesso em: 07/jun/ 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.421.500/PR**, Relator: Ministro Humberto Martins, Segunda Turma. j. 16 out. 2014 e, DJ, 28 out. 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20/set/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5135/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. J 09/11/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20/set/2020.

_____. **Recurso Extraordinário n. 611.23 RG/SP**. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno. J. 26 ago. 2010d. DJ, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20/set/2020.

TASSE, A. E. **A “crise” do Poder Judiciário**: a falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural. Curitiba:Juruá, 2001.

THEODORO JÚNIOR, H. **Lei de Execução Fiscal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0024.10.103909-7/001**. Relator(a)Des.(a) MagidNauefLáuar, 8ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 25/nov/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, **Apelação n. 0000045-44.2014.8.24.0042, de TJSC**, rel. ARTUR JENICHEN FILHO, 5ª Câmara de Direito Público, j. 06-10-2020. Disponível em: tjsc.jus.br. Acesso em 21/ser/2020.

_____. **Súmula n. 22**. Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 03 de junho de 2008. Disponível em: tjsc.jus.br. Acesso em 21/ser/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE. **Apelação n. 0000579-14.2009.8.01.0006**, Relator: Cezarinete Angelim. J. 27/03/2012. DJ. 16/03/2013. Disponível em: <https://esaj.tjac.jus.br/cjsg>. Acesso em 20/set/2020.

OS DILEMAS DOS DIREITOS HUMANOS, IMIGRAÇÃO E DIVERSIDADE

Amanda Stefani Claudino¹

Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²

Diego Fernando e Sá dos Santos³

Maria Aparecida Leite Houlthausen da Silva⁴

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo abordar as fragilidades na legislação no que concerne aos direitos de imigração e diversidade, tendo em vista que em muitos casos, tanto no âmbito internacional como no brasileiro não são contemplados o princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos imigrantes e suas diversidades culturais. Assim, será iniciado pelo os aspectos históricos e filosóficos do conceito do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como a sua previsão tutelada no Artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 e no qual também é elencado em muitas doutrinas. Ainda, será apresentada a análise da Lei de Imigração n. 13.445/17 à luz da Carta Magna de 1988 e da crise humanitária mundial na qual teve grande influência nos fluxos migratórios nos últimos anos e que em muitos casos há violação dos direitos dos imigrantes, bem como dos Direitos Humanos em seus países destino. Por fim, serão observadas a universalidade dos Direitos Humanos e a repressão das diásporas contemporâneas, bem como a importância do estado de direito na formulação de políticas de segurança em relação aos imigrantes, a necessidade de um paradigma de responsabilidades comuns e um breve aparato sobre as diversidades culturais, no qual o estado moderno considera a diversidade como ameaça e algo a ser combatido.

Palavras Chave: Dignidade da Pessoa Humana. Lei de Imigração. Fluxos Migratórios. Diversidades Culturais.

¹ Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professora Mestra do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Formada em Direito pela Uniplac, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UFSC, Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest, Advogada e Professora Universitária.

THE DILEMMAS OF HUMAN RIGHTS, IMMIGRATION AND DIVERSITY

Amanda Stefani Claudino¹
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²
Diego Fernando e Sá dos Santos³
Maria Aparecida Leite Houlthausen da Silva⁴

ABSTRACT

The current article aims to approach the vulnerability in the legislation regarding to immigration and diversity rights, having in mind that in many cases, both in the international scope as in the Brazilian the principle of Human Person Dignity is not considered in relation to immigrants and their cultural diversity. Thus, it will be initiated by the historical and philosophical aspects of the concept of the principle of Human Person Dignity, as well as its provision protected in the 1st Article, III, of the Brazilian Federal Constitution of 1988 and in which it is also listed in many doctrines. Still, it will be shown the study of the Immigration Law number 13.445/17 in the light of the 1988 Brazilian Federal Constitution and world humanitarian crisis in which it had a great influence on migratory flows in the years and that in many cases there are immigrants rights violation, as well as Human Rights in their destination countries. Finally, the universality of Human Rights and the repression of modern diasporas, as well as the importance of the rule of law in the formulation of security policies in relation to immigrants, the need of a paradigm of common responsibilities and a brief apparatus on cultural diversities, in which the modern state considers the diversity as a threat and something to be combated.

Key Words: Human Person Dignity. Immigration Law. Migratory Flows. Cultural Diversities.

¹ Acadêmica da 10^a fase do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professora Mestra do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Formada em Direito pela Uniplac, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UFSC, Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest, Advogada e Professora Universitária.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo apresenta como tema Os Dilemas Dos Direitos Humanos, Imigração e Diversidade.

Na busca de encontrar respostas, o artigo tem como objetivo geral analisar e pesquisar sobre os direitos humanos quanto à imigração e diversidade.

Os objetivos específicos são identificar os quesitos em que ocorre a imigração visando os direitos humanos e a dignidade da pessoa, bem como observar os casos em que não são contemplados os direitos da pessoa humana.

O problema a ser pesquisado é o confronto da norma interna de cada estado com relação aos acordos e tratados internacionais firmados inerentes a tutela do direito de imigração. Bem como buscar entender por que existe fragilidade na legislação com relação aos direitos de imigração e da diversidade.

Justifica-se a escolha do tema justamente para buscar entender as controvérsias dentro do preceito constitucional brasileiro em vista dos tratados dos direitos internacionais no âmbito público e privado no tocante aos princípios de dignidade humana, bem como buscar demonstrar as fragilidades na lei em relação aos direitos previstos para os imigrantes nos países receptores.

A pesquisa realizada no presente trabalho foi bibliográfica, obtida através da consulta em livros, leis, entendimentos filosóficos, bem como em textos disponíveis em acervos públicos, inclusive em meio eletrônico e digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvida em sua primeira parte o conceito do preceito de dignidade humana, os aspectos históricos do princípio da dignidade da pessoa humana e a dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, será analisada a lei de imigração, bem como a violação dos seus direitos e sua importância no âmbito internacional para a preservação do direito de dignidade da pessoa humana.

Finalmente, em um terceiro momento serão observados os direitos humanos e a diversidade cultural, a necessidade de um paradigma de responsabilidade comuns, bem como os seus aspectos no mundo globalizado.

2 OS DILEMAS DOS DIREITOS HUMANOS, IMIGRAÇÃO E DIVERSIDADE

O conceito de Dignidade da Pessoa Humana não é uma criação constitucional, mas é considerado um valor Supremo do Estado Democrático de Direito, pela Constituição de 1988, sendo considerada uma fonte de diversos direitos e garantias fundamentais.

A evolução do conceito e do preceito de dignidade humana passou por diversas mudanças ao longo da história, surgindo desde a antiguidade clássica através dos filósofos como Immanuel Kant, passando pela cultura cristã, evoluindo até a atualidade na qual teve o preceito evoluído depois da Segunda Guerra Mundial devido ao holocausto, bem como as diversas outras violações cometidas pelos nazistas.

Uma fonte desse direito encontra-se prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada em 10 de dezembro de 1948, no qual estabeleceu pela

primeira vez a proteção universal dos direitos humanos, reconhecendo a dignidade da pessoa humana, efetivando também sua internacionalização.

Cabe ressaltar, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada como o início de uma nova era de direitos humanos, tornando-se base para o futuro e uma vertente contemporânea para os direitos fundamentais, mencionada pela Carta das Nações Unidas em 1993.

Lecciona Flávia Piovesan (2004, p.57), que: “a concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade.”

Salienta-se que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, possuía natureza jurídica de resolução impositiva no âmbito internacional, no qual foi necessária a criação de um documento que conferisse maior efetividade aos princípios definidos na Declaração.

Após, no ano de 1993, foi realizada a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, no qual mais de 180 dos Estados-Membros decidiram por reafirmarem os termos universais da Declaração dos Direitos do Homem. Dessa forma, a conferência de Viena consagrou e reafirmou o compromisso universal datado de 1948 (FACHIN, 2009).

Assim, o presente trabalho em sua primeira parte irá abordar a evolução do preceito de dignidade da pessoa humana através dos séculos, trazendo seus aspectos históricos e filosóficos, até a sua evolução conceitual nos moldes atuais.

2.1 Conceito do preceito de dignidade humana

O conceito de dignidade humana é um dos mais difundidos em direito constitucional no mundo. O mesmo também está inserido no preâmbulo da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esse princípio também encontra-se tutelado em várias Constituições como a Alemã (art. 1º), Italiana (art. 41), Suíça (art. 7º) e na Constituição Brasileira de 1988, art. 1º, inciso III que traz que:

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, s.p, grifo nosso).

Ainda, a dignidade humana tem destaque na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, proclamada pelo Parlamento Europeu em 2000 e tornada legalmente vinculante na maior parte da União Européia, em 2007 por meio do tratado de Lisboa.

Senão vejamos o que diz a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia em (2000, s.p): “Art. 1º- A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.”

A origem etimológica da palavra dignidade vem do latim, *dignitas*. Garcia traz a origem da palavra ‘dignidade’ da seguinte maneira: “o substantivo *dignitas*, origem etimológica latina da palavra dignidade, significa mérito, prestígio, excelência, qualificativa o que era digno e que merecia respeito ou reverência [...] tinha sempre

conotação positiva.” (GARCIA, 2003, p.34)

Ainda, faz-se necessário entender a origem da palavra pessoa que também teve origem no latim e era usada para mencionar atores de peças teatrais.

Ao longo dos anos, todos os atores foram identificados como pessoa, independentemente da situação.

Segundo Garcia (2003, p.34):

A origem etimológica da palavra pessoa vem da expressão latina *personare*, que se referia à máscara teatral utilizada para amplificar a voz dos atores, passando depois a servir para designar a própria personagem representada. A palavra pessoa acabou por ser incorporada na linguagem jurídica, designando cada um dos seres da espécie humana.

Até que se fez junção das duas palavras, sendo atribuída dignidade à todas as pessoas sem distinção. Contudo, esse conceito vai além do que se pode identificar, indo além do português e do latim, conforme mencionado.

Segundo Maritain apud Garcia (2003 p.34):

[...] que o homem é uma pessoa, queremos significar que ele não é somente uma porção de matéria, em elemento individual na natureza como um átomo [...]. É assim, de algum modo um todo, e não somente uma parte, é em si mesmo um universo, um microsomo, no qual o grande universo pode ser contido por inteiro graças ao conhecimento, e pelo amor pode dar-se livremente a seres que são como outras tantas encarnações de si próprio [...] Asseverar que o homem é pessoa, que dizer que no fundo do seu ser é um todo mais do que uma parte, e mais independente que servo.

Já a palavra princípio tem origem do latim *principium* que quer dizer “momento em que algo tem origem, começo, causa primária” (MIRANDA, 2001, s.p).

Logo, os princípios são norteadores de todo sistema normativo, do qual não se deve e nem se pode fugir, se fazendo essencial na interpretação da justiça. Com isso demonstrado os conceitos de dignidade da pessoa humana, passa-se a evolução histórica do preceito da dignidade humana.

2.2 Evolução histórica do princípio da dignidade humana

Na presente abordagem sobre a evolução histórica da dignidade humana, esta é considerada como um valor historicamente constituído e reconstruído pela condição humana. Na antiguidade, os primeiros sinais de defesa da dignidade do ser humano encontram-se expressos no Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria e no Código de Manu, na Índia. (MARTA, 2019)

Pode-se se dizer que a tradição cristã foi à precursora da concepção de que o homem é um ser dotado de dignidade, uma vez que na origem da humanidade Deus criou o homem à sua imagem e semelhança.

Segundo Jacques Robertt (1982 p.37):

A pessoa humana deve na concepção cristã ser revestida com uma eminente dignidade, pois o homem é uma criatura formada a imagem de Deus e o seu destino é eterno. Esta dignidade pertence, sobretudo, a todos os homens e mulheres sem distinção abrangendo, inclusive, as diferentes raças independentemente de serem ou não socialmente desiguais, independente do seu status social: seja de um mestre ou de um escravo.

Sob o pensamento cristão entende-se que o homem como um ser concedido a imagem e semelhança de Deus, seria dotado de dignidade, por isso todos seriam iguais. Com isso, o pensamento cristão entendia que havia uma dignidade eminente, tendo em vista que o homem foi criado à imagem semelhança de Deus. Assim, esta dignidade pertence ao homem, pelo fato de ser criatura de Deus, dando a ideia de dignidade fundamental de natureza entre os humanos.

Contudo, existem outras correntes doutrinárias acerca do tema abordado como os jusnaturalistas que acreditam que a dignidade era inerente, a todo gênero humano. Para os iluministas, a concepção da dignidade da pessoa humana saiu da religião e migrou para a filosofia, levando em conta a razão e a autodeterminação do indivíduo como o seu fundamento.

O pensamento filosófico e político da Antiguidade Clássica já reconhecia a noção de dignidade, estando ligada à posição ou conceito na vida pública, sendo evidenciado pelo título que ostentasse, pelo cargo no qual estivesse investido, bem como pelo reconhecimento dos demais membros da comunidade (MARQUES, 2010).

A dignidade fazia referência ao papel social na construção do bem comum e a participação política do cidadão na vivência e nos destinos coletivos da pátria, estando assim, a dignidade ligada ao status, bem como ao mérito social que poderia ser alterado ou perdido ao longo da vida.

Foi, contudo, na filosofia iluminista que Immanuel Kant (1724-1804) que a secularização da noção de dignidade se consolidou abandonando qualquer corrente religiosa.

Kant ao formular seu pensamento a respeito da dignidade levou em conta as qualidades inerentes ao ser humano, focando na grandeza em potencial da humanidade. Assim, a concepção de Kant serve até hoje para o conceito atual de dignidade do homem, partindo de uma nobre disposição de espírito que atribuiu a todo ser humano um status axiológico.

O conceito da dignidade da pessoa humana é apresentado na obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes,” escrita por Immanuel Kant (1785, s.p) e está relacionada com uma questão de valor, pois para o autor a dignidade não tem preço, ou algo que pode ser negociado ou trocado por outra coisa, mas sim a dignidade seria um valor que algo tem em si mesmo.

Senão vejamos o que traz Kant (2011, p.82):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quanto uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Em relação a isso, a dignidade estaria relacionada com a capacidade do ser humano de não ser um meio para algo, mas sempre um fim em si mesmo.

Contudo, somente na segunda parte da obra que o filósofo explica o que é dignidade, embora o livro “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” tenha sido elaborado para abordar a problemática de uma ação moral, Kant em seu pensamento notou que a racionalidade era a diferença do homem entre os outros seres, no qual chegou a concluir que em virtude da razão que o ser humano deveria ser considerado em fim em si mesmo. Assim, tudo teria um preço ou uma dignidade sendo que aquilo que tem preço é substituível, já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade. Dessa maneira, as coisas possuem preço; e as pessoas possuem dignidade (KANT, 1986).

Partindo dessa perspectiva, pode-se perceber que a concepção kantiana afasta qualquer espécie de disponibilização da pessoa humana. Assim, a dignidade seria violada sempre que a pessoa fosse tratada como coisa perdendo o “status” de sujeito para ser objeto.

Com isso pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana na percepção de Immanuel Kant rompe a explicação metafísica (Deus), ao citar a razão ao mesmo tempo como origem e limite da dignidade, colocando o ser humano em uma posição antropocêntrica.

2.3 Dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988

A constituição Federal de 1988 traz com clareza à importância da dignidade humana, tendo em vista todo o contexto histórico já relatado acima. Pode-se dizer que a atual constituição foi elaborada num período pós-ditadura e de abertura política, aliado ao sentimento da necessidade de solidariedade entre os povos.

Contudo, a Constituição de 1934 foi a primeira a mencionar à dignidade da pessoa humana, pois trazia a possibilidade de a todos uma existência digna. Já na Carta de 1937, a mesma se manteve omissa em relação ao tema, foi somente na Constituição de 1946 que foi novamente proporcionada a existência digna, promovendo um retorno ao status anterior do Estado Novo. (BRAGANÇA, 2018)

Após, na Constituição de 1967 no seu art. 157 e a Emenda Constitucional 1/69 (art. 160) foi mantida a ordem econômica com objetivo de promover a dignidade como a “valorização do trabalho como condição da dignidade humana”. Com isso, pode-se notar que o foco se mantinha no trabalho e na organização econômica, na qual a pessoa humana ainda não fazia parte do centro do ordenamento jurídico. (BRAGANÇA, 2018)

Foi, porém na Constituição de 1988 que a dignidade da pessoa humana foi considerada um direito fundamental, sendo fundamental para a criação de tantos outros princípios constitucionais.

Assim, acredita-se que a atual constituição é mais democrática que o Brasil já teve, pois traz em sua essência blocos de direitos sociais, individuais e coletivos.

Analisando a estrutura da Constituição de 1988, pode-se dizer que a mesma está dividida em níveis, normas, princípios, subprincípios e regras. No nível I, a Carta Magna menciona o Estado Democrático de Direito com objetivo de garantir os exercícios dos direitos sociais e individuais.

No artigo 1º, incisos I e II e no artigo 170, caput, da Constituição Federal de 1988, denota-se que a ordem econômica está encarregada de assegurar a todos uma

existência digna. Já no artigo 226, §7º dá-se ênfase a família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

No nível II, o artigo 3º, inciso II e o artigo 23, inciso X, da Constituição Federal, são responsáveis pela “exterminação da pobreza” e das desigualdades sociais. Ainda, no nível III, o artigo 6º da Constituição traz o que cada pessoa necessita como saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Desta maneira, os direitos sociais citados estão inteiramente ligados a dignidade da pessoa humana. Contudo, o estado não tem conseguido garantir esse “mínimo constitucional”, esse fato pode ser visto na saúde onde os enfermos são desrespeitados diariamente nos hospitais e postos de saúde.

Porém, a dignidade da pessoa humana deve atingir não somente a garantia do pleno exercício das liberdades civis, mas abarcar as necessidades primárias da sociedade, pois somente assim o estado poderá oferecer condições necessárias para uma existência digna.

Dessa forma, tem-se que quanto maior a qualidade da dignidade maior é a dificuldade de ser garantida, não apenas pelo estado, mas também por parte dos cidadãos que convivem entre si, podendo violar a dignidade um do outro.

3 CONTEXTO HISTÓRICO DA IMIGRAÇÃO INTERNACIONAL

O presente tópico busca analisar a lei de migração n. 13.445/17, publicada em 25/07/2017 à luz da Constituição Federal de 1988 e da crise humanitária no mundo, trazendo em sua primeira parte o contexto histórico da imigração.

A migração faz parte do contexto histórico da humanidade, é também um termo utilizado para diferentes situações e períodos históricos. Existem vários motivos em que pode ocorrer uma migração, como por exemplo, mudanças climáticas, catástrofes naturais, insegurança em sua terra natal, perseguição, insatisfação com o governo, busca por melhores condições de vida em outro local, novas oportunidades de trabalho, bem como para estudos.

Grande parte dos historiadores trazem que os séculos XIV e XV tiveram grande importância para mudanças no padrão migratório, e foi nesse período que houve grandes descobertas pelos países europeus.

O continente americano e africano e partes da Ásia tiveram grandes fluxos migratórios que tinham como objetivo povoar e conquistar essas regiões. (ENRICONI, 2017). O relatório de desenvolvimento humano de 2009, pelo qual foi realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), extrai-se do documento que cerca de 195 milhões de pessoas não moram em seus países de origem, equivalente a 3% da população mundial, no qual aproximadamente 60% desses imigrantes residem em países ricos e industrializados. (KLUGMAN, 2017)

Os países industrializados com os maiores destinos de imigração são: Estados Unidos, Canadá, Japão, Austrália e as Nações da União Européia, sendo que os Estados Unidos possui o maior número de imigrantes internacionais, cerca de 39 milhões. (CERQUEIRA, 2019)

Dessa forma, tem-se que a imigração faz parte da natureza humana, sendo

estimulados, quando não são forçados atualmente, pelo avanço da tecnologia e os problemas econômicos.

Sob a ótica jurídica, pode-se dizer que no século XIX países como, Holanda, Chile, Argentina não traziam diferenças em seus códigos civis em relação às diferenças entre os direitos dos nacionais e dos estrangeiros. Com isso, as guerras mundiais das décadas de 1920 e 1930, trouxeram mudanças em relação aos direitos dos imigrantes, no qual vários países formularam restrições aos direitos dos estrangeiros em suas leis. (MARINUCCI, 2019)

As Constituições Brasileiras de 1934 e 1937 refletem essas restrições, já a constituição de 1946 trazia restrição aos direitos dos estrangeiros consubstanciada na grande legislação infraconstitucional. (MARINUCCI, 2019)

Porém, com o fim da II Guerra Mundial houve um período de expansão para o Brasil, no qual flexibilizou a política de imigração para buscar mão-de-obra especializada, essa situação encontra-se no Decreto-Lei n. 7.967/45 aliando a necessidade com a proteção do trabalhador brasileiro. (MARINUCCI, 2019)

Contudo, a Constituição de 1988, assegura caráter de igualdade ao conceito em que os estrangeiros que residem no país, encontram-se em condições jurídicas de igualdade a dos brasileiros, em relação ao gozo dos direitos civis, conforme traz o art. 5, caput que diz: Art. 5º “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (MARINUCCI, 2019)

Assim, a nova lei de imigração, traz melhoras aos estrangeiros no sentido de garantia de mais direitos qualitativos e quantitativos, limitando o nacionalismo. Semelhante ao referido artigo anteriormente aprazado, traz o artigo 4º, caput, da Lei 13.445/17: “Ao imigrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados.” (BRASIL, 2017, s.p)

Dessa forma, o artigo 4º garante ao imigrante em condições igualitárias com os brasileiros à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Os incisos do referido artigo tutelam direitos tais como, o direito de reunião para fins pacíficos; direito de associação; direito à educação pública, entre outros direitos.

Na seção II da lei de imigração, encontram-se tutelados os princípios que norteiam a política-migratória Nacional, pois no artigo 3º, inciso I, traz que a política migratória rege-se pela universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Em relação ao termo “universalidade”, pode-se afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser homem é condição suficiente para a sua titularidade, não importando se imigrante ou brasileiro nato ou naturalizado (MENDES, 2014).

Já no que concerne ao termo “indivisibilidade” da “interdependência dos direitos humanos”, traz que os direitos dos imigrantes não podem ser vistos como elementos isolados, mas sim como um bloco, que reflete coligações com os demais direitos fundamentais (FERNANDES, 2017).

No artigo 3º, inciso II, Lei 13.445/2017 encontram-se positivados o repúdio à

xenofobia, ao racismo e quaisquer formas de discriminação. Moraes (2014, p.36):

Ainda citando os princípios da Nova Lei de Imigração nº 13.445/2017, o artigo 3º atenta ao “repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e quaisquer formas de discriminação”. Considerando, a história brasileira e o Decreto-Lei nº 7.967/1945, anteriormente citado, é um considerável avanço na política de migrações o foco às discriminações sofridas pelos imigrantes nos países de destino.

O referido inciso é de grande importância, pois protege os imigrantes e previne contra as discriminações sofridas pelos imigrantes nos países que buscam como destino.

Diante disso, tem-se que o novo diploma migratório encontra-se tutelado pela Constituição de 1988 e pelos Tratados Internacionais que versam sobre os direitos humanos, garantindo aos imigrantes direitos e garantias fundamentais. Ainda, os direitos individuais e sociais também são destinados aos imigrantes, bem como nos direitos difusos e coletivos elencados na Constituição. A nova lei de imigração também combate a criminalização da imigração, o repúdio a xenofobia, e ao racismo, no qual o Estado do Estrangeiro não versava acerca do acesso à justiça do imigrante.

Assim, pode-se afirmar que a mobilidade humana, em todas as suas formas, ajudou a constituir os contornos do mundo desde sempre. É no cuidado de si mais cru, mundano, da vida pura e simples, que se instala o desejo de partir, de ter de partir, ou de simplesmente ficar (CAMPUZANO, 2016).

Dessa forma, acredita-se que a imigração pode ser considerada um ato de sobrevivência e que estaria relacionado com o desejo de ter melhores condições de vida e em alguns casos de proteger a própria vida, como os refugiados, por exemplo, são a partir dessas movimentações que são definidos padrões de normalidade para que uma pessoa possa fazer ou não parte de uma comunidade.

4 OS FLUXOS MIGRATÓRIOS E AS DIVERSIDADES ÉTNICAS CULTURAIS

O presente tópico busca demonstrar características dos fenômenos migratórios contemporâneos, bem como a diversidade étnica e cultural dos imigrantes e a governabilidade migratória e com se dá a sua aplicação no contexto atual e como as dificuldades enfrentadas pela humanidade tem feito que os fluxos migratórios se tornem cada vez maior.

Pode-se dizer que uma característica marcante dos fenômenos migratórios contemporâneos seja a diversidade cultural da população de países que têm se tornado receptores de migrantes podendo até se falar em uma “superdiversidade” (SANTOS, 2016).

Assim, o aumento dos fluxos migratórios e a participação dos migrantes nas sociedades receptoras têm ocasionado problemas em relação à governabilidade no qual devem ser enfrentados pelos estados envolvidos nos processos de mobilidade.

Segundo André Leonardo Copetti Santos (2016, p.26):

O rol de questões que estão abarcadas na questão da participação do migrante não é simples, englobando decisões que envolvem o exercício

dos seus direitos de cidadania, as modalidades de participação social, cultural e econômica, as formas de integração à sociedade de recepção e, até mesmo, a possível reintegração à sociedade de origem.

O enfrentamento desses problemas que ocorrem nos processos de migrações é encarado de diferentes formas no qual tem considerado que o contexto histórico, culturais, ideológicos enredos que são de grande importância. Pois o imigrante quando inserido no país de destino podem ocorrer uma gama de problemas a ser enfrentado até mesmo ter que sofrer com a discriminação por pertencer a outro lugar.

Um dos principais problemas ocasionados pelos processos migratórios está relacionado à diferença cultural que o imigrante irá vivenciar pela cultura dos países receptores e as suas consequências advindas à configuração de sua identidade. E foi através das imigrações que muitos países do mundo são caracterizados pela diversidade cultural e por populações que possuem muitas etnias, como é o caso do Brasil, que tem uma variedade vasta de culturas e miscigenações.

Essas variedades culturais na formação das novas populações são características do mundo moderno em virtude do grande crescimento causado pelo desenvolvimento tecnológico e foi através dessa pluralidade de culturas que surgiu o termo “super-diversity” introduzida por Vertovec (2007. p.1.027-1.028), e esse termo é utilizado para demonstrar uma variedade de traços que influência no modo de viver das pessoas.

Dessa forma, segundo menciona André Leonardo Copetti Santos (2016, p.31):

O imigrante em sua luta por autopreservação necessita apegar-se a distintos elementos de seu ambiente nativo (objetos familiares, a música de sua terra, recordações e sonhos e cujo conteúdo manifesto ressurgem aspectos do país de origem) para manter sua experiência do “sentir-se a si mesmo”.

Assim, entende-se que o imigrante necessita de uma boa relação com os objetos internos na comunidade que passará a conviver, e buscar aceitar as perdas enfrentadas e assim poderá ter uma melhor integração entre seu grupo anterior e o atual, no qual poderá trazer ao imigrante um sentimento de identidade e que passar das mudanças ocorridas na vida, continua sendo a mesma pessoa.

É através da busca pelo equilíbrio existencial do imigrante que surgem grandes desafios para os países receptores, como por exemplo, gerir os processos de inserção dos estrangeiros, de modo a criar condições sociais e existenciais que permitam suavizar os processos traumáticos de perda impostos pelo deslocamento; gerir a diversidade de forma a permitir a inclusão do imigrante na nova sociedade que o está recebendo, sem a imposição de assimilações culturais forçadas, de modo a reduzir ao mínimo as fraturas em sua percepção identitária (SANTOS, 2016).

4.1 A diversidade cultural e a imigração

Conforme demonstrado anteriormente os processos de mobilidade humana ocorrem por diversas questões, como por exemplo, questões políticas, religiosas, guerras, fome, entre outras questões que faz com que haja uma reconfiguração da geografia

e da vida em suas diversas formas de representação.

Segundo traz Campuzano (2016, p.94):

A mobilidade de grandes contingentes populacionais era e continua sendo o resultado da fome, de perseguições étnicas e religiosas, catástrofes ambientais, crises políticas, etc., que impõem às pessoas a necessidade de partir, de se movimentar para outro lugar a fim de proteger ou melhorar suas condições de vida. O nômade tinha no movimento permanente a condição de possibilidade da vida em termos biológicos e biográficos. O imigrante contemporâneo precisa mover-se para não sucumbir e para manter-se vivo. É mais uma tentativa de preservação do que qualquer coisa.

Pode-se dizer que foram através dessas circunstâncias pela busca da sobrevivência e pelo desejo de melhorar de vida, que resultou em fusões culturais e a formação de novas identidades ocasionadas por terem sido negadas às antigas formas de pertença.

A vida precária dos imigrantes traz a possibilidade de partir e encontrar outro lugar.

Sob o entendimento de Campuzano (2016, p.98):

Renovar as esperanças em um novo lugar é renovar as próprias possibilidades de viver intensamente desejos adormecidos, impedidos de se mostrarem antes desse novo acesso. Tornar a vida dos imigrantes possível, minimizar a sua precariedade, é o que deveria pautar as políticas contemporâneas de mobilidade humana.

Entende-se assim, que as pessoas buscam acreditar na esperança de viver em outro lugar com uma realidade de vida melhor, e é por isso que milhões de pessoas se arriscam em travessias marítimas ou através de fronteiras, ariscando a própria a vida, na esperança que a vida possa continuar a ter sentido.

Os direitos humanos e as políticas têm a obrigação de tornar o mundo um lugar acessos que permitam que a vida, indistintamente, se torne uma vida vivível, condição que tem sido negada a muitos humanos imigrantes, peregrinos e refugiados (CAMPUZANO, 2016).

Dessa forma, pode-se notar que as pessoas não estão presas a um local, seja por uma necessidade, como o trabalho, por exemplo, ou por opção, mas é possível que cada indivíduo construa a sua vida a partir de vários lugares. Pois a internet e outros meios de comunicação fazem que haja uma conexão entre culturas e pessoas, que de certa forma, acaba modificando o cotidiano das pessoas.

Nessa circunstância de entrecruzamento entre o local e o mundial, os Estados-nação sofrem uma redução em seu papel de protagonistas na conformação das identidades individuais, uma vez que, para além dos tradicionais vínculos do cidadão nacional com o território e a nação, multiplicam-se os referenciais identitários que amparam o surgimento de forças locais sem busca de reconhecimento para as suas demandas particulares, atreladas não à idéia primordial de nacionalidade, mas a reivindicações de cunho cultural, político, de gênero, entre outras (CAMPUZANO, 2016).

Segundo o entendimento de Campuzano apud Woodward (2016, p.103):

A importância do papel da cultura, de determinadas práticas e costumes sociais locais na definição da identidade, entretanto, não representa necessariamente uma contradição em relação ao processo de generalização e unificação das instituições, dos símbolos e dos modos de vida perpetrados pela globalização, mas, paradoxalmente, parece apontar para a ocorrência de uma resposta reativa do particular às indiferenças alimentadas pelos mecanismos de padronização que afetam quase todos os espaços de produção da vida social

Assim, denota-se que a sociedade moderna contribui para o descentramento e fragmentação das identidades modernas e essa fragmentação produz uma subjetividade flexível em decorrência da vivência de culturas diferentes em um mesmo indivíduo, no qual no decorrer da sua vida passará por uma diversidade de grupos sociais.

Dessa forma, traz Campuzano, apud Bayardo (2016, p.110) que:

A luta pela sobrevivência e pela afirmação de traços culturais particulares, fruto de uma reação contra a homogeneização da cultura, contribui para a formação de um cenário de exigências multiculturais, no qual as diferenças irredutíveis de cada cultura exigem o reconhecimento, político e jurídico, por parte das comunidades nas quais estão inseridas.

Diante disso, pode-se dizer que a diversidade cultural não é um fenômeno novo e que a riqueza cultural do passado é um pouco superior do que a atual, porém se diferenciam pela proximidade entre elas e sua visibilidade. Um fator de grande importância para a explosão das demandas culturais faz referência a convivência relacional que as culturas passam a adquirir com a globalização.

Segundo elenca Campuzano (2016, p.112):

Quanto maior for a disputa entre as culturas, maiores serão os desafios para se promover uma relação de complementaridade e de diálogo entre elas. Por isso, uma sociedade multicultural na qual inúmeras postulem reconhecimento e tratamento particular- terá de engendrar encontros e diálogos que obriguem mutuamente os indivíduos a participarem de um projeto comum de responsabilidades.

Entende-se assim que os direitos humanos dos imigrantes devem ser respeitados, sem que lhe sejam tirados os traços de sua identidade cultural, pois cada indivíduo possui a sua cultura, bem como o sentimento de pertença a algum lugar, no qual as diferenças não podem impedir o outro de acessar outros lugares, pois foi através de encontros e dos diálogos que o a humanidade foi construída.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi abordado o conceito do preceito de dignidade da pessoa humana, no qual é um dos mais difundidos em direito constitucional no mundo, bem como foi demonstrado a evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana até chegar a ser considerado como um princípio fundamental da Constituição Federal de 1988.

Ainda, abordou-se o contexto histórico da imigração internacional sendo mencionada a Lei de Imigração n. 13.445/17, bem como foram demonstradas as características dos fenômenos migratórios contemporâneos e as diversidades étnicas culturais dos imigrantes e ainda as dificuldades enfrentadas pelos imigrantes nos países receptores.

Vislumbra-se num primeiro momento que a dignidade da pessoa humana é um valor historicamente construído no qual passou por diversas mudanças ao longo dos séculos, tendo surgido desde a antiguidade clássica através do filósofo Immanuel Kant, passou pela cultura cristã até que teve impulso após a Segunda Guerra Mundial no qual foram violados diversos direitos cometidos pelos nazistas.

Foi através da Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi estabelecida pela primeira vez a proteção universal dos direitos humanos reconhecendo a dignidade da pessoa humana e prevendo a sua internacionalização sendo considerada como uma nova era de direitos.

Dessa forma, o preceito da dignidade humana encontra-se tutelado em diversas constituições e também tem destaque na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que prevê que a dignidade do ser humano é inviolável, devendo ser respeitada e protegida. Assim, tem-se que foram através das evoluções que o preceito de dignidade chegou a se tornar um princípio fundamental da Carta Magna de 1988, sendo considerada como valor Supremo do Estado Democrático de Direito e que serve de base para a elaboração de novos princípios, leis, jurisprudências e doutrinas.

Em um segundo momento chegou-se a conclusão que a imigração faz parte da história da humanidade e que possuem diversos motivos para que as pessoas migrem de um lugar para o outro, como por exemplo, pela busca de novas oportunidades de vida em países industrializados. Foram através das guerras de 1920 e 1930 que trouxeram mudanças em relação aos direitos dos imigrantes, no qual muitos países colocaram restrições aos direitos dos estrangeiros em suas leis.

Dessa maneira têm-se que a Lei de Imigração prevê mais direitos qualitativos e quantitativos estando em consonância com o artigo 5º, caput da Constituição Federal, tutelando igualdade de direitos aos brasileiros e aos estrangeiros. Pode-se dizer também que a imigração seria muitas vezes um ato de sobrevivência se relacionando com o desejo das pessoas em terem melhores condições de vida ou até mesmo de proteger a própria vida. É através das migrações e das mobilidades contemporâneas que são definidos os padrões de normalidade para que um indivíduo possa fazer parte ou não de uma comunidade.

Entende-se que uma característica marcante dos fluxos migratórios seja a diversidade de culturas, podendo se falar até em uma “superdiversidade” como trazem alguns autores. Contudo, o aumento dos fluxos migratórios tem ocasionado problemas em relação à governabilidade nos países receptores, pois um dos grandes problemas enfrentados pelos imigrantes é o preconceito por pertencer a outro lugar e por trazer em sua bagagem uma cultura diversa do país em que passará a residir e também o problema de enfrentar as consequências advindas da configuração de sua identidade.

Já no âmbito estatal, os problemas enfrentados são gerir os processos de inserção dos estrangeiros na comunidade, bem como criar condições sociais e existenciais que poderão trabalhar os processos traumáticos ocasionados pelo deslocamento, tendo em vista que muitos imigrantes sofrem a perda de um ente querido no curso de sua

imigração.

Ainda, é necessário gerir a diversidade e permitir que o imigrante seja inserido na nova comunidade em que será recebido sem que lhe sejam impostos assimilações culturais forçadas.

Posteriormente, chegou-se à conclusão que os processos de mobilidade humana ocorrem devido a questões políticas, religiosas, fome, guerras entre vários outros motivos que fazem com que as pessoas busquem um novo lugar para se viver. Pode-se dizer que foram através das circunstâncias de sobrevivência e pela busca de melhores condições de vida, no qual não é um processo atual, foi o que ocasionou as fusões culturais e a formação de novas identidades pela convivência com outras culturas.

Desta maneira, observa-se que o papel da cultura e de determinadas práticas são muito importantes para a definição da identidade do imigrante, no qual a sociedade moderna contribui para a fragmentação das identidades e essa fragmentação ocorre através da vivência com culturas diferentes, tendo em vista que no decorrer da vida todos passaremos por diversos grupos sociais.

Assim, destaca-se que apesar dos preconceitos enfrentados pelos imigrantes, eles são pessoas, ou seja, seres humanos e gozam da dignidade humana assim como um nacional, o que infelizmente não ocorre, tendo em vista que muitos imigrantes ao chegarem no seu destino não recebem minimamente um tratamento digno. Pois é dever do estado prever o mínimo existencial, como também a dignidade da pessoa humana está relacionada com o direito de liberdade e de igualdade, no qual as pessoas devem agir com fraternidade em relação às demais para que os imigrantes possam viver de forma digna, mesmo que seja por um curto período de tempo.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, K. P. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**: Evolução, Fundamentos e aplicabilidade. 2018. Disponível em: <https://www.diritto.it>. Acesso em: 30/abr/2020.

BRAGA, C. K. **A Evolução da Dignidade da pessoa humana como valor vetor da Previdência Social**. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 30/abril/2020.

BRAGANÇA, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988**. 2018. Disponível em: <https://www.agrifoglio.adv.br>. Acesso em: 30/nov/2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/abr/2020.

_____. **Lei nº13.455, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/out/ 2020.

CAMPUZANO, A. J.; SANTOS, A. L. C.; LUCAS, D. C. **Direitos Humanos, Imigração e Diversidade**: Dilemas da Vida em Movimento na Sociedade Contemporânea. Rio Grande do Sul: Editora Unijui. 2016.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu>. Acesso em: 03/mai/2020.

CERQUEIRA, W. E. F. **Migração Internacional.** 2019. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br>. Acesso em: 20/nov/2020.

CÉSPEDES, L.; ROCHA, F. D. **Vade Mecum Saraiva Compacto.** 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 23/out/2020.

ENRICONE, L. **A História Mundial é uma História de Migrações.** 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br>. Acesso em: 22/jun/2020.

FACHIN, M. G. **Fundamentos dos Direitos Humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

KLUGMAN, J. **Human Development Reports 2017.** Disponível em: <http://hdr.undp.org>. Acesso em: 21/out/2020.

LESSA, L. M. OBREGON, M. F. Q. **A eficácia da Lei 13.455 de 2017 (a nova Lei de Migração) em relação ao Estatuto do Estrangeiro.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 20/out/2020.

MARTA, T. N.; KUMAGAI, C. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 30/abr/2020

MARINUCCI, R. MILESI, R. **Migração no Mundo.** Disponível em: <https://www.ufjf.br>. Acesso em: 21/out/2020.

MIRANDA, A. **Novo Dicionário Brasileiro.** 35. ed. São Paulo: Focus, 2001.

MORAES, A. M. F. **Refugiados e imigrantes no Brasil e no mundo** Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1977. Nova Lei nº 13.445/2017. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br. Acesso em: 21/out/2020.

PIOVESAN, F. **A Universalidade e a Indivisibilidade dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2009.** Publicado para o Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento (PNUD). Disponível em: <http://hdr.undp.org>. Acesso em: 21/out/2020.

SOUZA, C. C.; GRANJA, C. A. **A evolução histórica dos direitos humanos no plano internacional: doutrina e filosofia.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 22/set/2020.

PANDEMIA NA PERIFERIA: INVISIBILIDADE E DESCASO DO PODER PÚBLICO NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MORADORES PERIFÉRICOS

Ana Carolina Bonela de Almeida¹

Joel Saueressig²

Carlos Albano Volkmer de Castilho³

Ademar de Souza Mendes⁴

RESUMO

O presente trabalho trata acerca da pandemia do Corona vírus na periferia. Tem como objetivo geral analisar a pandemia do covid-19 na periferia e o descaso do poder público em relação ao reconhecimento dos direitos fundamentais dos moradores periféricos. Os objetivos específicos são: conceituar pandemia e covid-19; definir e caracterizar Estado; apresentar os principais direitos fundamentais dos indivíduos; entender os direitos relativos à saúde; compreender o contexto cultural e econômico da periferia e destacar normas que assegurem os direitos referentes à seguridade social. Os direitos fundamentais são normas basilares que todo ser humano possui e nem sempre são assegurados pelo poder público, com a pandemia do Corona vírus ficou ainda mais evidente o abandono e a omissão do Estado em relação aos moradores das periferias.

Palavras-Chaves: Pandemia. Covid-19. Direitos fundamentais. Periferia. Seguridade Social.

ABSTRACT

The present work deals with the pandemic of the coronavirus in the periphery and has as general objective to analyze the pandemic of the covid-19 in the periphery and the neglect of the public power in relation to the recognition of the fundamental rights of the peripheral residents. The specific objectives are: to conceptualize pandemic and covid-19; define and characterize the State; present the main fundamental rights of individuals: understand the rights related to health; understand the cultural and economic context of the periphery and highlight norms that guarantee the rights related to social security. Fundamental rights are basic norms that every human being possesses and are not always guaranteed by the public authorities and with the coronavirus pandemic it became even more noticeable abandonment and the omission of the State in relation to the residents of the peripheries.

Keywords: Pandemic. Covid-19. Fundamental rights. Periphery. Social Security.

¹ Acadêmica da 10ª fase, do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a disseminação do Corona vírus nas regiões periféricas do Brasil e a falta de apoio governamental frente à crise.

Torna-se relevante pelo fato dos direitos fundamentais serem normas basilares dos indivíduos que devem ser assegurados de maneira integral. Fato este que não vem acontecendo no Brasil, especialmente, no que se refere aos direitos relativos à saúde dos moradores da periferia em tempos de pandemia, ocasionada pela doença supracitada.

A disseminação do vírus vem trazendo consequências graves para o mundo, e no Brasil não é diferente. Tais consequências ficaram perceptíveis e denunciam o despreparo do governo, no que diz respeito ao enfrentamento à crise de âmbito sanitário.

O problema de pesquisa é a pergunta que norteia todo o trabalho e é fundamental para a apresentação de uma hipótese. Assim, quais medidas podem ser tomadas pelo poder público para dirimir os danos causados pela pandemia de Covid-19 nas periferias? Segundo o art. 196 da Constituição da República Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurado através de políticas sociais e econômicas, com o objetivo de reduzir o risco de doenças e ao acesso igualitário e universal aos serviços que garantam a sua promoção, proteção e recuperação. No entanto, acerca disso observa-se a omissão do Estado.

Neste trabalho serão abordadas a definição e caracterização de periferia; a diferença entre periferia e subúrbio, além dos aspectos econômicos e espaciais, mas apresentando a identidade de um povo que introduziu valores e comportamentos comuns. Subsequente, serão analisados os impactos causados pela crise sanitária na vida dos moradores periféricos, expondo suas maiores dificuldades. Será abordado também a caracterização de Estado, trazendo seus principais elementos formadores e as normas sobre seguridade social e direitos sociais, destacando a saúde como um direito fundamental do ser humano. Por último, será abordado sobre o dever do governo em agir para concretizar os direitos fundamentais elencados no ordenamento jurídico brasileiro, com soluções para diminuir os danos decorrentes da crise sanitária resultante do Corona vírus.

Em relação a abordagem da temática será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas neste estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através de consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meios eletrônicos ou digitais.

A escolha do tema desta pesquisa justifica-se por indicação do Prof.º Me. Joel Saueressig e também pelo interesse em compreender mais sobre o tema.

1 O SIGNIFICADO DE PERIFERIA: UMA ANÁLISE ALÉM DOS FATORES ECONÔMICOS E ESPACIAIS

A Covid-19, de acordo com a Pan American Health Organization (PAHO), é uma doença causada pelo Coronavírus (CoV), que faz parte de uma ampla família de vírus, podendo causar doenças mais graves como a síndrome respiratória aguda grave

(SARS-CoV). A primeira detecção do vírus foi notificada em Wuhan, na China, em dezembro do ano de 2019, por isso o nome Covid-19. Apesar do nível de contágio ser considerado moderado (cujo grau de contágio está entre 2 e 3, numa escala que vai até 9) e ser de baixa letalidade, a preocupação em conter a disseminação é justificável.

O referido grau de contágio diz respeito a quantas pessoas saudáveis um infectado é capaz de contaminar, podendo assim ter o vírus disseminado ao redor do mundo. (STRUCHINER, 2020).

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), pandemia é a proliferação de uma doença em escala mundial, estando presente em mais de um continente. Trata-se de uma epidemia que ocorre em várias áreas do mundo, ao mesmo tempo, como a Covid-19, ocasionando muitas consequências sociais e econômicas, principalmente para quem faz parte da periferia (SCHUELER, 2020).

A palavra periferia tem um significado peculiar, baseado em debates e deliberações realizadas por economistas na década de 50 e 60. Destarte, ao estudar a questão da explosão demográfica nas cidades urbanas, notou-se que aconteceu um aumento da miserabilidade e pobreza em locais distantes dos centros, e classificaram de periferia esses locais. Conforme leciona D'Andrea (2020, p. 23):

Assim, periferia alcançou uma abrangência e uma visibilidade inédita por ser o termo mais adequado naquele momento para a finalidade pretendida de pacificação, fundamentalmente por sua capacidade de aceitação por grande parte da população que se identificara com os atributos que o conceito expressava: local de violência e pobreza, mas com solidariedades e potências

No entanto, essa classificação foi considerada inapropriada pela sociedade, à medida que os estudiosos apresentavam tal vocábulo no sentido pejorativo de miserabilidade e invisibilidade do poder público para os bairros periféricos.

O senso comum entende periferia apenas no sentido econômico, em que os indivíduos têm uma renda baixa e não possuem muitos bens materiais, porém o termo possui um significado mais amplo e engloba outros fatores. Neste sentido, o conceito se refere mais aos costumes dessa população do que à situação econômica em si, isto é, os perdidos são os indivíduos que vivem em periferias e possuem comportamentos comuns, seguindo um padrão de vida (D'ANDREA, 2020).

A definição de periférico é ampla, e não se deve considerar somente a condição econômica do sujeito, trata-se de estabelecer comportamentos comuns entre os moradores dos bairros da periferia, um estilo de vida, um modo de se apresentar, uma vida social diferente.

O significado do termo periferia não deve ser confundido com o termo subúrbio, pois este refere-se a locais mais antigos e se apresenta de maneira intermediária entre o centro e a periferia. Porém, muitas vezes esses dois termos são usados como sinônimos, principalmente pelas pessoas não letradas e sem maiores instruções educacionais (D'ANDREA, 2020).

Segundo preconiza Mendes (2020, p. 03):

O que no senso comum representa a periferia é a sua caracterização social, marcada pela presença de pessoas de baixa renda, os pobres, que não têm meios para aquisição de uma residência em um bairro de status.

Mesmo que a escolha não seja um bairro elitizado, a população não encontra meios que a possibilite escolher em que bairro ou em que área mirar, em que condições de moradia habitar. Por isso, a periferia é vista como uma apropriação desigual do espaço urbano.

As políticas públicas não estão sendo eficientes para a população brasileira. Os moradores periféricos são muito afetados pela falta de concretização dos direitos fundamentais e essencialmente os direitos sociais. Há pessoas que estão mais vulneráveis no Brasil, e em tempos de crise sanitária, os problemas sociais ficam mais graves e evidentes. Assim, a desigualdade econômica acarreta mais prejuízos aos moradores da periferia, pois essas pessoas já estão mais propícias a terem danos por sua condição econômica e social debilitada. Pinto (2020, p. 21) pontua que:

As disparidades econômicas e sociais brasileiras deixam diversos segmentos em desvantagem social, aonde o Estado, através de suas políticas públicas, deveria reduzir o nível de marginalidade da combinação de diversos marcadores sociais que majoritariamente os direitos individuais e coletivos.

As políticas públicas presentes podem ser consideradas insuficientes para atender às necessidades da população brasileira. Os moradores periféricos encontram-se afetados pela falta de políticas públicas que garantam a concretização de direitos fundamentais, essencialmente os direitos sociais.

2 A CRISE SANITÁRIA CAUSADA PELA COVID-19 E SEUS IMPACTOS NA VIDA DOS MORADORES PERIFÉRICOS

A crise sanitária na periferia teve grandes impactos na vida dos moradores, e não está relacionada apenas a essa questão, mas sim a uma crise social e histórica do capitalismo, que não visa colocar o ser humano em primeiro lugar. Nessa situação, o lucro em detrimento do bem-estar da população prevaleceu.

Trata-se uma crise do sistema econômico, pois o homem falhou em sua relação com a natureza, sobretudo, estabeleceu maneiras erradas de lidar com as relações sociais, excluindo a maioria dos indivíduos em prol da ganância e ambição. Todas essas relações errôneas culminaram na crise pandêmica, relacionada a uma crise social mais ampla e que aponta para ser infinda. Neste mesmo raciocínio, Mascaro (2020, p. 05) complementa:

Não se pode limitar a pandemia do Corona vírus às chaves de explicação biológica ou da natureza. Trata-se de uma crise eminentemente social e histórica. A reiterada fragilidade da relação com a natureza corresponde a uma panela pequena dos problemas presentes. No fundamental, a dinâmica da crise endurecida pela pandemia é do modelo de relação social, baseado na apreensão dos meios de produção pelas mãos de alguns e pela exclusão automática da maioria dos seres humanos das condições de sustentar materialmente sua existência, sustentar que as classes desprovidas de capital são coagidas a obter mediante estratégias de venda de sua força de trabalho. O modo de produção capitalista é a crise.

Os indivíduos pertencentes a classe alta brasileira dispõem de mais privilégios, inclusive em situações pandêmicas, pois têm mais recursos financeiros, e as instituições de saúde ficam mais próximas de suas casas. Os moradores periféricos são os mais prejudicados, pois moram em locais onde há uma pior condição de urbanização, saneamento básico e, principalmente, de saúde. Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), cerca de 1,6 milhão de pessoas de baixa renda, com idade superior a 50 anos residem a uma distância maior do que 5 km de unidades de saúde capacitadas para fazer internações de pacientes com problemas graves relacionados ao vírus da Covid-19. Este total representa 41% da população vulnerável.

A crise sanitária causada pela Covid-19 nos bairros de periferia soma-se a outros problemas já existentes na vida dos moradores: a falta de atenção médica constante, outras emergências sanitárias causadas pela falta de saneamento básico e falta de água potável. É perceptível o descaso geral do Poder Público com a saúde, os aspectos econômicos e sociais (SANTOS, 2020).

Acerca da facilitação da disseminação do Coronavírus nas periferias, ensinam Leiva, Sathler e Orrico Filho (2020, p. 11) que:

A relação entre os mecanismos de mobilidade e a Covid-19 se articula a um outro componente fundamental: a desigualdade e a segregação sócio espacial. Altos níveis de desigualdade e segregação sócio espacial tornam o espalhamento do vírus menos “democrático” facilitando, em um primeiro momento, a disseminação da Covid-19 nas periferias mais carentes das grandes cidades.

Há uma questão central referente à localização onde as pessoas vivem, um aspecto espacial determinando uma maior ou menor facilidade de acesso à saúde. Nessa perspectiva, os bairros periféricos ficam mais distantes das instituições, dificultando o acesso e a vida dos sujeitos periféricos, não só em relação à saúde, mas também a outras instituições de cunho assistencial e até mesmo educacional.

3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO ESTADO: O PODER PÚBLICO COMO REPRESENTANTE DO DESCASO E DA INVISIBILIDADE DIANTE DA CRISE DO VÍRUS DA COVID-19

Segundo Dallari (2003, p. 51-52), o Estado é caracterizado por uma “organização social, atribuída de poder e autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo”, sendo responsável por atender as necessidades dos grupos sociais.

O Estado brasileiro realizou algumas medidas de âmbito emergencial para tentar amenizar os prejuízos causados pela disseminação da Covid-19 no Brasil, como a apresentação de normas explicitando como o sistema de saúde e as pessoas devem agir durante a pandemia. Dessa forma, a Lei nº. 14.035/2020, em seu art. 3º, preconiza:

Art. 3 Para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta lei, as autoridades poderão adotar no âmbito de suas competências entre outras as seguintes medidas: VI-restrição excepcional e temporária, por rodovias, partes ou aeroportos, de:

- a) Entrada e saída do País;
- b) Locomoção interestadual e intermunicipal.

A Medida Provisória nº 926/2020 foi convertida na Lei nº. 14.035, de 11 de agosto de 2020, reafirmando o seu conteúdo. As novas normas que versam sobre a necessidade de evitar contato entre as pessoas e evitar transportes públicos denunciam a falta de legislação específica anterior sobre crises sanitárias de cunho pandêmico.

Há uma omissão legislativa sobre situações referentes a ordem pública relativa à saúde. Só existe no ordenamento jurídico brasileiro normas gerais, não há uma regulamentação específica sobre o assunto que explicita casos sobre crises sanitárias e as suas consequências sociais. (VENTURA, 2020).

De acordo com o art. 194 da Constituição Federal (1988), a seguridade social engloba um conjunto de ações e iniciativas do Poder Público e da sociedade, com o objetivo de garantir os direitos relativos à saúde, previdência social e assistência social. Neste raciocínio, a seguridade social é uma das áreas mais importantes do Direito, visto que engloba direitos indispensáveis para a manutenção da vida.

O texto constitucional apresenta os direitos fundamentais como basilares para todos os indivíduos e estão elencados em muitos artigos da Constituição, como no artigo referente aos direitos sociais, direitos que devem ser garantidos pelo Estado, através de políticas públicas efetivas. Nessa perspectiva, são direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados. Segundo o art. 197 da Constituição Federal:

Art.197 São de relevância pública as ações e serviços de saúde cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoas físicas ou jurídicas de direito público (BRASIL, 1988, documento-online).

Os direitos de segunda dimensão são resultantes dos direitos relativos à igualdade e liberdades positivas, exigindo uma prestação do Estado. Assim, os direitos dessa geração correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Segundo Schwarz (2016, p. 267), os direitos sociais são

Direitos exigíveis conquanto para a sua eficácia plena seja imprescindível de uma forma ou de outra, a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, inclusive mediante a gestão e a implantação de políticas públicas. São direitos jurisdicionais, portanto, ou seja, direitos que podem ser exigidos diante de um tribunal tutelado por ele de forma que a sua vulneração não pode permanecer impune, estabelecendo-se alguns mecanismos que, de alguma forma obrigue os órgãos legislativos e administrativos e justificar publicamente as razões de seu descumprimento, e, assim a sua legitimidade e ilegitimidade.

Os direitos fundamentais são amplos e também englobam os direitos sociais e políticos, consagrados no texto constitucional, e em leis esparsas que estão tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro, embasando as providências executivas do poder estatal.

A Constituição Federal afirma que a saúde é responsabilidade do Poder Público, através de programas sociais e iniciativas, cujo objetivo central de amenizar os prejuízos restabelecendo a saúde dos sujeitos, como visto no art. 196 da Carta Magna, transcrito abaixo:

Art.196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos e no acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL,1988, documento on-line).

A legislação referente à epidemiologia no Brasil é da década de 70, a principal delas é de 1975. Trata-se da Lei nº. 6.259, que delimita e apresenta as áreas de atuação da vigilância epidemiológica no país explicando diretamente sobre como o Estado brasileiro deve agir em casos de crises epidemiológicas. Tem como principal instituição reguladora de seus serviços o Ministério da Saúde (VENTURA,2020).

A Lei nº 6.259 de 1975 utilizou a palavra epidemiologia para tratar das questões referentes às crises sanitárias, mas serve para englobar os casos de pandemia. Dessa maneira, a epidemiologia é a ciência que estuda as epidemias, sendo epidemia mais restrita aos municípios e estados. Dessa forma, em seu art. 2º, a Lei nº. 6.559/75 determina:

Art. 2º A ação de vigilância epidemiológica compreende as informações, investigações e levantamentos necessários a programação e a avaliação das medidas de controle de doenças e situações de agravos à saúde. Parágrafo 1º Compete ao Ministério da saúde definir, em regulamento, a organização e as atribuições dos serviços incumbidos da ação de vigilância epidemiológica, promover a sua implantação e coordenação. Parágrafo 2º A ação de vigilância epidemiológica será efetuada pelo conjunto dos serviços de saúde, públicos e privados, devidamente habilitados para tal fim.

O Poder Público pátrio, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, debateu sobre as providências legais para dirimir os danos causados pela pandemia decorrente do Corona vírus. Dessa maneira, ficou visível que o sistema de saúde brasileiro não tem uma estrutura ideal para o tratamento dos pacientes afetados pelo Covid-19. Novas estruturas hospitalares foram abertas temporariamente para o tratamento da patologia, mas não foram suficientes para frear o avanço da doença no Brasil.

O Estado brasileiro adotou algumas medidas de isolamento social para a população e isso teve consequências econômicas e sociais, como o aumento do desemprego e o aumento dos índices de violência contra jovens e mulheres. Dessa maneira, entende-se que as medidas tomadas não foram suficientes para atender as demandas sociais amplas, isso trouxe uma certa insatisfação em alguns setores da sociedade, sobretudo aos moradores de regiões periféricas, que foram os mais afetados. Dados trazidos pelo boletim especial elaborado pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (Dieese) informam que entre o primeiro e o segundo trimestre de 2020, 6,4 milhões de pessoas perderam ou deixaram de procurar emprego, sendo que dentre estes, 72% eram negros. Nesse sentido, pontua Moreira (2020, p. 185):

Se por um lado as evidências médicas demandam a adoção de medidas administrativas de *lockdown*, por outro lado observa o crescimento exponencial de desemprego com indicativos de majoração da violência urbana e explosões de casos de insolvência empresarial.

Algumas pessoas no Brasil solicitaram ao Poder Público a volta das atividades e o fim do isolamento social, alegando um prejuízo de cunho financeiro e social. De maneira geral, o Poder Judiciário não acatou as solicitações, pois os direitos relativos à saúde teriam consequências ainda piores referentes ao direito à vida, considerando que o Estado brasileiro não tem estrutura e nem materiais hospitalares suficientes para atender toda a demanda social (CARVALHO, 2020).

A judicialização da saúde no Brasil é constante, e acarreta muitas demandas aos Tribunais brasileiros, visto a omissão e negligência do Estado. Dessa maneira, percebe-se que há despreparo em relação a uma crise sanitária.

Em relação às periferias, a situação é ainda mais grave. Não existem muitas instituições de saúde e assistência social próximas e o distanciamento de postos de saúde dificulta o acesso dos moradores periféricos aos serviços, conforme comentam Leiva, Sathler e Filho (2020, documento on-line):

Nas grandes cidades brasileiras, de forma contraditória, a população com mais recursos, de forma geral, é usuária cativa do transporte individual mesmo tendo residência nas proximidades das áreas centrais, de maior densidade, onde há maior oferta de infraestrutura e serviços de transporte público e ativos de deslocamento. Enquanto isso, a população mais vulnerável, que é extremamente dependente dos modos coletivos e ativos de transportes, não é atendida de forma eficiente.

A saúde é um assunto central e deve ser tratado com prioridade pelo Estado brasileiro e percebe-se que os moradores das periferias possuem demandas específicas, pois há um abandono maior por parte do Poder Público nesses bairros. Existe ainda, preconceito e discriminação contra essa parte da população, refletindo nas políticas públicas para essas pessoas. O Poder Público não tem uma percepção adequada acerca da sociedade brasileira, tampouco sobre os bairros periféricos. Segundo Neto, Almeida e Mesquita (2020, p. 83):

O Estado percebe de maneira errada a periferia e não entende a complexidade das situações existentes nos bairros periféricos e o poder público agiu equivocadamente durante o período da pandemia, não estabeleceu medidas enérgicas para atender as necessidades dos moradores periféricos, uma espécie de necropolítica que não trabalha em prol dos mais vulneráveis.

É justamente por essa impressão equivocada, que os moradores da periferia estão abandonados e sem respaldo do Estado para a efetivar os seus direitos fundamentais.

4.O DEVER DO ESTADO DE EFETIVAR DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MORADORES PERIFÉRICOS EM TEMPOS DE COVID-19

Com o alastramento da Covid-19, evidenciou-se o descaso do Estado em relação a garantir a efetividade desses direitos nas regiões periféricas. Nessa perspectiva, saúde e alimentação primordialmente, deveriam estar sendo providenciados pelo Poder Público, mas na realidade é perceptível o desinteresse estatal pela dignidade dos moradores periféricos, que vivem sem os direitos básicos para viver. Neste sentido, assinala Carvalho (2020, documento on-line):

Baixa escolaridade e desigualdades sociais são determinantes para elevação da taxa de transmissão e severidade do vírus da Covid-19 no Brasil e, em face dessa condição, seria necessário pensar em políticas sensíveis voltadas exclusivamente para a população em estado de vulnerabilidade.

Carvalho, da Universidade de São Paulo – USP, em parceria com as pesquisadoras Piresda Levy Economics Institute – LEI e Xavier da Harvard Medical School - HMS, descrevem no estudo norte-americano *We need class, race, and gender sensitive policies to fight the Covid-19 crises* que a Covid-19 e a severidade dos casos foram maiores na população de baixa renda. Com base nos dados da PNS, a professora da Faculdade de Economia e Administração da USP fez uma estimativa da proporção de brasileiros que se enquadrariam no grupo de risco para Covid-19. Em conclusão a sua pesquisa, assinala Carvalho (2020, documento on-line) que: “Além de estarem mais sujeitos à contaminação, os mais pobres estão desenvolvendo quadros mais graves da doença”.

A pandemia decorrente da Covid-19 agravou ainda mais os problemas dos moradores da periferia, que já passavam por muitos problemas por conta do descaso público. Assim, o Corona vírus trouxe mais problemas de cunho financeiro, pois com a determinação legal de isolamento e afastamento das pessoas para evitar mais contaminação, algumas pessoas ficaram impossibilitada de trabalhar.

Os moradores periféricos possuem sobretudo uma identidade própria com práticas costumeiras e comportamentais já introduzidos, que caracterizam a sua subjetividade na sociedade. Logicamente, há uma questão espacial que deve ser considerada, se referindo à localização da habitação dos indivíduos, mas ser periférico é sobretudo, ser esquecido como sujeito de direitos na sociedade, especialmente, no Estado brasileiro, que se configura atualmente como um grande divisor social.

O Poder Público deve atuar contra as crises sanitárias nas periferias da mesma maneira que deve agir com outros moradores da população da elite, isto é, agindo preventivamente, de forma a estabelecer uma legislação ampla e específica, antes do surgimento de outras pandemias ou epidemias; ou até endemias, e desde já melhorar sua estrutura de funcionamento no âmbito da saúde.

Uma crise sanitária envolve muitos fatores, o Estado deve investir em saneamento básico, possibilitar água potável a população e medidas higiênicas e sanitárias básicas que evitam a proliferação de patologias. Cruz (2020, p. 118) pontua:

Em situações excepcionais com a que vivenciamos, mais do que nunca é necessário ter prudência, coordenação de esforços e efetivo diálogo federativo inspirados pelas orientações científicas exauridas de órgãos oficiais a ameaça global precisa ser feita com urgência e responsabilidade.

É indispensável que o Estado siga essencialmente as determinações da ciência e da pesquisa, a fim de atuar corretamente em caso de crises pandêmicas e agir com responsabilidade, diálogo e cautela. Ressalta-se também que já deva possuir um plano prévio para situações calamitosas, que possa se transformar em uma prática que responda aos anseios sociais.

Os direitos fundamentais relativos à vida, à saúde, à moradia e à assistência aos desamparados, são direitos que precisam ser assegurados de maneira imediata frente à crise sanitária. Nessa perspectiva, compreende-se que os moradores periféricos estão muito mais esquecidos que anteriormente à crise pandêmica e estão mais vulneráveis a outros problemas sociais.

A solução para as situações extremas decorrentes de crises patológicas, como a doença Covid-19, deve acontecer com a junção dos profissionais da área e os movimentos sociais, bem como ter o Estado brasileiro responsável pela prestação de serviços públicos mais adequados à população. Nesse sentido, será relevante apresentar uma agenda com programas determinando os tipos de articulação e proteção aos moradores da periferia através da mobilização da sociedade para o exercício concreto dos direitos fundamentais e da democracia (BARBOSA, 2020).

As estruturas dos hospitais devem ser melhoradas. Devem existir mais profissionais para atender a demanda social, e em períodos pandêmicos, deve ter uma renda específica para ser destinada a situações emergenciais, que possam garantir um auxílio para as pessoas impossibilitadas de trabalhar durante o período de crise.

A pandemia de Covid-19 deixou perceptível não somente a crise sanitária, referente à saúde pública, mas a crise geral da sociedade em nível mundial, enquanto indivíduos, enquanto sociedade. É indispensável que exista uma consciência de preservação da vida humana e do próprio planeta.

5 CONCLUSÃO

A Covid-19 é uma doença causada por um vírus que ocasiona muitos danos ao organismo da pessoa infectada. Por apresentar uma porcentagem elevada de óbitos, e pela alta contaminação, ficou conhecida através dos noticiários na mídia no começo do ano de 2020. Trata-se de uma patologia que trouxe consequências graves para a sociedade, a partir de uma crise sanitária no mundo todo, portanto refere-se à uma pandemia.

No segundo tópico, verificou-se que a disseminação do Corona vírus acarretou em muitos malefícios para a sociedade, inclusive para os moradores da periferia. Nesse sentido, entende-se que os direitos fundamentais não são atendidos de maneira integral e são negligenciados pelo Estado.

No terceiro tópico, o Estado foi abordado como uma instituição basilar formada pelo contrato social, isto é, um acordo entre os homens para que algumas pessoas administrem a totalidade da população, sendo caracterizado por ter soberania, território

e o próprio povo como elementos essenciais.

Ao final, como resultado, entende-se que muitas medidas podem ser tomadas para diminuir as consequências da pandemia de Covid-19 nas periferias, como medidas de auxílio financeiro temporário até a pandemia cessar, mas que seja o suficiente para os moradores periféricos manterem-se com dignidade. Podem existir também restrições de impostos em relação aos alimentos, pois em uma crise pandêmica é relevante existir uma diminuição dos preços dos alimentos, ainda que seja temporariamente, enquanto a pandemia não cessa.

Compreende-se que o Poder Público apresentou muitas normas e políticas públicas ao longo dos anos para concretizar os direitos dos moradores da periferia, mas que não foram suficientes para acarretar melhoras significativas. Ademais, com o surgimento da crise decorrente da Covid-19, os problemas advindos da má administração pública ficaram muito mais evidentes, denunciando a incapacidade do Estado em lidar com questões emergenciais.

É indispensável que o Estado brasileiro garanta a renda mínima básica desses indivíduos, aplicando a Lei nº 10.835/2004, revogue a Emenda Constitucional nº 95/2016, que diminuiu o teto de gastos sociais, visto que essa Emenda não produziu melhorias de cunho econômico; crie uma comissão de enfrentamento a Covid-19 e um plano de contingência que vise melhorar não só os aspectos de cunho sanitário, mas urbanístico, habitacional e de infraestrutura. Também se faz necessário que o Estado priorize a testagem em massa da população, em especial a periférica, com a finalidade de promover um isolamento social adequado aos infectados e conseqüentemente, impedir óbitos, obstar a proliferação do vírus e também, a superlotação dos hospitais.

Além disso, é de extrema relevância que o Estado atue em defesa dos direitos humanos, mobilizando recursos públicos e privados emergenciais, de forma que esses esforços resultem em políticas públicas de qualidade para atenuar os danos sofridos por grande parcela da sociedade periférica. O Estado deve promover o fortalecimento do Sistema Único de Saúde - SUS, contratando profissionais qualificados para atuarem nas áreas periféricas, de forma que haja a real efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Jorge Luiz. **Por uma quarentena de direitos para as favelas e periferias**. Espaço e Economia. Revista Brasileira Geografia Econômica. Ano 17, nº. 17, 2020. Disponível em: <<http://journals.openedition.org>>. Acesso em: 04/11/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 04/11/2020.

_____. **Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus. Disponível em: <<http://www>>.

planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2020/lei/114035.htm> Acesso em: 30/10/2020.

_____. **Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975.** Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças e, dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm>. Acesso em: 07/11/2020.

CARVALHO, Eloá Carneiro et al. Pandemia da COVID-19 e a judicialização da saúde: estudo de caso explicativo. **Rev. Latino-Am. Enfermagem.** Ribeirão Preto, v. 28, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692020000100376&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30/10/2020.

CRUZ, Gabriel Dias Marques. Calamidade pública, Estado de Defesa e estado de sítio. In: BAHIA, Saulo José Casali (Org.). **Direitos e deveres fundamentais em tempos de Corona vírus.** São Paulo: Editora Isso, 2020.

D'ANDREA, Tiaraju. Contribuições para a definição dos conceitos periferia e sujeitas e sujeitos periféricos. **Novos estud. CEBRAP.** São Paulo. v. 39, n. 1, p. 19-36, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002020000100019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10/11/2020

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** São Paulo, Sarai-va, 2003.

GAIA, Ronan da Silva Parreira. **Subcidadania, raça e isolamento social nas periferias brasileiras:** reflexões em tempos de COVID-19. Revista Thema, v.18, edição especial, 2020. Disponível em: <<http://periodicosnovo.ifsul.edu.br/index.php/thema/article/view>> Acesso em: 03/11/2020.

GONÇALVES, Antônio Baptista; CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. Covid-19 desafia o Estado Democrático de Direito fundamentais. **Revista dos Tribunais.** v. 109, n.1016, p.307-326. Jun. 2020. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/173660>>. Acesso em: 01/11/2020.

LEIVA, Guilherme de Castro; SATHLER, Douglas; ORRICO FILHO, Romulo Dante. Estrutura urbana em e mobilidade populacional: implicações para o distanciamento social e disseminação da covid-19. **Revista Brasileira de Estudos de População.** v.37, 1--22, 2020. Disponível em: <<https://rebep.org.br/revista/article/view/1635>>. Acesso em: 04/11/2020.

MARES, Dizia Mendes. A periferia pobre e a produção do espaço urbano: o caso de Vitória da Conquista/BA. In: **II Simpósio de Estudos Urbanos:** a dinâmica das cidades e a produção do espaço - SEURB, 2020. Disponível em: http://www.fecilcam.br/anais/ii_seurb. Acesso em: 07/11/2020.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e pandemia**. São Paulo: Boitempo, 2020.

MOREIRA, Marcus Raul Silva. Impactos da pandemia sobre os agentes econômicos brasileiros e o direito fundamental ao desenvolvimento na recuperação de empresas. In: BAHIA, Saulo José Casali(Org.). **Direitos e deveres fundamentais em tempos de Coronavírus**. São Paulo: Editora Isso, 2020, p 297.

NETO, Francisco Pereira; ALMEIDA, Marília Lemos de; MESQUIRA, Sandro. Um olhar para as periferias: desafios diante da covid-19. **Tessituras, Revista de Antropologia e Arqueologia**. PPG em Antropologia, UFPEL, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/tessituras/article/view/18910>>. Acesso em: 04/11/2020.

PEREIRA, Rafael H. M.; BRAGA, Carlos Kauê Vieira; SERVO, Luciana Mendes; SERRA, Bernardo; GOUVEIA, Pedro Amaral Nelson. **Mobilidade Urbana e Acesso ao Sistema de Saúde para Casos Suspeitos e Graves de covid-19 nas vinte maiores cidades do Brasil**. Brasília, Ipea, 2020. Disponível em: <Ipea.gov.br/> Acesso em: 04/11/2020.

PINTO, Nádia Regina da Silva. O Direito a saúde na pandemia do Coronavírus e as perspectivas do acesso igualitário, nas redes assistenciais públicas e privadas. **Revista de Direitos Sociais e seguridade e previdência social**, v.6, n.1, p. 18-33, 2020. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/6509>>. Acesso em: 04/11/2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra, Editora Almedina, S.A., 2020. Disponível em: periodicos.ufmg.br. Acesso em: 30/10/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHUELER, Paulo. **O que é uma pandemia?** Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-umapandemia#:~:text=Segundo%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%2C%20pandemia%20%C3%A9,sustentada%20de%20pessoa%20para%20pessoa.>>Acesso em 10/11/20.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. **Revista AJURIS Porto Alegre**, v.43, n.141, dezembro, 2016.

STRUCHINER, Claudio. **Isolar assintomáticos teria efeito de imunidade de rebanho**. Instituto de Matemática Pura e Aplicada – IMPA, 2020. Disponível em: <<https://impa.br/noticias/isolar-assintomaticos-transmissores-teria-efeito-de-imunidade-de-rebanho>> Acesso em: 10/11/2020.

VENTURA, Deisy. Pandemia e estado de exceção. **Anais do VII Congresso Internacional de Direito da USTJ: O Brasil no Mundo**, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/2263089/PANDEMIAS_E_ESTADO_DE_EXCE%C3%87%C3%83O. Acesso em: 11/11/2020.

A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS FRENTE AO PROJETO LEI 11.210/2018

Antonio Dionatan Amaral¹
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²
Diego Fernando e Sá dos Santos³
Iria Catarina Queiroz Baptista⁴

RESUMO

O trabalho em epígrafe tem por objetivo analisar a tutela jurídica concedida aos animais, verificando se a proteção conferida na legislação brasileira contra os maus-tratos é eficaz. Também, o conceito de animais distinguindo os domésticos dos silvestres, bem como, o seu tratamento no cenário geral do direito brasileiro. Seguindo com a evolução legislativa de proteção aos animais no Brasil e no mundo, e a importância da constitucionalização sobre a titulação dos animais como um direito fundamental. Assim como, o estudo do Projeto Lei 11.210/2018, que aumenta a sanção do artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) para quem praticar maus-tratos aos animais, deixando de ser um crime de menor potencial ofensivo como o exemplo da primeira prisão que aconteceu no Brasil pelo crime de maus-tratos aos animais.

Palavras chave: Tutela jurídica dos animais. Maus-tratos aos animais. Projeto-Lei 11.210/2018. Prisão por maus-tratos.

ABSTRACT

The work in question aims to analyze the legal protection granted to animals, verifying whether the protection provided in Brazilian legislation against abuse is effective. Also, the concept of animals distinguishing domestic from wild, as well as their treatment in the general scenario of Brazilian law. Following the legislative evolution of animal protection in Brazil and in the world, and the importance of constitutionalizing on the designation of animals as a fundamental right. As well as, the study of the Bill 11.210 / 2018, which increases the sanction of article 32 of Law 9.605 / 1998 (Environmental Crimes Law) for those who practices animal abuse, ceasing to be a less dangerous potential crime such as example of the first arrest that took place in Brazil for the crime of animalabuse.

Keywords: Legal protection of animals. Animal cruelty. Bill 11.210 / 2018. Imprisonment for animal abuse.

¹ Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, Disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professora Mestra do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Práticas Transculturais pela Unifacvest.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho de conclusão de curso tem como tema a análise da TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS FRENTE AO PROJETO LEI 11.210/2018, que visa um aumento da sanção imposta no artigo 32 da lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais).

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo aumento das penalidades aos maus-tratos e crueldade contra os animais, demonstrando a importância de serem criadas novas leis para reprimir a impunidade das pessoas que concorrem com essa prática, bem como, os direitos que estes seres têm garantidos em conformidade com a legislação, visando seu bem-estar, sobrevivência e o futuro diante da humanidade.

Isso corresponde à problemática do presente artigo, cujos vislumbra diariamente nas notícias, questões envolvendo maus tratos, abandono e até mesmo à extinção de muitas raças. Dessa maneira, o Brasil precisa urgentemente de políticas públicas eficientes e fiscalizadoras para punir essas atitudes e preservar o direito e a vida dos animais.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral abordar a tutela jurídica dos animais como um todo, visando sua proteção pelo respaldo jurídico presente na legislação brasileira, norma constitucional e os benefícios das penalidades impostas no Projeto Lei 11.210/2018 após sua aprovação.

Como objetivos específicos, analisar a eficácia da proteção concedida aos animais; norma constitucional do artigo 225 Constituição Federal do Brasil de 1988 como um direito fundamental de proteção ao Meio Ambiente que inclui os animais; e um menor índice de maus-tratos com o aumento das sanções impostas no artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) através da proposta do novo Projeto-Lei em estudo.

A metodologia utilizada neste trabalho são as pesquisas doutrinárias, tanto em artigos, livros, revistas, inclusive em meios eletrônicos e/ou digitais disponíveis na internet, bem como, leis, e aparatos jurídicos para esclarecer com mais exatidão os acontecimentos referentes aos maus-tratos contra os animais, tratando-se assim de uma pesquisa bibliográfica.

Para melhor compreensão do tema, será desenvolvida uma primeira parte voltada na evolução histórica dos direitos dos animais, adentrando na conceituação e tratamento jurídico a eles concedidos.

Posteriormente, será examinada a evolução legislativa da proteção aos animais no âmbito internacional e nacional, cuja evolução de grande relevância para o direito animal.

Por fim, será analisada a proposta e a tramitação do Projeto Lei 11.210/2018, e sua importância de deixar de ser um crime de menor potencial ofensivo, acompanhado da primeira prisão pelo crime de maus-tratos aos animais no Brasil.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

A história dos direitos dos animais é mais antiga do que se pode imaginar, desde o século VI a. C., já havia um debate sobre a presença dos direitos concedidos aos

animais.

O filósofo Pitágoras acreditava em uma transmissão de almas, defendendo o respeito aos animais complementando que o homem que semeia a morte, não pode colher o amor e enquanto assim agir, destruindo sem piedade os animais, nunca terá saúde, alegria, e tranquilidade em seu Espírito (LEVAI, 1998).

Em outras palavras, no entendimento de Pitágoras, os indivíduos que plantam o mal não podem colher o bem, como os que dizem aos animais, dizimarão a si mesmo.

Entretanto, em posicionamento contrário ao de Pitágoras, Aristóteles, também no século VI a. C., argumentava que os animais não fazem parte da mesma classificação dos seres humanos, enfatizando que são seres irracionais e servem como instrumentos para o contento do homem. (MÓL; VENANCIO, 2014).

Assim, o filósofo Aristóteles acreditava que os animais por serem irracionais poderiam ser usados para a satisfação das necessidades do homem, classificando-os de forma hierárquica como inferiores aos humanos.

No século XVII, o filósofo René Descartes, no mesmo sentido de Aristóteles, argumentava que os animais não tinham alma, e que por consequência disso não sentiam dor ou prazer, nem ao menos pensavam, os comparando como meras máquinas, e que por esse motivo, deveriam ser usados sem piedade podendo até mesmo serem maltratados. (DESCARTES, 1987).

Conforme o posicionamento de René Descartes, os animais não eram seres sencientes, ou melhor, não sentem dor, nem possuem sentimentos, considerando-os como meras máquinas para o uso do bem comum do homem.

Já no século XX em meados dos anos 70, com o propósito direcionado para a condição moral dos animais, Singer na sua obra *Libertação Animal*, afirmou que o princípio ético da igualdade humana nos obriga ter a mesma consideração ante os animais. Relatou ainda que a defesa da igualdade não depende da inteligência, da capacidade moral, da força física ou características semelhantes. A igualdade é uma ideia moral, e não a afirmação de um fato. (SINGER, 2004).

Contextualizando o entendimento de Singer, defendia sua posição contra o abuso dos humanos em face dos animais, que deveriam ser tratados como seres que possuem sentimentos, não como um “objeto” usado para interesses humanos. Desde a data do lançamento do livro de Singer, até os dias atuais, é notório o crescimento dos direitos concedidos aos animais no mundo.

2.1 Conceito e tratamento jurídico aos animais

Vive-se em uma sociedade que é comum ter em nossas casas animais de estimação, os quais para muitos são tratados como se fossem da própria família, e também, não menos importantes, os animais silvestres, que vivem nas florestas em seu habitat natural, que estão presentes na Terra.

Diante de toda essa situação, é importante conhecer o real significado dos animais e nesse viés, já que no direito brasileiro não existe uma definição do conceito de animais, busca-se definições sobre.

Assim, de acordo com o editorial *QueConceito* (2018, s.p):

O termo animal se refere a todos os seres vivos que sentem e se movem por seu próprio impulso, mas que se diferenciam dos seres humanos simplesmente pela falta de razão, ou seja, em sua maioria, os animais apresentam sentidos como o olfato, a visão, a audição a um nível superior de desenvolvimento dos seres humanos, entretanto, se diferenciam por sua incapacidade de raciocinar e porque basicamente como consequência desta situação passa por um comportamento extremamente instintivo.

Identifica-se, que é considerado animal os seres vivos que se movem por si mesmo, no entanto, se diferenciam dos humanos apenas pela “incapacidade” de razão, porém, muitos apresentam sentidos como olfato, visão e audição em níveis superiores aos dos seres humanos, como cães, águias, lobos, entre outros.

Insta salientar, que há distinções entre os animais, tem-se os domésticos que são caracterizados como de companhia, e os animais silvestres, dentre eles os nativos ou exóticos, nesse sentido, preceitua o autor Lopes (2019, p.08):

São considerados silvestres aqueles de espécie nativa que vivem, mesmo que por um breve período, dentro dos limites do Território Brasileiro e, dentro desta categoria, se encontram os animais silvestres exóticos, os quais não se encontram no Brasil, incluindo, contudo, animais que o homem introduziu em nossa distribuição geográfica, em sua forma selvagem.

Nota-se, que os animais silvestres que tem sua origem no território brasileiro, são considerados como nativos. Logo em relação aos exóticos, estes vivem fora do Brasil, mas, podem ser introduzidos pelo homem no território nacional sendo classificados como animais selvagens originados de outros países, como por exemplo, as zebras, girafas, entre outros.

Já os animais domésticos, possuem características diferentes em relação aos silvestres, pois podem apresentar particularidades comportamentais e genéticas distintas das suas espécies de origem.

Nesse contexto, Zago (2008, p.10) pontua:

Todos aqueles animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico tornaram-se domésticas, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo apresentar fenótipo variável, diferente da espécie que os originou, como por exemplo, o cachorro, a galinha, e o cavalo.

Diante de tais circunstâncias, através do convívio do homem com os animais, e também de processos científicos, os animais foram se tornando domésticos e/ou domesticados, assim sendo, em muitas vezes, dependentes do homem.

Em relação ao tratamento dos animais no âmbito jurídico internacional, é de suma importância relatar que em outros países, os animais deixaram de ser considerados “coisas” e passaram a ser considerados seres vivos, com a devida garantia de seus direitos preservados. Constata-se na explicação de Souza e Souza (2018, s.p):

No dia 12 de dezembro de 2017, a Câmara Baixa do Parlamento espanhol aprovou, por unanimidade, mudanças no Código Civil, na Lei Hipotecária e no Código de Processo Civil espanhóis com o objetivo de alterar o status jurídico dos animais, de coisas para seres vivos. Agora, a reforma inicia seu caminho dentro do Parlamento, podendo, ainda, sofrer emendas. A Espanha, com esse aperfeiçoamento legal, juntar-se-á ao seletivo grupo de países — Alemanha, Áustria, Suíça, França e Portugal — que já modificou o estatuto legal dos animais.

Nesse viés, tanto a Espanha quanto Alemanha, Suíça, França e Portugal, estão dando a real importância dentro de suas legislações para que estes seres vivos, ou seja, os animais tenham o respaldo que merecem visando garantir seus direitos, sua existência, e seu bem-estar.

A partir de uma interpretação do sistema jurídico brasileiro, adentrando em uma breve análise do tratamento jurídico concedido aos animais nos diversos ramos de direito, nota-se que cada área trata os animais de diferentes maneiras, sendo importante distingui-las com uma sucinta inspeção das variadas áreas do ordenamento jurídico, e também, o título que cada uma delas lhes confere.

Os animais são objetos de direito e não sujeitos de direito. Ademais, pelo Código Civil vigente em seu livro II, os animais continuam sendo coisas ou semoventes de propriedade particular; já no Direito Penal o animal é um objeto material e não vítima; e no Direito Ambiental, em uma breve análise, os animais são considerados recursos naturais ou bens de uso comum do povo, imprescindíveis à biodiversidade (STRAZZI, 2014).

Nesse ínterim, a legislação brasileira trata os animais de diversas maneiras em cada ramo do direito, porém, tal tratamento ainda está obsoleto, pois a direção deste estudo visa uma diferente titulação aos animais no direito pátrio, buscando uma maior proteção, à dignidade devida que os animais merecem e a defesa de seus direitos fundamentais reconhecidos pela respeitosa Constituição Federal de 1988.

2.2 Personalidade Jurídica dos animais

A personalidade jurídica é outorgada para todos os seres humanos nascidos com vida, assim estabelece Gagliano(2014, p.88): “aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”.

É o conceito básico ligado à ideia de pessoa, e se expande para todos os seres humanos. Pessoa, por sua vez, é todo ente físico ou coletivo que pode adquirir direitos e contrair obrigações, também podendo ser chamados de sujeitos de direitos (DINIZ, 2015).

Como já mencionado, todos os seres humanos são titulares de direitos, mas, no que se refere aos animais, os quais merecem um tratamento no “mínimo” adequado comparado ao que os seres humanos recebem, uma vez que, mesmo sendo diferentes geneticamente, também são seres vivos.

Nesse sentido, segundo Dias (2006, p.119):

Apesar de a maioria das doutrinas pregarem que tais direitos são apenas ligados à pessoa humana, também são direitos que todos os seres vivos possuem, ou seja, mesmo que os animais não sejam biologicamente semelhantes aos seres humanos, estes também possuem direitos como o direito à vida, à liberdade e à dignidade.

Não obstante, atualmente os animais não são vistos desta maneira, são tratados pelo Código Civil vigente como bens de uso comum, reduzidos a semoventes. Assim, mesmo que os animais tenham diversas normas que lhes concedem direitos, ainda não são considerados como sujeitos de direitos.

Nessa acepção, relata Gonçalves (2011, p.100):

Os animais não são considerados sujeitos de direitos, embora mereçam proteção. Por essa razão, não têm capacidade para adquirir direitos. Não podem, por exemplo, ser beneficiados em testamento, a não ser indiretamente, sob a forma de encargo, imposto a herdeiro testamentário, de cuidar deles.

O referido diploma legal, não caracteriza os animais como personagens detentores de direitos, excluindo-os da parte de onde são inseridos os sujeitos, classificando-os pelo *status* de “coisa”, pois eles têm movimento próprio, sendo um “bem” com entonação econômica. Assim, determina o artigo 82 do Código Civil: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

Em contrapartida, os animais são considerados como sujeitos de direitos em alguns países da Europa, o que atesta que o ordenamento jurídico brasileiro não combina com a evolução das demais ciências, pois até o período atual são considerados como objetos pelo Código Civil. (SANTOS, 2020).

Nesse contexto, foi aprovado pelo Senado em 07 de agosto de 2019, o Projeto Lei 27/2018, o qual foi encaminhado para a Câmara dos Deputados onde se originou, pois foram feitas modificações pelos senadores. O projeto acrescenta um novo dispositivo na Lei 9.605/1998 e determina em sua ementa, que os animais possuem natureza jurídica “*sui generis*” de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como “coisa”.

3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO DIREITO INTERNACIONAL E NACIONAL

Com o passar dos anos, o homem veio explorando os animais como objetos por pura ganância sem ao menos se preocupar com o que poderia acontecer com eles no futuro, se preocupando apenas com o lado econômico que por consequência, trouxe consigo diversos danos ambientais, tal prática exploratória levou várias espécies à extinção, como o Gritador-do-nordeste, Arara-azul-pequena, Tubarão-lagarto, entre outros.

No âmbito internacional, em 1641, foi aprovado o primeiro código legal, cuja finalidade era proteger as garantias individuais dos animais domésticos na América, tendo como base o texto legal “*The Body of Liberties*” compilado pelo puritano Na-

thaniel Ward. Em um dos artigos do referido código dizia que nenhum homem exercerá qualquer tirania ou crueldade contra qualquer criatura bruta que seja mantida para o uso humano. (ABREU, 2015).

Nesse ínterim, também visando à proteção dos animais, outros países como a Inglaterra, Alemanha e Itália, aprovaram leis de proteção animal para coibir os maus-tratos e a crueldade, com ênfase para Inglaterra, que foi autora da criação de dois códigos legais para tutelar os animais.

O ano de 1822 foi marcado pelo começo dos movimentos de proteção animal, ano em que a Inglaterra apresentou o código legal “*British Cruelty to animal*” que tinha por objetivo proibir atos cruéis contra os animais. Já em 1838 e 1848, a Alemanha e a Itália, respectivamente, desenvolveram normas contra a crueldade e os maus-tratos. Em 1911, novamente a Inglaterra com o objetivo de controlar as práticas humanas ante os animais inovou outro diploma legal, o chamado “*Protection Animal*”. (FERREIRA, 2018).

É perceptível, o esforço dos países supracitados no desenvolvimento de normas para proteger os animais dos atos severos praticados pelo homem. Assim, com o desenvolvimento desses diplomas legais, acarretou em uma maior salvaguarda dos seres não-humanos.

No que tange ao tráfico internacional de animais silvestres, é considerável mensurar que o Brasil é signatário da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagem em Perigo de Extinção, tal convenção foi elaborada em Washington no dia 03 de março de 1973, a qual regulamenta o comércio internacional de animais, proibindo que a comercialização se estenda aos seres que correm o risco de extinção. (GOMES e CHALFUN, 2010).

Como visto, existem diversas legislações internacionais para tutelar os animais sendo talvez a mais importante delas, que foi proclamada no dia 27 de janeiro de 1978, em Bruxelas (UNESCO, 1978), ou seja, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

As regras desta declaração nas palavras de Mól (2016, p.80), “[...] servem de norte para a elaboração de normas internas relativas aos animais. O conteúdo do texto dessa declaração reflete a dignidade almejada pelos abolicionistas aos animais”.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais, em seu preâmbulo, manifesta o engajamento com a proteção aos direitos dos animais, algo que não fora encontrado ainda de forma mais incisiva em outros tratados ou legislações específicas do direito internacional, isto é, confere a devida proteção para estes seres não-humanos, prezando pelo respeito que os seres humanos devem ter com eles, os quais deveriam ser ensinados desde a infância.

Deste modo, segue o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos dos Animais *in verbis*, da Unesco (1978, s.p):

Considerando que todo animal possui direitos; considerando que o desconhecimento e o desprezo destes direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza; considerando que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo; considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há o perigo de continuar a perpetrar

outros; considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante; considerando que a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais [...].

A declaração supracitada traz referências sobre os cuidados que devem ser concedidos aos animais. Porém, infelizmente o Brasil não assinou o acordo que por consequência, não tem efeitos jurídicos em caráter nacional, mas esta declaração vem servindo como fonte para a aplicação de direito comparado.

A evolução legislativa da proteção jurídica dos animais no direito brasileiro, teve o seu primeiro apontamento contra o abuso e a crueldade aos animais em 1886, sendo chamado de Código de Posturas do Município de São Paulo/SP, que proibia os condutores de carroças maltratar seus animais podendo lhes aplicar a pena de multa entre outras sanções. (LEVAI, 2012).

No âmbito nacional, a primeira legislação referente à proteção aos animais surgiu no século XX através promulgação do Decreto Federal 24.645/1934, atualmente revogado, que transformava em contravenção penal os maus-tratos contra os animais.

Dentre as medidas presentes no Decreto 24.645/1934, cabe destacar as seguintes:

Art. 3º Consideram-se maus tratos:

I - praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;

II - manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;

III - obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento para deles obter esforços que, razoavelmente, não se lhes possam exigir senão com castigo;

IV - golpear, ferir ou mutilar, voluntariamente, qualquer órgão ou tecido de economia, exceto a castração, só para animais domésticos, ou operações outras praticadas em benefício exclusivo do animal e as exigidas para defesa do homem, ou no interesse da ciência;

V - abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária; [...]. (BRASIL, 1934, s.p)

Tal Decreto foi promulgado em 1934 pelo Presidente Getúlio Vargas, que trouxe um tratamento significativo no desenvolvimento da proteção dos animais, cujo inovador para época.

Além do aludido Decreto, em 1979 editaram a Lei 6.338/1979 que tratava da vivisseção de animais e foi revogada pela lei 9.605/1998 Lei de Crimes Ambientais. Por conseguinte, outras leis federais relacionadas à tutela dos animais no tocante a fauna, pode-se mencionar as seguintes: Lei 4.771/1965 (Código Florestal), Lei 5.197/1967 (Lei de Proteção à Fauna), Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública), que torna o Ministério Público guardião da natureza. (SPAREMBERGUER e LACERDA, 2015).

Em 1987 publicaram a Lei 7.643/1987, proibindo a pesca de cetáceos (baleias, botos e golfinhos) em águas no território brasileiro, além disso, outras leis surgiram com o passar dos anos, como a Lei 9.605/1998, que destaca sobre as sanções administrativas e penais para comportamentos lesivos ao meio ambiente; Lei 10.519/2002

que dispõe sobre a fiscalização de defesa animal em face realização dos rodeios.

Já a constitucionalização dos direitos dos animais veio acompanhada da nova Constituição Federal de 1988, tornando o Brasil como um dos poucos países em caráter mundial a vedar a crueldade em desfavor dos animais uma vez que consta em seu artigo 225, § 1º, inciso VII a vedação às práticas cruéis contra os animais. (FERREIRA, 2017).

O referido artigo da Carta Magna aduz o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e à proteção da fauna e flora no qual também se incluem os animais, tornando esse dever do poder público e da sociedade, os quais devem proteger e preservá-los.

Nessa continuidade, vejamos o artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. (BRASIL, 1988, s.p)

A Carta Magna incorporou o direito ao meio ambiente como um direito fundamental, e traz com ela a preservação e a tutela dos animais, superando o campo jurídico e constatando uma preocupação ética e moral com o meio ambiente e todos que nele habitam (SILVA, 2009).

No mesmo sentido, se tratando da proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais o autor Medeiros (2004, s.p) leciona:

O Direito à proteção Ambiental representa mais do que a descrição da existência de um direito: é um direito de proteção ao meio ambiente, é um direito portador de uma mensagem de interação entre o homem e a natureza, para que se estabeleça um relacionamento mais harmonioso e equilibrado. Não é de surpreender que esse seja um Direito de caráter horizontal, representando um direito fundamental de caráter erga omnes, recobrando diferentes ramos do Direito clássico, procurando estabelecer uma interação entre eles de forma que o âmago do direito ambiental penetre no ordenamento jurídico para os orientar em um sentido ambientalista.

No tocante a Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), em seu artigo 32 cujo alvo da alteração proposta pelo Projeto Lei 11.210/2018 fonte principal do presente trabalho, em consonância com a Constituição Federal de 1988 que preceitua expressamente no artigo 225, § 1º, inciso VII já mencionado, a vedação às práticas de maus-tratos aos animais.

Trazendo sanções para os agentes praticantes de atos cruéis, vejamos:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - deten-

ção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, 1998, s.p)

A lei não distingue animais silvestres, nativos ou domesticados, protegendo todos os animais de forma igualitária, demonstrando uma real preocupação com os direitos dos animais contra atos cruéis.

Entretanto, não define precisamente qual seriam os atos de crueldade e maus-tratos, deixando assim, uma vasta gama de interpretações jurídicas que nem sempre os favorecem.

4 ANÁLISE DO PROJETO LEI 11.210/2018 X A PRIMEIRA PRISÃO POR MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS NO BRASIL

Diante da necessidade de uma melhor regulamentação sobre a proteção jurídica dos animais contra os maus-tratos, adentrando em uma análise sobre o Projeto Lei 11.210/2018 de autoria do Senador Randolfe Rodrigues (Rede-AP), o qual altera o artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) que tem por objetivo, elevar a pena de maus-tratos aos animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, para reduzir de forma significativa a impunidade de quem comete tamanho crime.

A justificativa do projeto que motivou o senador Randolfe Rodrigues, foi o espancamento de uma cadela até a morte por um segurança colaborador de uma das filiais da rede se supermercados Carrefour no município de Osasco-SP.

A proposta já foi aprovada pelo Senado Federal e será analisada em caráter conclusivo pelas comissões de Pecuária, Agricultura, Abastecimento e Desenvolvimento Rural; de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável; e de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Seguindo com a análise do projeto condutor deste trabalho, é imprescindível mensurar como ficará o novo texto do Projeto Lei 11.210/2018, que como já mencionado acima, trará uma alteração na íntegra do artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais).

Nesse sentido, segue uma parte de como ficará o artigo 1º do Projeto Lei 11.210/2018 após sua esperada aprovação:

Art. 1º O art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 32. Praticar ato de abuso ou maus-tratos ou ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, ainda que por negligência: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa [...] (BRASIL, 2018, s.p)

A proposta eleva a pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos mantendo-se a multa, sendo que atualmente o texto original do artigo 32 da Lei 9.605/1998, impõe a

pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção e multa, fazendo-se um crime de menor potencial ofensivo, o que impede o cabimento de uma prisão em flagrante para os autores de fato praticantes de maus-tratos mesmo após a lavratura do termo circunstanciado. O projeto de lei, ainda prevê multa para estabelecimentos comerciais concorrentes da prática de maus-tratos, mesmo que por negligência, impõe alguns critérios conforme os incisos do texto do projeto de lei.

Nessa acepção, seguindo com o artigo 1º do Projeto Lei 11.210/2018, in verbis:

[...] § 3º Os estabelecimentos comerciais que concorrerem para a prática de maus-tratos, diretamente, ainda que por negligência, serão penalizados com multa de 1 (um) a 1.000 (mil) salários-mínimos, cujo valor será destinado a entidades de recuperação, reabilitação e assistência de animais, observados os seguintes critérios:

I – a gravidade e a extensão da prática de maus-tratos;

II – a adequação e a proporcionalidade entre a prática de maus-tratos e a sanção financeira;

III – a capacidade econômica da corporação sancionada.

§ 4º A sanção prevista no § 3º deste artigo será dobrada a cada caso de reincidência.

§ 5º Não configuram os atos previstos no caput deste artigo os esportes equestres e a vaquejada. (BRASIL, 2018, s.p)

O novo texto, também estabelece o aumento da pena financeira de 1 (um) até 1.000 (mil) salários-mínimos para os estabelecimentos comerciais que praticarem maus-tratos aos animais, e será dobrada nos casos de reincidência. O valor arrecadado das sanções financeiras será destinado em apoio a entidades que cuidam, recuperam e reabilitam animais.

Os critérios para a fixação da multa financeira para estes estabelecimentos serão de acordo com a gravidade e a dimensão dos maus-tratos; a adequação e a proporcionalidade entre a prática de maus-tratos; e a capacidade econômica de qualquer estabelecimento a ser multado.

O texto do projeto, não inclui os esportes equestres e a vaquejada ou laço esportivo, que foram considerados como bens culturais, alvo da Lei 13.364/2016, devendo ter regulamentos específicos para a concorrência de todos os esportes permitidos pela lei para assegurar à proteção e o bem-estar desses animais, prevendo punições para os casos de descumprimento.

Por outro lado, para efeitos de comparação com vistas à Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), que ainda trata o crime de maus-tratos aos animais como uma conduta de menor potencial ofensivo, exceto, quando se trata de cães e gatos cujo são comparados pela mais nova Lei 14.064/2020 que será vista adiante.

Nesse seguimento, é interessante destacar o julgado do Tribunal Regional Federal da 3º Região TRF-3:

DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. MAUS TRATOS CONTRA ANIMAL. ART. 32 DA LEI N.º 9.605/1998. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA. DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA PARA A TURMA RECURSAL. 1. Preli-

minar levantada pela Procuradoria Regional da República acolhida, para remeter os autos à Turma Recursal Criminal de São Paulo, tendo em vista que o fato imputado inclui-se no conceito de crime de menor potencial ofensivo. 2. O crime do art. 32, § 2º, da Lei nº 9.605/98, punível com pena máxima de um ano e quatro meses de detenção, constitua infração penal de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei nº 9.099/95 e art. 2º da Lei nº 10.259/2001, configurando-se a competência da Turma Recursal do Juizado Especial Federal. 3. Acolhida preliminar para declinar da competência para Turma Recursal Criminal. (TRF-3 – RSE: 00089860920174036181 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, Data de Julgamento: 26/03/2019. DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/05/2019).

Como visto, o crime tipificado no artigo 32 da Lei 9.605/1998 é considerado como um crime de menor potencial ofensivo, pois sua pena máxima não ultrapassa 2 (dois) anos. Assim, a competência para o julgamento é fixada pelo rito dos Juizados Especiais Criminais, o qual concede alguns benefícios para os réus que cometerem tal crime.

Nessa perspectiva, a 1ª Turma Recursal do Estado do Paraná, prolata sua decisão minorando a pena imposta pelo 1º Juizado Especial Criminal de Maringá/PR:

APELAÇÃO CRIMINAL – DELITO DE MAUS TRATOS DE ANIMAIS – ARTIGO 32, CAPUT DA LEI 9605/1998 – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA – PENA MINORADA. Recurso conhecido e parcialmente provido. O acusado Ary Marcos Borges da Silva e Canil Escola Emanuel LTDA – ME foram denunciados pela prática do crime previsto no artigo 32, caput, da Lei n.º 9.605/1998, conforme narrado na denúncia. A sentença singular de evento 133 julgou procedente a denúncia, condenando os réus como incurso nas penas do crime previsto no artigo 32, caput, da Lei n.º 9.605/1998. O denunciado Ary Marcos Borges da Silva foi condenado à pena de 6 meses de detenção, em regime aberto, e a 30 (trinta) dias-multa, em razão de 1/30 do salário-mínimo, a qual foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade; já o Canil Escola Emanuel LTDA – ME. Foi condenado ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, em razão de 1/10 do salário-mínimo, totalizando 03 salários-mínimos nacionais vigentes à época do fato delituoso, e a pena restritiva de direitos, consistente em interdição temporária do estabelecimento CANIL EMANUEL, enquanto não se adequasse à legislação. (TJ-PR – APL: 00155151520148160018 PR 001551515.2014.8.16.0018 (Acórdão), Relator: Juíza Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso, Data de Julgamento: 23/02/2017, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 23/02/2017).

Sendo assim, é importante que seja aprovado o Projeto Lei 11.210/2018, pois aumentará a punição para quem cometer maus-tratos, elevando a pena máxima para 4 (quatro) anos, assim, deixa de ser um crime de menor potencial ofensivo não permitindo, por exemplo, que seja concedido o benefício de Transação Penal para os praticantes desse crime. Resumindo, aquele que fere, mutila ou mata animais, a pena poderá ser convertida em penas restritivas de direitos ou multa, mas, com a aprovação do Projeto

de Lei, tais benefícios não serão aplicados.

Nesse sentido, é valioso destacar a necessidade de existir penas mais duras para diminuir o crime de maus-tratos aos animais, como o exemplo da primeira prisão efetuada no Brasil através da nova Lei 14.064 de 29 de setembro de 2020, sancionada recentemente pelo atual Presidente da República, que em consonância com o projeto de lei em estudo, ataca o artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) e criou uma qualificadora no referido artigo aumentando a pena para quem for flagrado cometendo tal crime.

Assim, determina o texto da Lei 14.064/2020 nos seguintes termos:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.

Art. 2º O art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A:

Art.32.

.....

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2020, s.p)

A nova lei inviabiliza a possibilidade de se arbitrar valor de fiança no caso de prisão em flagrante, não cabendo às hipóteses previstas no artigo 322 do Código Penal, o qual, autoriza ao Delegado de Polícia fixar fiança nos crimes com penas não superior a 4 (quatro anos). Também, descaracteriza a possibilidade da substituição de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, devendo os agressores serem encaminhados à prisão. (PEREIRA, 2020).

Anteriormente, a legislação alvo da alteração aplicava a pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção, logo, com a nova lei, quem for condenado pelo crime tipificado contra cães e gatos poderá ser punido com pena de 2 (dois) até 5 (cinco) anos de reclusão, tornando a sanção mais dura que o texto anterior.

A ocorrência da primeira prisão por maus-tratos no Brasil foi lavrada no dia 19 de outubro de 2020 no município de Ijuí/RS, e foi registrado o flagrante através de filmagens via celular de uma jovem. A agressora foi uma idosa de 73 anos que amarrou um fio de luz na garganta do cachorro e ergueu o animal ficando suspenso no ar. Ainda no local da ocorrência, tinha mais 7 (sete) cachorros vivendo em condições insalubres. A senhora foi encaminhada para a delegacia, e o delegado Amílcar Souza Neto, descobriu que já haviam vários termos circunstanciados recentes feitos contra a mulher por maus-tratos. Constatado o flagrante, a encaminharam para a Penitenciária Modulada de Ijuí/RS. (CARLINI, 2020).

Apesar de ser apenas para animais de estimação, mais especificadamente cães e gatos, a nova lei é um grande passo para o direito brasileiro e provavelmente servirá como fonte basilar para o desenvolvimento de outras medidas que visam não só a proteção de uma pequena gama de animais, mas de diversos deles, no qual entra o Projeto Lei 11.210/2018 em estudo, que também abrange os animais domésticos, e ainda vai além, incluindo os animais silvestres, nativos ou exóticos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho, vislumbrou-se uma breve análise histórica dos direitos dos animais, a conceituação e o tratamento jurídico concedido a eles, e também, a sua personificação jurídica considerando que os animais ainda são “objetos de direitos e não sujeitos de direitos”, ou seja, continuam sendo tratados como “coisas ou bens”, permitindo assim, que a sociedade os trate como patrimônio, exaurindo ainda mais o esforço da tentativa de protegê-los presentes na Constituição Federal de 1988, e na Lei de Crimes Ambientais.

Secundariamente, a evolução legislativa no âmbito internacional e nacional de proteção aos animais, que veio se modificando conforme as necessidades existentes para a proteção contra os maus-tratos. Enfatizando o direito ao meio ambiente que foi incorporado na Carta Magna, como um direito fundamental na qual se inclui os animais. É notória a preocupação do homem com os animais, os quais vêm alterando a legislação para a proteção dos mesmos, porém, muitos animais no Brasil e no mundo ainda sofrem sendo molestados, abandonados, e muitas espécies correndo o risco de serem extintas.

Por conseguinte, averiguando o item quatro do trabalho em epígrafe, teve como análise o Projeto Lei 11.210/2018, que defende o aumento das sanções impostas no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais. Também, vistas ao primeiro caso de prisão pelo crime de maus-tratos no Brasil através da nova lei 14.064/2020, que mesmo sendo apenas para cães e gatos, reforça e abre precedentes ainda mais fortes para a aprovação do projeto de lei estudado, abrangendo assim, diferentes tipos de animais.

Em última análise, conclui-se que, com a aprovação do Projeto Lei debatido, os crimes contra os animais deixarão de ser caracterizados como condutas de menor potencial ofensivo, o que acarreta em uma maior punição para os autores desse crime. Assim, será um grande avanço para o direito dos animais contra os maus-tratos desses seres, cujo tema é de grande repercussão nacional. Também, além do aumento da punição, é preciso incentivar as pessoas para que não cometam esses atos repugnantes ensinando a importância que os animais têm para a sociedade, e caso cometam essas infrações, saibam que já existem leis para a protegê-los, sendo ensinado através do sistema educacional, iniciando pelas crianças para ter adultos conscientes da importância de preservar e respeitar os animais, que merecem ser tratados de maneira igual e equilibrada.

REFERÊNCIAS

ABREU, N. C. F. **A evolução dos Direitos dos Animais**: um novo e fundamental ramo do direito. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 14/out/2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27/jul/2020.

_____. **Decreto 24.645, de 10 de jul. de 1934**. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/out/2020.

_____. **Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965**. Institui o novo Código Flores-

tal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/set/2020.

_____. **Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967.** Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br.htm>. Acesso em: 17/set/2020.

_____. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/set/2020.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/set/2020.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/set/2020.

_____. **Lei 7.643 de 18 de dezembro de 1987.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/set/2020.

_____. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29/out/2020.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18/nov/2020.

_____. **Lei 10.519 de 17 de julho de 2002.** Dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22/out/2020.

_____. **Lei 13.364 de 29 de novembro de 2016.** Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. (Redação dada pela Lei nº 13.873, de 2019) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/set/2020.

_____. **Lei 14.064, de 29 de setembro de 2020.** Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29/out/2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto Lei nº 11.210/2018.** Disponível em: <https://>

www.camara.leg.br. Acesso em: 27/jul/2020.

CARLINI, L. **Primeira prisão por maus tratos aos animais é efetuada em Ijuí**. Disponível em: <http://www.clicjm.com>. Acesso em: 21/out/2020.

DESCARTES, R. **Discurso do método: as paixões da alma**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

DIAS, E. C. Os animais como sujeitos de direito. In: **Revista Brasileira de Direito Animal**. vol. 1, nº. 1, p. 119, Salvador 2006.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: “Das Pessoas”: “Personalidade”**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA, A. R. **Animais como sujeitos de direitos: Análise do Habeas corpus nº 8333/2005**. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2017.

FERREIRA, C. P. O. **Evolução da proteção jurídica dos animais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 14/out/2020.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA, R. F. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, R.; CHALFRUN, M. **Direito dos animais – um novo e fundamental direito**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br>. Acesso em: 16/out/2020.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil esquematizado**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEVAI, F. L. **Direito dos animais**. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão, São Paulo: Editora Mantiqueira, 1998.

_____. **A luta pelos direitos animais no Brasil: passos para o futuro**. p. 180. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2012.

LOPES, J. M. **Animais domésticos: O papel que exercem na sociedade e seu status no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2019.

MEDEIROS, F. L. F. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MÓL, S.; VENANCIO, R. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 14, 2014.

MÓL, S. **Carroças Urbanas & Animais: Uma análise ética e jurídica**. Rio de Janeiro – RJ: Editora Lúmen Juris; 2016.

PEREIRA, J. B. Visão jurídica da novíssima Lei n. 14.064/20 que pune crime de maus-tratos contra cães e gatos. Seres sencientes e a nova dogmática dos sujeitos de direito.

Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6300, 30 set. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 21/out/2020.

QUE CONCEITO. **Conceito de Animal.** São Paulo, 2018. Disponível em: <https://que-conceito.com.br>. Acesso em: 22/set/2020.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica.** 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

SANTOS, J. R. **A proteção aos animais no Brasil:** objetos ou sujeitos de direitos? Disponível em: <https://www.direitonet.com.br>. Acesso em: 18/nov/2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara nº 27/2018.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br>. Acesso em: 18/nov/2020.

SILVA, T. T. A. Fundamentos do direito animal constitucional. São Paulo: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009.

SINGER, P. **Libertação Animal.** Porto Alegre - RS: Lugano, 2004.

SOUZA, F. S.; SOUZA, R. S. **Direito civil atual:** A tutela jurídica dos animais no Direito Civil contemporâneo (parte 1). 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 22/set/2020.

SPAREMBERGES, R. F. L.; LACERDA, J. **Os animais no direito brasileiro:** desafios e perspectivas. Revista AmicusCuriae – Direito – Universidade do Extremo Sul Catarinense. p. 184-202, 2015.

STRAZZI, A. **Direitos dos animais:** dever do Estado? Parte 1. Disponível em: <https://alessandrastrazzi.adv.br>. Acesso em: 25/out/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Recurso de Apelação. APL: 0015515-15.2014.8.16.0018 PR.** Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br> Acesso em: 18/out/2020

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª Região TRF-3. **Recurso em Sentido Estrito. RSE: 0008986-09.2017.4.03.6181-SP.** Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 16/nov/2020.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais.** Disponível em: <http://www.urca.br>. Acesso em 16/out/2020.

ZAGO, D. C. **Animais da fauna silvestre mantidos como animais de estimação.** Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2008.

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET

Arnon Guilherme Fortes de Jesus¹
Caroline Ribeiro Bianchini²
Cassandro Albino Devenz³
Dagmar Dengo⁴

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a violação dos Direitos Autorais na Internet. Para tanto, iniciou-se a pesquisa com base em análise bibliográfica física e digital. Nisto realizou-se um levantamento histórico do direito autoral partindo desde as primeiras concepções sobre a matéria ventiladas na antiguidade, sua reformulação durante a idade média com o advento da imprensa até a elaboração dos tratados e convenções que norteiam o direito autoral ao redor do mundo nos dias atuais. Em seguida é destacado o desenvolvimento da matéria em nosso País junto a sua evolução legislativa. Uma vez com o avanço tecnológico a legislação que versa sobre o direito do autor no Brasil passou por algumas modificações buscando-se equiparar-se a mesma linha de raciocínio do sistema legislativo internacional. Desta forma o terceiro capítulo versa sobre a identificação da violação dos direitos autorais com enfoque na esfera digital, abordando a pirataria digital junto das limitações do direito autoral e a legislação vigente, consoante à verificação das principais jurisprudências acerca do tema em nosso ordenamento jurídico.

Palavras chave: Direitos autorais. Internet. Violação. Pirataria.

ABSTRACT

This work aims to analyze the violation of Copyright on the Internet. To this end, the research was started based on physical and digital bibliographic analysis. In this, a historical survey of copyright was carried out, starting from the first conceptions on the subject ventilated in antiquity, its reformulation during the Middle Ages with the advent of the press, until the elaboration of treaties and conventions that guide copyright around the world in the United States. Current days. Then the development of the matter in our country is highlighted along with its legislative evolution. Once with the technological advancement, the legislation that deals with copyright in Brazil has undergone some modifications seeking to match the same line of reasoning of the international legislative system, in this way the third chapter deals with the identification of the violation of rights copyright with a focus on the digital sphere, addressing digital piracy along with the limitations of copyright and current legislation, according to the verification of the main jurisprudence on the subject in our legal system.

Key Words: Copyright. Internet. Violation. Piracy.

¹ Acadêmico da 10ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest

² Especialista em Direito Processual Civil UCS, Mestre em Direito Constitucional Unisul, coordenadora do Curso de Direito da Unifacvest e da casa da cidadania.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho apresenta como objetivo institucional cumprir requisito para a conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest, adotando como tema a “Violação dos Direitos Autorais na Internet”.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de que com o avanço da tecnologia e junto a isso as alterações sociais, o direito do autor passa a ser peça chave neste sistema evolutivo, visto que através do reconhecimento e consequente a isso a sua proteção, incentiva o criador a continuar produzir materiais que contribuam com a evolução e a formação coletiva.

É necessária a proteção deste direito, pois desde o início da civilização há relatos de casos de pessoas que se apropriam indevidamente de obras das mais variadas formas, obtendo desta maneira fama e riqueza sem que os devidos direitos sejam garantidos ao autor de fato.

Com o passar dos séculos o homem foi se tornando um ser cada vez mais tecnológico e com a inserção da internet no ano de 1969, as tecnologias de comunicação e transferência de dados se tornaram cada vez mais rápidas tanto é que a partir de um clique se tem a capacidade de enviar e receber quaisquer informações instantaneamente, gerando assim certa preocupação quanto à proteção das mais variadas obras.

A pesquisa apresenta como objetivo geral analisar a violação dos direitos autorais na Internet e como objetivos específicos: observar o desenvolvimento histórico dos direitos autorais; identificar o regramento jurídico aplicável sobre a pirataria, analisar decisões jurisprudenciais sobre a violação dos direitos autorais na web.

Em relação à abordagem temática estudada, será utilizado o método dedutivo. Para uma melhor compreensão do tema será desenvolvido, um estudo acerca da definição dos direitos autorais, sua evolução histórica na ótica internacional e o seu desenvolvimento no Brasil, junto à identificação da violação dos direitos autorais com enfoque na esfera digital, abordando a pirataria digital junto das limitações do direito autoral e a legislação vigente, consoante à verificação de jurisprudências acerca do tema em nosso ordenamento jurídico.

Foi realizada a pesquisa bibliográfica, obtidas através de consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

2 DEFINIÇÃO E HISTÓRICO DO DIREITO AUTORAL

O Direito Autoral se insere no ramo da propriedade intelectual, possuindo préstimo cultural e econômico, visto que na cultura traduz a riqueza e a identidade de determinado povo e na economia colabora com o seu crescimento. É considerado um direito híbrido composto por direitos morais e patrimoniais. Para Panzolini e Demartini (2017, p.18-20):

O direito moral refere-se às características relacionadas à personalidade do autor, e tem natureza inalienável, irrenunciável e imprescritível. [...] direitos patrimoniais, estes se referem à retribuição econômica decorrente dos diversos usos e das diversas modalidades econômicas de explorações das obras intelectuais que o autor tem como desdobramento do direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

O fato que gera os direitos morais é a criação, é fazer reconhecer a propriedade da obra através de qualquer forma de registro, tendo os direitos patrimoniais positivados a partir da publicação desta obra.

Os direitos autorais garantem a livre circulação da produção cultural, assegurando todos os direitos reservados ao autor. Duarte e Pereira (2009, p.05) conceituam os direitos autorais da seguinte forma:

Entende-se por direito o poder que o autor, o criador, o tradutor, o pesquisador ou o artista tem de controlar o uso que se faz de sua obra. Basicamente, os direitos autorais trabalham com a imaterialidade, sendo esta, a principal particularidade da propriedade intelectual.

O direito de autor se encontra relacionado com a criação intelectual desde sua origem, passando pelo planejamento, desenvolvimento e finalização, sendo a criatividade, matéria prima do direito de autor, e é através de sua cultivação que a humanidade avança no processo de evolução. Para John Kao a criatividade “É o processo através do qual as ideias são geradas, desenvolvidas e transformadas em valor” (JOHN KAO, 1997, s.p).

No entendimento de Otavio Afonso quando falamos de direito de autor “estamos nos referindo às leis que têm por objetivo garantir ao autor um reconhecimento moral e uma participação financeira em troca da utilização da obra que ele criou”. (AFONSO, 2009, p.10).

Em subsequência, será apresentado o histórico dos direitos autorais advindos desde as primeiras concepções ventiladas na antiguidade até os dias atuais e sua evolução no Brasil.

2.1 Histórico internacional: da antiguidade até os dias atuais

Para compreender a origem dos direitos autorais até os dias atuais é necessário voltarmos um pouco no tempo, pois desde os primórdios da vida humana na terra o homem foi o único ser dotado do dom da criação, pois através deste dom o ser humano tem o poder de transformar o mundo.

Santos (2018) nos revela em sua obra *Conceitos e Aplicações de Propriedade Intelectual* que o ato de criar obras artísticas, científicas ou literárias, de um ponto de vista subjetivo sempre existiu, desta forma o direito autoral sempre esteve presente na vida do homem através da concretização de suas obras, não em uma busca da proteção legislativa, mas pela necessidade de demonstrar ser o legítimo dono de sua criação.

Nos antigos impérios grego e romano, os artesãos já demarcavam suas obras com o intuito de diferencia-las dentro de sua comunidade, buscando desta maneira reconhecimento públicos da autoria de discursos e escritos, não para ganhar a vida, mas sim em busca de fama e prestígio intelectual. Neste ínterim leciona-nos Paranaguá e Branco (2009, p.13): “concebiam-se na época que o criador intelectual não devia descer à condição de comerciante dos produtos de sua inteligência”.

O avanço da cultura Grega e Romana marca a chegada da escrita, junto a isso se desenvolve a indústria livreira baseada no trabalho manual de reprodução de obras, pelos “bibliopolas”. A partir deste período nota-se que as obras de criação intelectual

estavam ligadas ao direito de propriedade, no qual o autor de determinada obra era considerado proprietário de um objeto material tendo o direito de vendê-lo para qualquer pessoa. Costa Netto (2019, s.p):

No plano do direito patrimonial, a proteção das obras intelectuais se inseria nas regras genéricas do direito de propriedade, em específico a tutela de bens moveis materiais, características bem distantes do tratamento jurídico da matéria em nossos dias.

Neste período a classe dominante representada à época pela Igreja e pela Monarquia outorgava aos copistas monopólios temporários ou permanentes para a proteção de textos, impressores, gêneros ou novas fontes tipográficas.

Com a chegada da prensa tipográfica e dos tipos gráficos, ambas as criações do Alemão Johannes Gutemberg no século XV, a fiscalização da reprodução das obras se tornou quase que impossível, pois a partir disto várias editoras surgiram junto à prática de concorrência desleal e a pirataria. Relata-nos Menezes (2007, p.22):

Em 1450, marca a chegada da Idade Moderna, bem como o momento a partir do qual, aos poucos, os olhares se voltariam para o Direito do Autor. Isso porque, a partir da criação dos tipos móveis, obras até então manuscritas e artesanalmente organizadas passariam a ser impressas em escala cada vez maior, em uma produção que ganhava ares industriais.

Antes da invenção da imprensa a produção das obras era limitada e de fácil fiscalização por parte do autor e do editor, mas com a eclosão da imprensa a classe dominante viu que estava perdendo o controle sobre as informações propagadas, aliada a insatisfação de autores e editores que a pressionava fez surgir os primeiros debates acerca da proteção dos direitos autorais, outorgando assim o sistema de privilégios. Afonso (2009, p.03):

Logo, os soberanos se viram induzidos a outorgar a alguns editores os direitos exclusivos de publicação de determinadas obras. Ao mesmo tempo, as autoridades centrais utilizaram o sistema dos direitos exclusivos de publicação para controlar e censurar a produção dos editores e vigiar estreitamente a imprensa. No final do século XVII e começo do século XVIII, a história da imprensa caracterizou-se pela promulgação de diversos decretos e leis de concessão de direitos exclusivos.

Nota-se que este sistema de privilégios estava voltado à proteção da obra e não de seu autor, pois no renascimento os autores deveriam se contentar com o reconhecimento do mérito intelectual conferido pela comunidade e devido ao alto investimento realizado pelos livreiros para a produção das obras e sua comercialização, se justificava a necessidade de uma tutela jurídica para a concessão de privilégios por parte do estado e decorrentes penalizações a quem as desrespeitasse, somado a isso a inserção do controle e da censura por sua parte.

O ano de 1694 marca a queda do regime da censura legal juntamente com o fim do monopólio editorial. A partir deste momento autores e editores se unem para defender seus direitos invocando para isso a teoria da propriedade intelectual.

Consoante a isso a Câmara dos Comuns britânica constituiu um novo estatuto

que versava sobre a garantia dos direitos do autor baseando-se na obra “Labor Theory of Property” escrita pelo filósofo inglês John Locke, o qual defendia que o trabalho intelectual é um bem pessoal e indisponível, e que o autor deveria ter garantias sobre a propriedade de sua obra, esta fruto de seus esforços.

Este estatuto transformou-se em lei no ano de 1710, denominado como Estatuto da Rainha Ana, o qual reconheceu a profissão de escritor, além de transferir os direitos dos livreiros para o autor da obra. Garantiu também o direito de cópia de determinada obra por um período de 21 anos, demonstrando evidente avanço na regulamentação dos direitos de edição, trazendo regras aplicadas a todos sem privilégios específicos. (PARANAGUÁ E BRANCO, 2009).

Conforme Costa Netto (2019), o estatuto também instituiu o sistema de copyright o qual é utilizado até os dias atuais para denominar o direito de autor nos países de origem britânica, findando o privilégio feudal, vigente desde 1552.

Após a criação do Copyright Act, em 1710 diversos países reconheceram a importância da proteção dos direitos do autor e iniciaram os processos de legislação da matéria. Com o avanço da reprodução e comercialização das obras graças à imprensa de tipos móveis, o mundo se viu necessitado em estabelecer tratados que regulamentassem os direitos autorais.

Em 1886, através da assinatura da Convenção de Berna se consagrou de forma definitiva os direitos do autor em escala global. Os países signatários estabeleceram normas e firmaram uma união que não admitia a discriminação entre o residente e o estrangeiro, quanto ao direito do autor adotando um padrão mínimo de proteção a estes.

Para Paranaguá e Branco (2009, p.17) “A convenção impôs verdadeiras normas de direito material, além de instituir normas reguladoras de conflitos, inclusive no que diz respeito a obras disponíveis na internet”.

Além da Convenção de Berna, temos como principal assegurador dos direitos do autor a Declaração Universal dos Direitos Humanos criada em 1948 pela Organização Mundial das Nações Unidas que em seu artigo XXVII, reconhece o direito a proteção dos interesses morais e materiais do autor através de produção científica, literária ou artística.

Além destas podemos também citar a Convenção Universal (1952), a qual estabelece regras internacionais mais adequadas ao regime anglo-americano de copyright, a Convenção de Roma (1961) que trata exclusivamente sobre os Direitos Conexos, o tratado da OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual (1991), responsável pela criação em Genebra, do Committee of Governmental Experts, com a função de promover estudos para possibilitar a adequação das normas da Convenção de Berna às novas tecnologias e o acordo firmado na Organização Mundial do Comércio referente aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual, conhecido como TRIPS, o qual estabelece medidas e procedimentos que garantam a proteção aos direitos da propriedade intelectual. (COSTA NETTO, 2019).

Nota-se que a discussão sobre como resguardar os direitos autorais em esfera global seja através de leis, tratados ou convenções se encontra em constante debate, pois se busca alinhar o resguardo dos direitos autorais a evolução mundial.

2.2 Histórico no Brasil

O histórico dos Direitos Autorais no Brasil se comparado à trajetória internacional possui uma caminhada recente na sua construção, pois mesmo com a proclamação da independência ocorrida em 07 de setembro de 1822, a exploração econômica das obras autorais se baseava no antigo sistema de privilégios.

Segundo Costa Netto (2019, s.p) “[...] a primeira Constituição Brasileira, promulgada dois anos após a declaração de nossa independência colonial (1824), não fazia nenhuma referencia ao direito do autor”. Verificando o dispositivo mencionado é possível constatar que apenas se garante a proteção do direito dos inventores, este positivado no artigo 17 do referido diploma legal.

Passados três anos desde a proclamação da primeira Constituição Brasileira, foi promulgada a Lei Imperial em 11 de agosto de 1827. Esta lei é considerada o primeiro diploma legal a fazer alusão aos direitos do autor.

Para Azevedo (2019, s.p) “No Brasil em 1827 com a criação dos cursos jurídicos, protegeram-se os direitos dos professores das Faculdades de Direito, no tocante às suas criações científicas.”.

Já com a promulgação do Código Criminal de 1830 tivemos a primeira regulamentação sobre a matéria. Afonso (2009, p.07):

Posteriormente, o Código Criminal de 1830 tratou do tema impondo pena a quem imprimissem, gravassem litografassem ou introduzissem quaisquer escritos ou estampas, que tivessem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes vissem, e de dez anos depois de sua morte, se deixassem herdeiros.

Em 1891, o autor passa a ter o direito exclusivo de reproduzir suas obras intelectuais com a promulgação da primeira Constituição Republicana, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico, estendendo aos seus herdeiros por tempo que a lei determinasse a fruição deste direito, conforme se transcrevia no artigo 72, § 26, do referido diploma legal.

Em 01 de agosto de 1898 foi sancionada a primeira lei específica a garantir os direitos autorais no Brasil, a lei n°. 496, conhecida como Lei Medeiros e Albuquerque, estabelecendo importantes e modernos dispositivos, os quais se encontram presentes até hoje em nosso ordenamento. (SANTOS, 2018).

Com a promulgação do Código Civil de 1916, a lei n.º 496, foi revogada, pois a partir deste momento o Código Civil realocou os Direitos Autorais entre o Instituto do Direito das Coisas e do Direito das Obrigações. Menezes (2007, p.26):

Alguns anos mais tarde, a Lei n. 496 seria revogada pelo nascente Código Civil. Datada de 1916, a nova lei civilista regulava o instituto autoral nos artigos 649 a 673. Assim permaneceria dali por diante o Direito de Autor, dentro do campo do próprio Direito Civil, sendo modificado constantemente por leis extravagantes, até que fosse chegada a época de renovação dos códigos, quando se decidiu editar uma lei específica para regular a matéria.

Deste momento em diante a proteção ao direito de autor se encontrava tam-

bém garantida em todas as Constituições que prevaleceram no Brasil, positivada nos direitos e garantias fundamentais, sendo que apenas no ano de 1937, devido à instauração do chamado Estado Novo, pelo então Presidente Getúlio Vargas, a Constituição Federal se omitiu em relação à matéria, retornando apenas no ano de 1946, o qual tratava do direito de reprodução. Paranaquá e Branco (2009, p.19):

A partir de então, e à exceção da Carta de 1937 — editada sob o regime autoritário do Estado Novo —, todas as constituições brasileiras garantiram os direitos autorais, inclusive a de 1967 e sua Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que assegurava aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las, sendo esse direito transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixasse.

Em 1973 foi criado no Brasil o Sistema Autoral Brasileiro com a edição da Lei n.º 5.988/73. Esta lei trouxe inovações como: a diferenciação entre direito moral e o pecuniário, exigência da cessão do autor por escrito, criação do Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA e a criação do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Desta forma este diploma legal trouxe a modernidade que o direito de autor precisava. (COSTA NETTO, 2019).

Além da atualização das legislações que versam sobre os direitos autorais, o Brasil se tornou signatário de diversos acordos, convenções e tratados internacionais sobre a garantia do direito do autor como a Convenção de Berna e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, buscando se adequar aos sistemas vigentes em âmbito internacional.

No ano de 1988 com a promulgação da Constituição da Republica Federativa do Brasil, a qual se encontra vigente até os dias atuais, o constituinte consignou no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII a proteção dos direitos autorais, sendo que em 19 de fevereiro de 1998, dez anos após a promulgação da Constituição Federal a lei n.º. 9.610 entra em vigência sendo responsável por regular a matéria.

Com a implantação da lei n.º 9.610 em nosso ordenamento jurídico, foi revogada a lei n.º 5.988 que se encontrava vigente desde 1973. Um dos fatores responsáveis para a atualização do dispositivo regulador da matéria é a grande evolução tecnológica que ocorre na sociedade, como por exemplo, a criação da internet em 1969.

Destarte, a isso podemos mencionar o artigo 7º da lei 9.610/98, qual positiva: “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. É possível observar desta maneira a busca do legislador em garantir a proteção autoral de qualquer conteúdo em qualquer meio que exista ou venha existir, como por exemplo, a proteção do conteúdo em meio digital como as bibliotecas virtuais.

Diferente do Código Civil de 1916, o qual possuía um capítulo especial para o direito de autor, o novo diploma legal de 2002, não tratou da matéria, por esta já estar garantida através de lei especial. Somente tivemos modificações quanto ao Código Penal e de Processo Penal em relação às violações de direito autoral através da lei n.º 10.695/03. Costa Netto (2019, s.p):

Adaptando-se, a exemplo da lei autoral de 1998, ao terreno das novas tecnologias e tornando-se mais rigoroso em relação às penas para certas modalidades de violação de direito autoral, especialmente para fortale-

cer o combate à denominada “pirataria”. A Lei n. 10.695, de 10 de julho de 2003, alterou o caput e os §§ 1º, 2º e 3º e acrescentou o § 4º ao art. 184, revogou o art. 185 e alterou a redação do art. 186 do Código Penal.

Estas modificações trazem grande evolução como, por exemplo, a inserção do crime cometido por meio digital de compartilhamento de arquivos protegidos e a limitação dos direitos autorais para uso privado, ambos tratados no art. 184, §3º e §4 do Código Penal.

3 IDENTIFICAÇÃO DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

O presente item tratará o problema da violação dos direitos autorais em especial no campo da esfera digital. A partir do grande avanço da tecnologia houve um considerável aumento na pirataria digital, consoante a isso serão verificadas as limitações do direito autoral, assim como a legislação vigente que versa sobre a matéria e as limitações que esta possui para sua adequação na esfera internacional.

3.1 Pirataria Digital

Conforme analisado anteriormente desde os primórdios o ser humano tem a capacidade de criar, sendo o dom da criação uma dádiva concedida por Deus. Sendo assim, a proteção do autor esta ligada diretamente a criatividade e na falta desta seria impossível requerer esta proteção.

Com a evolução dos povos e a miscigenação cultural foi possível constatar também um aumento significativo na apropriação indevida de criações e a reprodução destas. Nesta evolução histórica a repreensão a esta prática sempre foi reconhecida, visto que mesmo não havendo o instituto dos direitos autorais, o reconhecimento do autor pela obra produzida existia, havendo repúdio moral com quem ousasse a copiar. (COSTA NETTO, 2019).

Solidifica assim o entendimento voltado à proteção cultural, visto que apesar de não haver necessidade de leis repressoras a pratica da violação autoral, a sociedade começava a debater a necessidade de garantir o reconhecimento aos autores e a repreensão à pirataria de ideias. Paranaquá e Branco (2009, p.15):

Vê-se assim que a chamada “pirataria” não é uma prática exclusivamente contemporânea. É evidente que o avanço da tecnologia permite que a contrafação seja uma prática difundida e lucrativa, já que a cópia de obra alheia resulta em exemplares muitas vezes praticamente idênticos ao original e de custo muito reduzido, prejudicando-se em muitos casos a qualidade da obra e o investimento feito em sua concepção, manufatura e distribuição.

Colabora com o entendimento do tema Duarte e Pereira (2009, p.33):

Vale lembrar que a pirataria é deverás desleal, dado que, muitas vezes, a pessoa que copia a obra nem utiliza instrumentos tecnológicos con-

temporâneos, ou seja, adquire um simples exemplar e reproduz com baixa qualidade e a vende a preço ínfimo, obtendo um ganho financeiro invejável, dado que só teve uma despesa, ou seja, a aquisição de um exemplar do livro.

Já com o avanço tecnológico e a inserção da rede de computadores unida à criação dos disquetes, CDs e DVDs se viu no mundo uma oportunidade impar de lesar os direitos autorais através da pirataria moderna, sendo esta conforme Thiago Dantas “[...] a prática de vender ou distribuir produtos sem a expressa autorização dos proprietários de uma marca ou produto”.

Destarte a isso, com a chegada da internet em 1969, e a liberação de seu uso para a população mundial, a sociedade pode ver com que rapidez e fluidez se conectavam as várias redes de computadores, ocasionando assim um grande aumento nas transferências de arquivos. O que poderia ser feito apenas fisicamente, como a compra de livros, CDs de música, filmes, entre outros, já estava sendo garantido através de um simples clique. Costa Netto (2019, s.p):

Em virtude da tecnologia digital de produção e armazenamento de obras intelectuais operou-se a sua viabilidade de inclusão (*upload*) em arquivos digitais de computadores e suas transmissões (*streaming*) e reprodução (*download*) pela rede (*internet*).

Existem diferentes tipos de pirataria digital, visto que o conceito de distribuição e comercialização de conteúdo na internet é bastante amplo. Conforme Gabriel Nascimento (2020), os principais tipos de pirataria na web são através da duplicação de conteúdo, que se trata da simples reprodução sem autorização como, por exemplo, e-books pagos distribuídos sem autorização, o plágio que é a apropriação indevida de um conteúdo produzido por outra pessoa e o abuso de servidor no qual você adquire uma conta de um serviço de streaming, por exemplo, e compartilha o acesso com amigos e familiares.

Desta forma para garantir a proteção dos direitos do autor ao redor do mundo houve a necessidade de se atualizar as legislações na esfera digital, sendo formulados os tratados da OMPI sobre o Direito de Autor (WCT – Word Coryright Treaty); Tratado ad OMPI sobre a Interpretação, Execução e fonogramas (WPPT – Word Performance Phonograms Treaty); e o Tratado de Beijing sobre Interpretações e Execuções Audiovisuais (BTAP). Com o mundo debatendo e formulando decisões sobre a matéria o Brasil também adaptou sua legislação, a fim de cessar a confusão jurídica e não comprometer a segurança de suas obras protegidas. (COSTA NETTO, 2019).

3.2 Legislação vigente

É na Constituição Federativa do Brasil de 1988, em seu título II – Dos direitos e garantias fundamentais, positivado no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, que o direito autoral se encontra amparado.

Percebe-se que introduzindo os direitos autorais junto às garantias fundamentais, o referido tema deixa de ser relacionado apenas ao direito privado passando a ser uma garantia constitucional acima de qualquer lei. Costa Netto (2019, s.p):

Consagra-se, portanto, no regime constitucional vigente, na órbita de “clausula pétrea”, ou seja, imutável, o direito exclusivo do autor na utilização de sua obra intelectual. Esse direito fundamental deverá harmonizar-se com outros elencados no mesmo dispositivo constitucional.

O inciso XVII, busca estabelecer os direitos exclusivos do autor da obra, quanto a sua escolha sobre a forma de utilização, publicação e reprodução assegurando desta maneira o limite que a obra poderá ficar protegida até entrar em domínio público. Já o inciso XVIII, alíneas a e b garantem o direito sobre a reprodução de imagem e voz, assim como a garantia de fiscalização sobre suas criações.

Já na esfera infraconstitucional temos a Lei n.º 9.610/1998, conforme Santos (2018, p.33):

Na legislação infraconstitucional, a proteção aos referidos direitos é garantida pela Lei n. 9.610/1998, conhecida como a Lei de Direitos Autorais, a qual regula tanto os direitos de autor quanto os que lhes são conexos. Importante destacar que o uso da expressão “Direitos Autorais” refere-se à proteção tanto dos direitos relacionados ao autor (Direito de Autor) como dos direitos relacionados aos artistas, intérpretes, executantes, etc. (Direitos Conexos).

A Lei de Direitos Autorais busca-se adequar a realidade tecnológica atual e suas inovações futuras, garantindo assim a devida proteção legal. Conforme se transcreve no artigo 22: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

Desta maneira podemos verificar que a referida lei traz a divisão entre os direitos morais e patrimoniais do autor. Para Costa Netto (2019, s.p), o direito moral do autor é:

A pluralidade de prerrogativas extrapatrimoniais que visam a salvarguardar tanto a personalidade do autor quanto a obra intelectual em si mesma, por ser essa uma projeção do espírito de quem a criou. Em outras palavras, definiu-se como uma serie de direitos de ordem não patrimonial que visem a proteger criador e criação, esta constitui um reflexo de personalidade daquele, e, consequentemente uma emanção de sua própria dignidade como pessoa humana.

Os direitos morais estão transcritos no capítulo II – Dos Direitos Morais do Autor, artigo 24 da Lei n.º 9.610/1998, o qual garante ao autor desde a reivindicação da autoria da obra a qualquer tempo, ter seu nome ou sua marca anunciada como sendo o do autor, a conservação da obra, sua integridade, o direito de modifica-la antes ou depois, retira-la de circulação e até mesmo ter acesso a um exemplar único e raro quando se encontre legitimamente em poder de outrem, por meio de fotografia ou assemelhado, ou audiovisual para preservar sua memória na forma que cause menor inconveniente possível a seu detentor.

Podemos afirmar que o direito moral do autor é considerado indisponível, intransmissível e irrenunciável, devido seu caráter de “essencialidade”. Vai ao encontro desta linha de pensamento o artigo 27 do referido dispositivo que reconhece expressamente que estes direitos são inalienáveis e irrenunciáveis.

Já os direitos patrimoniais do autor se encontram positivados no Capítulo III - artigo 28, o qual garante direito exclusivo de fruir e dispor de sua obra. Refere-se à exploração econômica que o mesmo faz, estimulando a criação e contribuindo com o desenvolvimento da sociedade. Através da reprodução, comunicação pública e transformação de sua obra se originam os benefícios econômicos do autor.

Segundo Vanisa Santiago (2007, p.346 apud COSTA NETTO, 2019, s.p): “O direito patrimonial é o direito exclusivo de exploração de um bem móvel que é a obra intelectual, seja qual for a modalidade de utilização, existente ou por existir”.

O artigo 29 impõe a autorização previa e expressa do autor para qualquer uma das ações elencadas no referido dispositivo. A violação de qualquer prerrogativa contida nos incisos e alíneas do artigo 29 da Lei n.º 9.610/1998, como por exemplo, a reprodução não autorizada, qual tipifica o crime de contrafação, a distribuição que faz parte do direito de distribuição, e a comunicação pública, seja por meio de som ou imagem, caracteriza crime punidos tanto na esfera civil, denominado ato culposo e quanto na esfera criminal como ato doloso. (AFONSO, 2007).

Existem duas formas de lesar o autor, seja mediante o plágio ou através da contrafação. Para Santos (2013, s.p):

Plágio é basicamente a usurpação do trabalho criativo de terceiro em que o autor não recebe crédito pela contribuição que foi aproveitada. [...] No Brasil, tem sido utilizada a expressão *plágio material* para a reprodução literal de forma protegida, o que se poderia chamar efetivamente de simples usurpação de autoria, e *plágio virtual* ou *ideológico* para as modalidades mais complexas de aproveitamento do trabalho criativo de terceiro. [...] O termo contrafação foi definido na Lei n. 5.988, de 1973, como “a reprodução não autorizada” (art. 4º, V). Foi exatamente com a mesma redação que o inciso VII do art.5º da Lei n. 9.610, de 1998, a definiu. [...] Distingue-se, portanto, o plágio da contrafação no sentido de que pode haver contrafação sem haver plágio.

O díspar do plágio e da contrafação esta relacionado ao simples fato de que no plágio o sujeito se apodera do intrínseco da criação alheia modificando-a sutilmente para que se afirme como uma feitura exclusiva. Já a contrafação se trata da exploração econômica da obra sem autorização, não negando sua autoria, apenas se omitindo quanto ao pagamento de seu uso. Costa Netto (2019, s.p):

O direito de autor, consagrado na Constituição Federal como o atributo exclusivo do autor de utilização de sua obra e regulado pela Lei Federal n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, harmoniza-se, quanto ao princípio de sua violação resultar na caracterização de obrigação de indenizar, com o Código Civil de 2002, especialmente seus arts. 186 e 927.

Desta forma o dispositivo que fundamenta o dano ocorrido na esfera civil se encontra positivado no artigo 186 do referido diploma legal que traz a seguinte redação: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Sendo a obrigação de reparar o dano disposta no artigo 927 do mesmo diploma.

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, s.p)

Já na esfera criminal leciona-nos Costa Netto (2019, s.p):

Em virtude da alteração no Código Penal brasileiro, transformando a prática de contrafação em crime de ação pública, e tipificando, de forma genérica, como crime, “a violação de direito autoral”, fortaleceu-se, no Brasil, essa modalidade de proteção ao autor e aos demais titulares de direitos autorais.

Desta forma se encontra positivado no artigo 184 do Código Penal o crime de violação de direitos autorais e as sanções para quem venha praticar o ato delituoso, podendo a pena chegar até quatro anos de reclusão mais multa.

3.3 Limitações do direito autoral

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, a proteção do direito do autor se encontra firmada no âmbito moral, este que trata da garantia do reconhecimento pela criação através da vinculação de seu nome a sua obra. Já no âmbito patrimonial trata do direito a exploração econômica de seu feito, garantindo ao autor um meio de subsistência.

Cabe salientar que a proteção aos direitos autorais não é absoluta. Na própria legislação vigente há limites expressos a estes direitos, permitindo a utilização da obra intelectual, em casos especiais, independentemente de autorização do autor ou do detentor destes direitos. Segundo Santos (2018, p.66):

Os Direitos de Autor possuem uma proteção legal bastante ampla. Esses direitos, contudo, possuem algumas limitações. As limitações aos Direitos Autorais significam a não incidência de proteção do Direito Autoral sobre algumas obras intelectuais, como uma forma de estabelecer um equilíbrio ao sistema de Direito Autoral e viabilizar o acesso à cultura, à informação e à educação, já que, dessa forma, é possível fomentar a produção artística e o processo criativo.

A convenção de Berna garante a proteção dos direitos autorais de forma ampla, mas deixa a prerrogativa de escolha da exploração das obras para cada Estado membro desde que esta exploração não venha prejudicar o detentor dos direitos e o seu uso esteja estritamente ligado ao bem-estar social e o avanço da sociedade como um todo.

Para Costa Netto (2019, s.p): “A função social do direito autoral envolve, também o interesse público resultante da evidente relevância da democratização do acesso aos bens culturais”. Desta forma as limitações impostas favorecem o acesso às obras intelectuais por parte da sociedade, agregando cultura em seu processo, além de

garantir para esta o direito de citação. Já pela parte do autor, garante um maior reconhecimento dele e de sua criação.

Nesta mesma linha de raciocínio se traduz em nossas leis e no entendimento doutrinal majoritário que na aplicação da lei o juiz irá atender aos fins sociais a que ela se dirige e à exigência do bem comum. Valente e Freitas (2017, p.15-16):

De uma forma ou de outra, do ponto de vista jurídico, a limitação do direito autoral decorre da existência de mais de um direito em jogo em uma mesma relação social. Assim, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece, de um lado, a proteção dos direitos morais e materiais dos autores, em seu art. 27, 2. O art. 27, 1, da mesma convenção, no entanto, estabelece que todos têm direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, ou seja, garante direitos de acesso a cidadãos em geral, que usufruirão dos bens protegidos pelo direito autoral.

As limitações ao direito do autor se encontram dispostas nos artigos 46, 47 e 48 da lei 9.610/1998. Estas limitações foram inseridas em conformidade com a Convenção de Berna, a qual o Brasil é signatário.

Mas não há apenas pontos positivos na limitação dos direitos autorais, pois alguns dos termos utilizados neste rol taxativo são bastante subjetivos dificultando assim sua interpretação.

4 JURISPRUDÊNCIAS SOBRE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET

Na análise acerca do tema violação dos direitos autorais se destacam alguns acórdãos referentes à recente orientação da jurisprudência brasileira. Diante desta análise nota-se que os infratores na maioria dos casos são vendedores de mídias físicas copiadas sem a devida autorização legal no qual os crimes quase sempre estão ligados a posse indevida e a comercialização de CDs e DVDs:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTENTAL. ARTIGO 184, § 2º. DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Comprovadas a materialidade e a autoria do crime de violação de direito autoral, na forma do art. 184, § 2º, CP, a condenação é medida que se impõe. 2. A conduta de expor à venda quantidade expressiva de CD's e DVD's contrafeitos é considerada penalmente típica (art. 184, § 2º, do CP), sendo inaplicável o princípio da adequação social. Precedentes STJ. [...] (TJ-DF 00026282520168070003 DF 0002628-25.2016.8.07.003, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 12/03/2020, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJE: 30/03/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Já na seara da internet é possível encontrar algumas jurisprudências relacionadas à divulgação sem autorização prévia de conteúdo protegido.

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITOS AUTORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. FOTOGRAFIA. USO NÃO AUTORIZADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA AUTORIA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. 1. Ação ajuizada em 20/9/2017. Recurso especial interposto em 29/3/2019. Autos conclusos à Relatora em 28/6/2019. 2. O propósito recursal é definir (i) se houve reformatio in pejus e (ii) se é cabível a condenação da recorrida a compensar os danos morais causados ao recorrente em virtude da violação de seus direitos autorais [...] 4. O direito moral de atribuição do autor da obra, expressamente previsto na Lei 9.610/98, não foi observado no particular, devendo à recorrida, além de divulgar o nome do autor da fotografia, compensar o dano causado. [...] (STJ - REsp: 1822619 SP 2019/0179938-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/02/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/02/2020)

Como também jurisprudências referentes à cobrança de valores devidos a comercialização de obras via serviço de streaming.

E M E N T A AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DE COBRANÇA – ECAD – DIREITO AUTORAL – DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS VIA INTERNET – SIMULCASTING E WEBCASTING – TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA [...]. A presença da probabilidade do direito, do perigo de dano e risco de resultado útil do processo (art. 300, CPC/15), são pressupostos que devem restar presentes para a concessão de tutela de urgência. No caso, em que pese os elementos carreados aos autos pela autora, não se verifica, ao menos em sede de cognição sumária, a probabilidade do direito alegado, mormente pelo fato de haver decisão recente do STJ acerca da matéria debatida nos autos, ensejando possível irreversibilidade dos efeitos da decisão, nos termos do art. 300, § 3º, do CPC/15.(TJ-MT - AI: 1007578-24.2017.8.11.0000 MT, Relator: CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA Data de Julgamento: 27/09/2017, Terceira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/10/2017).

A partir da análise de vários acórdãos como os citados neste item é possível constatar que existe um grande alcance da proteção dos direitos autorais por parte da justiça em casos relacionados ao comércio ilegal de mídias físicas e a cobrança de valores por uso de obras através do ECAD tanto em serviços de transmissão analógicos quanto via streaming.

Durante esta busca, verificou-se que ainda não há grandes julgados referentes à violação dos direitos autorais quanto ao download e upload de livros, músicas, filmes, etc. Havendo apenas algumas condenações pela prática de plágio e reprodução de pequenos textos sem autorização, assim como o uso indevido de imagens disponibilizadas na internet sem a autorização do autor.

Podemos ligar essa falta de julgamentos por crimes de download e upload ao simples fato de haver uma grande dificuldade no rastreamento dos infratores no meio digital. Outro ponto que se pode destacar é a tolerância da justiça quanto à prática da contrafação verificada na leitura de algumas sentenças.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, o presente trabalho teve como objetivo analisar a violação dos direitos autorais na internet, uma vez que com o grande avanço tecnológico a legislação que trata sobre o tema passou por uma grande reformulação a fim de se enquadrar nos sistemas de proteção de direito do autor no âmbito internacional.

O primeiro item buscou apresentar o conceito e a classificação dos direitos do autor, e sucessivamente a sua evolução histórica partindo da antiguidade até os dias atuais sob a ótica internacional, na qual se constatou que desde os primórdios do homem o dom da criação se fazia presente assim como a necessidade da proteção dos direitos das suas criações. Já no estudo da parte histórica do direito autoral brasileiro observou-se que apesar de ter início tardio em vista do restante do mundo se buscou a adequação do direito aos moldes internacionais.

Já no segundo item buscou-se identificar a violação dos direitos autorais, dando ênfase a pirataria digital junto das limitações do direito autoral e sua legislação vigente. Pode destacar que com o grande avanço tecnológico a prática da pirataria se tornou recorrente devido a grande velocidade da transmissão de informações facilitada através do advento da internet. Quanto à legislação vigente nota-se um grande avanço em busca da adequação do direito autoral, apenas deixando junto às limitações deste direito, pontos de difícil interpretação da norma jurídica.

No terceiro e último item realizou-se a verificação de jurisprudências voltadas à área do direito autoral, pelas quais se averiguou uma grande quantidade de acórdãos relacionados ao comércio ilegal de mídias físicas, mas em contrapartida se percebe a falta de jurisprudência enquanto ao download e upload de arquivos no meio digital.

Ao final como resultado, conclui-se que a Lei de Direitos Autorais n.º 9.610/1998, possui mecanismos suficientes para evitar a violação dos Direitos do autor. A lei em questão abrange as mais diversas formas de utilização de obras através dos sistemas de comunicação, possibilitando assim sua fácil adaptação com o passar dos anos. Cabe salientar que a lei necessita de algumas alterações no seu texto que garantam uma fácil interpretação da norma sem que haja incertezas.

Observa-se a necessidade da devida aplicação da lei perante os meios digitais e para que isso ocorra o Estado deve investir na prevenção e fiscalização destes sistemas, fato que hoje não ocorre devido à dificuldade ocasionada pela falta de ferramentas específicas para seu controle como, por exemplo, as licenças públicas. Deve-se também buscar simplificar o acesso aos sistemas de informação e praticar um política de preços atraentes para a população, visto que a maioria recorre à pirataria devido ao preço final do produto, mesmo este sendo de inferior qualidade comparada ao original.

REFERÊNCIAS

AFONSO, O. **Direito Autoral: Conceitos iniciais**. 1. ed. Barueri/SP: Editora Manole, 2009.

ALVES, I. S. P.; CEOLIN, M. **Inciso XVIII: Direito Autoral**. Politize. Disponível em: <<https://www.politize.com.br>>. Acesso em: 08/out/2020

AZEVEDO, Á. V. **Curso de direito civil: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12/out/2020.

_____. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12/ou/2020.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12/out/2020.

COSTA NETTO, J. C. **Direito Autoral no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DANTAS, T. **“Pirataria”**; Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br>>. Acesso em: 05/nov/2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org>>. Acesso em: 18/out/2020.

DUARTE, E. C. V. G.; PEREIRA, E. C. **Direito Autoral: Perguntas e Respostas**. Curitiba: UFPR, 2009.

JABUR, W. P.; SANTOS, M. J. P. D.; ASCENSÃO, J. D. O. Série Gvlaw: **Propriedade intelectual – Direito Autoral**. São Paulo: Saraiva. 2013.

KAO, J. J. **A arte e a Disciplina da Criatividade na Empresa**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

MENEZES, E. D. **Curso de direito Autoral**. Belo Horizonte: Dey Rey, 2007.

NASCIMENTO, G. **Pirataria digital: Entenda como proteger seus conteúdos**. Enotas, 2020. Disponível em: <<https://enotas.com.br>>. Acesso em 22/out/2020.

PANZOLINI, C.; DEMARTINI, S. **Manual de Direitos autorais**. Brasília: TCU, Secretaria geral de Administração, 2017.

PARANAGUÁ, P.; BRANCO, S. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro, RJ: Editora FGV, 2009.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de metodologia científica**. 9. ed. Lages, SC: PAPERVEST, 2020.

SANTOS, W. P. C. PROFNIT: **Conceitos e aplicações de propriedade intelectual**. 1 ed. Salvador, BA: IFBA, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL: REsp: 1822619 SP 2019/0179938-4**, Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 18/02/2020. Jus Brasil. 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 18/out/2020

VALENTE, M. G.; FREITAS, B. C. **Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas**. Rio de Janeiro. RJ. FGV Editora, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **APELAÇÃO CRIMINAL: 0002628-25.2016.8.07.0003 DF 002628-25.2016.8.07.003**. Relator: Cruz Macedo. DJ: 12/03/2020. Jus Brasil. 2020. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 18/out/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MINAS GERAIS. **AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI: 1007578-24.2017.8.11.0000 MT**, Relator: Carlos Alberto Alves da Rocha. DJ: 27/09/2017. Jus Brasil. 2020. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 18/out/2020.

RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO ATRAVÉS DE PENA ALTERNATIVA: UMA SOLUÇÃO EM DEFESA DO SER HUMANO

Indianara Ignácio Milkievicz¹

Joel Saueressig²

Diego Fernando Sá²

Miriam Lisiane S. Rodrigues²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar falhas do sistema carcerário no processo de ressocialização do apenado e mostrar como as penas alternativas, podem auxiliar no processo de reintegração à sociedade. O trabalho foi feito através de uma revisão bibliográfica realizada por meio eletrônico e/ou digital de acervos públicos e privados. Observou-se que o sistema carcerário apresenta falhas no processo de ressocialização do apenado, fazendo com que este acabe retornando ao crime, por não obter preparo o suficiente para encarar a sociedade, que em muitos casos, acaba sendo preconceituosa, independente do tipo de crime cometido. O trabalho também apresenta informações, de que o sistema de pena alternativa, prepara melhor para este processo de reintegração à sociedade, fazendo com que ele pague o seu crime com serviços a sociedade. Concluiu-se, que o sistema brasileiro judicial, pouco se utiliza do sistema de pena alternativa, pois se vê prisões lotadas com diversos tipos de criminosos, aquele que roubou comida, porque estava com fome, em conjunto com um assassino.

Palavras-chave: Reintegração. Sociedade. Crime. Sistema carcerário. Sistema judicial.

ABSTRACT

The present work aims to evaluate the failures of the prison system in the process of resocialization of the convict and to show how alternative sentences can help in the process of re-integration into society. The work was done through a bibliographic review carried out by electronic and/or digital public and private collections. It was observed that the prison system has flaws in the process of re-socialization of the prisoner, causing him to end up returning to crime, for not getting enough preparation to face society, which in many cases, ends up being prejudiced, regardless of the type of crime affected. The work also presents information, that the alternative punishment system, prepares better for this process of reintegration into society, making him pay his crime with services to society. It was concluded that the Brazilian judicial system makes little use of the alternative punishment system, since prisons are crowded with different types of criminals, the one who stole food because he was hungry, together with a murderer.

Key Words: Reintegration. Society. Crime. Prison system. Judicial system.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da UNIFACVEST.

² Professor do Curso de Direito da UNIFACVEST.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema a pena alternativa pode ser a solução para a ressocialização do apenado perante a sociedade e como isto pode ser benéfico para o sistema prisional e a sociedade em si.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de que, vários estudos mostram que quando se aplica a pena alternativa, em muitos casos, o preso não volta a cometer crimes e consegue se inserir nas regras da sociedade novamente.

Isso corresponde à problemática do presente artigo, onde no Brasil o sistema carcerário acaba funcionando como uma escola de delitos, dificultando a ressocialização onde só se vê a pena como “castigo” e depois os castigados são lançados a uma sociedade preconceituosa, que não o aceita, fazendo com que o mesmo retorne ao crime.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral avaliar como o atual sistema carcerário está atuando em relação a aplicabilidade das penas alternativas.

Como objetivos específicos analisar se o sistema carcerário afeta os direitos humanos dos apenados, assim como, descrever como a pena alternativa poderia estar auxiliando no processo de ressocialização.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvido, no primeiro item, um estudo sobre a sobre o sistema carcerário no Brasil e como funciona o processo de ressocialização àquele que acabou de sair da cadeia.

Posteriormente, será elencado, sobre a prisão do homem e de que forma este é taxado após ser preso e será abordado sobre os direitos humanos dos apenados e como o sistema judicial os aplica no sistema carcerário.

Por fim, no terceiro item, será superada a fase de explanação dos conceitos acerca do tema, abordar-se-á sobre as questões polêmicas que a desapropriação traz em consonância com o Estatuto da Cidade na prática do planejamento urbano brasileiro.

2 UMA PERSPECTIVA SOBRE RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO BRASIL

Neste item será abordado o sistema carcerário no Brasil e como o preso é recebido pela sociedade sem o estar pronto para reinserção, como dificilmente consegue trabalho por não ter qualificação profissional, acaba voltando ao crime para se manter.

2.1 O sistema carcerário no Brasil

O Brasil tem vários problemas carcerários, que tem levado o poder público e a sociedade a refletir sobre a atual política de execução penal, fazendo com que surja a necessidade de repensar esta política, uma vez que, na prática, privilegia o encarcera-

mento maciço, a construção de novos presídios e a criação de mais vagas em detrimento de outras políticas (IPEA, 2015).

A prisão é um meio utilizado como sanção aos que infringem a lei. Porém o sistema carcerário tem sido ineficaz, pois ao saírem da cadeia, muitos presos retornam ao crime, por não entenderem que dentro da cela estão sendo punidos e fora dela o crime não compensa, pois as regras de conduta sociais que limitam nossas ações foram elaboradas, para permitir a vivência em sociedade.

O caráter ressocializador elencado no Art. 10 da Lei de Execução Penal (LEP) está longe de ser cumprido, a não ser com poucas exceções. Atualmente as casas de detenções são antigas e não conseguem atender aos pré-requisitos da pena de prisão estipulada pelos cientistas jurídicos e sociais, que é o de patrocinar uma ressocialização do preso (SOARES, 2017).

Já se tem uma ideia formada e fixa sobre o sistema prisional, por isso muito poucos acreditam que é possível ressocializar ou mudar a realidade carcerária, inclusive o preso está tão apegado à visão negativa de si que não consegue se desligar dos erros cometidos e já tem a impressão de normalidade sobre a conduta delituosa.

O ex-presos sai da prisão com um estigma de criminoso com o insucesso do objetivo ressocializador da pena, além da quantidade de efeitos negativos, que somados a ordem sociológica e psicológica, mais o cárcere, levam o indivíduo a assumir a carreira delitiva (MONTEIRO, 2020).

Após sair da prisão, deveria surgir o sentimento de pena cumprida, isto não ocorre devido ao estigma de infrator, que será carregado para o resto da vida daquele ex-presidiário, independente de qual delito tenha cometido.

2.2 O retorno do preso na sociedade brasileira

O preso sofre preconceito do momento em que entra na cadeia até o final de seus dias, pois sempre que for citado o fato de ele ter sido detento, será como colocar um rótulo de perigo em sua testa, e ninguém mais se importará com o delito cometido e se a pena foi cumprida.

O processo de ressocialização tem origem na sociedade e trata-se do retorno ao convívio social de um ex-presos, o objetivo da pena, punição, é reeducar o preso, fazendo com que este não cometa mais delitos a partir do momento em que foi solto (LEMES, 2017).

Ao considerarmos a população carcerária feminina e masculina no Brasil, é possível identificarmos, de modo geral, uma população jovem, com baixa escolaridade e proveniente de classes sociais menos favorecidas (BARCINSKI et al., 2015).

O processo da punição pode levar meses ou anos, porém este processo não é o suficiente para reeducar um ex-presos, na maioria dos casos, pois o problema está enraizado na cultura social daquele indivíduo, muitas vezes a pessoa nasce dentro do crime e não conhece uma vida fora dele, então ele não vai se sentir culpado ou com a sensação de que “paguei por meus crimes” só por ter ficado enjaulado por um período. É necessário realizar um trabalho social, psicológico e educativo com estes presidiários.

Monteiro (2020) explica, que “a ressocialização trás a dignidade, resgatando a estima do detento, trazendo a sensação de que uma segunda chance lhe foi dada, al-

guns consideram até mesmo como se tivesse nascido outra vez”. A mesma autora diz que este processo é prosseguido através de um aconselhamento e condições para um amadurecimento pessoal, que é eficaz em projetos que trazem proveito profissional, além de outras formas de incentivo, que poderão lhe ajudar mais na frente.

Entretanto, para a sociedade, a cadeia é mera etapa na vida do apenado e em nada contribui para mudanças necessárias. Essa noção de impunidade se dá justamente do motivo pelo qual os presidiários retornarem sempre, pois cometerão outros crimes e este é um fator imposto pela comunidade que não o recebe como ser humano que é, nem da qualquer oportunidade para que ele mude.

Um ex-detento dificilmente conseguirá um trabalho fixo, consideram que ele não é digno de confiança e isto basta para que a população o trate de forma desumana e desigual, ou seja, o que consta na constituição não é lei para os homens, fica somente no papel. E o que tanto criticamos como injusto pois não há chance para os apenados é o que nós mesmos provocamos sendo hipócritas.

Desta forma, temos que a ressocialização seria a real necessidade de promover ao delinquente condições mínimas para que ele se reestruturasse a fim de voltar ao convívio harmonioso comunitário e que não mais voltasse a cometer novos crimes (LEMES, 2017).

Em diversos casos, alguns ex-detentos tentam seguir cada passo do processo de ressocialização, mas mediante ao fracasso em conseguir um emprego e conseguir se manter, acaba levando-o ao crime novamente.

Logo, a ressocialização atual do sistema carcerário brasileiro, não passa de uma falácia, pois na prática consiste na pura punição do criminoso como retribuição pelo delito cometido e pela prática do ato criminal por ele feito e não há que se falar na reintegração do mesmo a sociedade (LEMES, 2017).

A segregação e o isolamento proporcionados pela experiência do cárcere apenas potencializam a condição de marginalização em que tal população vivia, portanto, a partir deste cenário, o significado das tentativas de “ressocializar” aqueles que nunca foram igualitariamente inseridos socialmente, começou a ser questionado (BARCINSKI et al., 2015). Os mesmos autores explicam, que o fenômeno do encarceramento é resultante de um movimento mais complexo de segregação social e econômica, logo tem-se que ampliar a discussão acerca dos fatores que concorrem para as reais possibilidades de ressocialização.

Uma vez que o apenado se mistura com pessoas que cometeram crimes graves, a sociedade do lado de fora imagina que mesmo que aquela pessoa não tinha aptidão para cometer determinados delitos, após ser presos com os demais, agora ela terá. Fazendo com que este continue sendo julgado após a prisão.

Após a saída da prisão, os detentos enfrentam diversos obstáculos, infelizmente vê-se que a sociedade, diante da violência e criminalidade, se deixa levar pelo sensacionalismo e preconceito criado pelos diversos meios de comunicação e acaba adotando uma postura nada humanista em relação aqueles que acabaram de sair das prisões e procuram seguir uma vida longe do crime (ROSSINI, 2014).

Já se tem uma ideia formada e fixa sobre o sistema prisional, por isso muito poucos acreditam que é possível ressocializar ou mudar a realidade carcerária, inclusive o preso está tão apegado à visão negativa de si que não consegue se desligar dos erros cometidos e já tem a impressão de normalidade sobre a conduta delituosa.

O sistema de ressocialização no Brasil é longo, pois o que se depara são presídios brasileiros lotados e um sistema escasso, fazendo com que o condenado em situação de crueldade, condenar para ressocializar seria o bordão do Brasil (RESENDE, 2018).

Se a função social da pena se perdeu, todo o sistema está erroneamente embasado, diante disto, veremos as mudanças e evoluções das prisões e penas ao longo da história da humanidade.

3 A PRISÃO DO HOMEM

Para uma melhor compreensão sobre a prisão vivenciada pelo homem é importante que seja definido alguns significados, como os de muros e grades, pois a sociedade quer que os “bandidos” fiquem presos e literalmente apodreçam na cadeia, mas ao olhar para dentro da própria sociedade, tem-se pessoas enclausuradas dentro de portões e muros altos, onde o contato social com a vizinhança é reduzido e olhando até mesmo o ensino educacional, a arquitetura de muitas escolas públicas brasileiras são semelhantes a de uma prisão, uma sala completamente fechada, com uma porta de ferro e uma pequena janela, quando a tem.

Esse muro criado na pseudo-segurança gera um agravante social, pois assim, criam-se herdeiros despreparados para enfrentar o mundo real, pois vivem dentro de uma bolha onde nada disto é uma realidade, logo não estão preparados para eventualidades, ninguém está livre de cometer um delito mesmo que para se proteger ou defender um terceiro.

A prisão atual tem como objetivo privar o indivíduo de liberdade para que ele possa aprender através do isolamento, retirá-lo da família, e de outras relações socialmente significativas, para levá-lo a refletir sobre seu ato criminoso, tornando então o reflexo mais direto de sua punição (ESPEREN, 2020). Porém, este continua a ser julgado mesmo após ter cumprido a sua pena, fazendo com que a ressocialização dele não ocorra de fato.

Sequeira (2006) explica, que “a Lei de Execução Penal defende um tratamento prisional que deve propiciar a reeducação e a ressocialização do preso, pois o sistema penal trabalha com o objetivo da reabilitação do preso, sendo este é o discurso oficial que legitima o aprisionamento”.

Quando se fala em justiça e em direitos humanos se observa que cada vez mais eles só funcionam para uma parte da população privilegiada, uma vez que boa parte dos presos são pessoas jovens, negras e de baixa renda, que acabam a mercê da própria sorte.

Um dos principais pontos que geram dúvidas é a noção que se tem de justiça, se um filho, irmão, pai, mãe, amigo ou parente matar alguém jamais será pensado que ele deve pagar com a morte, talvez preso, mas se for muito tempo parecerá injusto. Portanto, quando o oposto ocorre e a vítima então é alguém conhecido as coisas se invertem, o criminoso deve então apodrecer na cadeia ou morrer para que se faça a justiça.

O ser humano leva de encontro por inúmeras vezes questões que deveriam ser mais imparciais para que fosse mais fáceis de serem resolvidas. Se existem leis e códigos para normatizar a vida em sociedade esta deveria ser cumprida à risca e sem

diferenciação quanto a quem comete o crime ou é vítima, porém vivemos em um mundo onde uma pessoa de bem e um bandido são iguais perante a lei e é onde surgem as maiores injustiças.

A privação de liberdade de uma pessoa tem como objetivo permitir que o indivíduo que ofendeu a ordem pública possa refletir e ponderar sobre o erro e receber do Estado orientações que possibilitem o seu retorno à sociedade. Porém, a realidade é completamente diferente, pois estes vivem em celas com lotação máxima, condições de higiene precárias, torturas e outras demais violações, basicamente um completo abandono (SENADO FEDERAL, 2020). Observa-se que vários direitos, garantidos por lei, foram quebrados.

3.1 Direitos humanos

Os direitos humanos têm como função proteger os indivíduos das arbitrariedades, do autoritarismo, da prepotência e dos abusos de poder, pois eles representam a liberdade dos seres humanos, e o seu nascimento está ligado aos direitos das pessoas (GASPAR, 2016).

Os Direitos Humanos foram sendo reivindicados ao longo dos tempos, e contribuem para existência de melhores condições de vida para todos os seres humanos, para que possam ter a sua própria dignidade. Muito se tem discutido, recentemente, há quem se fale em direitos humanos, sob todas as óticas possíveis e imaginárias.

Em diversos casos os direitos humanos são rechaçados pela opinião pública, que desconhece seu significado, sua origem, sua importância para a sociedade. Diferente do que a maioria da população crê, os direitos humanos não são apenas para “humanos direitos” (VERÍSSIMO, 2019).

Considerar-se uma pessoa direita nos dias de hoje, significa que você é uma pessoa do “bem”, que não infringe as leis do sistema, entretanto estas mesmas pessoas cometem delitos menores no seu dia-a-dia, mas por ser um cidadão de bem e com dinheiro, é aceitável para o sistema judiciário e a sociedade, que os delitos cometidos por eles não são cabíveis de punição. Logo, nota-se que a lei existe para determinadas pessoas, depende da sua cor, raça e classe.

Os direitos humanos são direito positivo, expressos em princípios e regras jurídicas, seja de direito das gentes, seja de direito estatal, contudo são precedidos de princípios de distintas ordens normativas: filosóficas, religiosas, sociológicas, políticas, antropológicas, econômicas, psicológicas, biológicas e cosmológicas entre outras possíveis (MOLINARO, 2017).

Na verdade, todo direito precisa ser ponderado, de modo que possamos avaliar seu peso ou importância, bem como sua compatibilidade com o interesse coletivo. consequência de uma política equivocada no tratamento do detento.

A sociedade atual está passando por vários processos de transformação, onde são alterados substantivamente as significações e o imaginário, individual e coletivo, uma vez, que os fenômenos sociais reproduzem a violência, com a deslocação de grandes coletivos humanos da contenção social (MOLINARO, 2017).

Atualmente convive-se dentro de uma sociedade egoísta, onde o direito individual está acima do coletivo, porém as transformações, citadas por Molinaro (2017), não passam de um passo para o avanço e dois para o retrocesso, fazendo com que o

sistema seja falho e não garantido o direito de todos.

Segundo a Constituição Federal de 1988, todo cidadão tem o direito garantido de saúde, educação, moradia, trabalho, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, segurança, lazer, vestuário, alimentação e transporte (BRASIL, 1988). Quando se avalia o sistema carcerário brasileiro, encontram-se refeitórios sem preparo, a comida é servida nas celas, tratando-se de uma comida de má qualidade, terceirizada, com vantagens para os contratantes e puro descaso para com aqueles a quem é destinado. Em celas superlotadas muitas delas cercadas para abrigar apenas uma ou duas pessoas, são entulhadas, mas, de dez presos, sem qualquer programa educativo. Não se pode dizer que vivem, mas vegetam, e depois voltam às ruas sem terem passado por um processo de recuperação.

Em 11 de julho de 1984, entrou em vigor a Lei de Execuções Penais, que também trata das regras para tratamento dos presos, cumprimento da pena, condições de clausura, do trabalho e da remissão do preso, é possível observar a preocupação do legislador com o caráter humanitário do cumprimento da pena, apesar de demonstrar atenção aos direitos humanos dos presos, a realidade nos cárceres brasileiros é bem diferente, sendo que tais infrações são notificadas diariamente pela imprensa brasileira em relação a atual situação das prisões (RANGEL, 2014).

A superlotação a falta de vagas no sistema carcerário é deplorável. O que fazer para sua melhoria, adotar punições, mas brandas, relativas à natureza de seus crimes, uma forma que reedue essas pessoas sem que houvesse a necessidade de se privar sua liberdade, trabalhando em benefício do Estado, mas que se fique bem claro que isso não deve ser uma forma de punição, pois todos devem ser responsabilizados pelos seus atos.

O que ocorre é a violação dos direitos humanos no sistema prisional, nestes casos, os poderes públicos são omissos e grande parte da população, em diversas vezes, são fortemente influenciadas pela mídia, que reproduz o discurso de que presos não são sujeitos de direito (DALBONI; OBREGON, 2017).

Os réus são condenados por uma justiça burocratizada, em que as sentenças ignoram as pessoas para se ativer apenas as informações dos órgãos policiais e de testemunhas ou vidas as pessoas, para minimizar o natural acúmulo de casos, decorrentes de um sistema centralizado e ineficiente de distribuição de justiça. Enfim de nada serve construir novos presídios porque logo estarão superlotados.

Neste item se viu que o sistema prisional não causa a sensação de “pena cumprida” para muitos presos e para a sociedade em que ele está inserido e é jogado novamente sem preparo algum. No próximo item, é abordado sobre penas alternativas e formas de ressocialização deste preso, para que a sua reintegração à sociedade seja efetiva.

4 PENAS ALTERNATIVAS

Neste item foi abordado sobre as penas alternativas e como elas podem ser mais benéficas para o preso, pois buscam, desta forma, retribuir uma pena com proporção ao crime cometido, com veredictos que sejam uma alternativa do que somente o sistema carcerário.

4.1 Impacto da pena alternativa na vida do preso

A pena alternativa pode vir trazer múltiplos benefícios dentro da vida do preso e da sua família, fazendo com que o mesmo reconheça o seu erro e buscando tornar-se uma pessoa melhor, entendo que de fato ele está cumprindo uma pena jus ao crime cometido.

A pena restritiva de direitos é uma das três espécies de penas estabelecidas pelo Código Penal, que segundo o Art. 32, podem ser aplicadas ao condenado, sendo assim, as penas restritivas de direitos também são conhecidas como penas “alternativas”, por se tratarem de uma alternativa à prisão, em vez de ficarem encarcerados, os condenados sofrerão limitações em alguns direitos como forma de cumprir a pena (TJDFT, 2020).

O condenado, desta forma, fica com a sensação de que recebeu uma pena assertiva ao crime cometido, passando ele mesmo a acreditar que a justiça está sendo feita e sua vida, em algum momento, será retomada.

As penas de caráter alternativo têm como objetivo manter o indivíduo condenado livre, desde que atendidos alguns requisitos legais e cumpridos alguns deveres. Estes últimos, por sua vez, consistem em prestar serviços à comunidade, limitação de fim de semana, interdição temporária de direitos, perda de bens e valores ou ainda prestação pecuniária. Ainda assim, apesar de menos onerosas, elas apresentam maior efetividade tanto na prevenção do crime, quanto na ressocialização do indivíduo (ANGELIM, 2016).

As penas alternativas surgiram como o outro lado da história das prisões, o lado onde o apenado também é ser humano e vai aprender de forma eficaz como se ressocializar de forma natural e não imposta, afinal quando se presta serviços à comunidade.

4.2 Ressocialização através da inversão da pena

A ressocialização pode trazer uma verdadeira revolução no sistema penal brasileiro, fazendo com que os presos recebam punições cabíveis, dentro do que crime cometido e que este, aprenda de fato com os seus erros, não voltando a fazer ele o cometer outra vez.

Pode-se entender como socialização a preparação dos indivíduos para tornarem-se parte integrante dos sistemas sociais. Da perspectiva da manutenção do sistema social, a socialização é necessária para que os indivíduos saibam respeitar as regras sociais e adaptem-se a elas (NETO, 2012).

Todo infrator precisa ter noção de que está indo contra a lei, isto só é possível se a pena aplicada a ele for de acordo com o crime cometido. Neste contexto fica fácil abordar aspectos mais brandos quando a criminalidade, pois fazem com que os atos mudem depois de voltar ao convívio com a sociedade, reduzindo os crimes ao ponto de praticamente erradicar pequenos delitos e quem sabe, um dia, não existirá mais uma mente criminosa a ser estudada.

Na realidade a estrutura carcerária produz a inversão de valores, no sentido de funcionar como uma “escola da criminalidade”, onde ocorre a difusão dos crimes

(BITENCOURT, 2013).

Atualmente, o sistema, infelizmente, acaba deixando o rastro de um legado de criminalidade, onde o infrator pode aprender a não errar novamente, quando tiver a oportunidade de sair, sabendo que mesmo que ele tente sair desta vida, tudo não passe de uma ilusão e o destino final dele, infelizmente, é a criminalidade.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo averiguar a aplicabilidade de penas alternativas para os apenados com o intuito que este tipo de veredito possa auxiliar no processo de ressocialização do preso.

No primeiro item, podemos observar que a ressocialização não está tendo eficácia, pois, uma vez preso este fica com o estigma de bandido, não sendo aceito novamente pela sociedade julgadora.

No segundo item, abordou-se sobre a prisão do homem e como ela é refletida no preso de forma interna e externa e como os seus direitos estão longe de serem vistos, pois por mais que ele tenha sido um infrator, ele ainda possui direitos garantidos pela constituição. Entretanto, notou-se que este ocorre só no papel, na prática as coisas ocorrem de formas bem diferentes, afinal temos mentes julgadoras, que inclusive formam cárceres mais invioláveis do que prisões de metal.

No terceiro item, intensificou-se sobre diferentes formas de sentenças, principalmente sobre as penas alternativas e como elas podem ser benéficas para o preso e para a família, que o espera lá fora, trazendo melhores resultados no processo de ressocialização. O atual sistema brasileiro, ainda tem muito o que avançar nas penalidades aplicadas, pois o atual sistema serve mais para presos acabarem repetindo mais crimes ou até mesmo a prática de novos crimes, uma vez que são encarceradas diversas pessoas que cometeram diferentes delitos.

Ao final, como resultado, obteve-se que o sistema judicial faz pouco uso das penas alternativas para determinados delitos, ocasionando lotações em presídios e incentivando mais uma escola de crime, ao invés de reeducar e ressocializar os criminosos. Uma vez, que esta alternativa faz com que o próprio apenado acredita que a justiça está sendo feita, trazendo a sensação de conformidade e de que a justiça foi feita, aprendendo com os seus erros e evitando de repetir o erro no futuro. Muitos já estão desacreditados, que no dia que em que saírem da prisão, poderão retomar suas vidas, fazendo com que voltem ao crime novamente. A ressocialização no Brasil não passa de uma falácia, que fica bonito apenas no papel, mas na prática não acontece. A implantação de penas alternativas deveria ser mais praticada, por trazer melhores resultados não só aos condenados como a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

ANGELIM, A. C. C. L. **Penas alternativas como instrumento de reintegração social do apenado no sistema penal brasileiro.** Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/penas-alternativas-como-instru>

mento-de-reintegracao-social-do-apanado-no-sistema-penal-brasileiro/. Acesso em: 04 de nov. 2020.

BARCINSKI, M.; CÚNICO, S. B.; BRASIL, M. V. Significados da Ressocialização para Agentes Penitenciárias em uma Prisão Feminina: Entre o Cuidado e o Controle. *Trends in Psychology*, v.25, n.3, 1257-1269, 2017.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DALBONI, S. P.; OBREGON, M. F. Q. **A violação de direitos humanos no sistema prisional brasileiro e o supercaso da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-165/a-violacao-de-direitos-humanos-no-sistema-prisional-brasileiro-e-o-supercaso-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 13 de out de 2020.

ESPEN – Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário. **A história das prisões e dos sistemas de punições**. Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária do Paraná, 2020. Disponível em: <http://www.espen.pr.gov.br/modules/contendo/contendo.php?contendo=102>. Acesso em: 15 de nov. 2020.

GASPAR, T. P. **A eficácia dos Direitos Humanos**. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://tatianapgaspar.jusbrasil.com.br/artigos/396933500/a-eficacia-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 14 de nov. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais**. Brasília: Rio de Janeiro 52f, 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4375/1/td_2095.pdf. Acesso em: 15 de set de 2020.

LEMES, T. M. A. **A falaciosa ressocialização de presos no Brasil**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-falaciosa-ressocializacao-de-presos-no-brasil/>. Acesso em: 16 de set de 2020.

MOLINARO, C. A. Dignidade, direitos humanos e fundamentais: uma nova tecnologia disruptiva. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 39, p.103-119, 2017.

MONTEIRO, J. C. **Direito processo penal**. Conteúdo Jurídico, 2020. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54686/dificuldade-de-ressocializacao-do-apanado-perante-a-sociedade>. Acesso em: 15 de set de 2020.

NETO, J. M. N. **Importância da família no processo de ressocialização do encarcerado diante das condições do sistema penitenciário no estado do Ceará**. Universidade Federal do Ceará (Monografia), 75 f. 2012.

RANGEL, A. J. **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil:** perspectiva humanitária e tratados internacionais. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>. Acesso em: 15 de nov. 2020.

RESENDE, G. S. de. **O sistema penitenciário e a ressocialização do apenado.** 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68664/o-sistema-penitenciario-e-a-ressocializacao-do-apanado>. Acesso em: 22 de set de 2020.

ROSSINI, T. R. D. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso.** 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33578/o-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>. Acesso em: 18 de set de 2020.

SENADO FEDERAL. **A visão social do preso.** Senado Federal – Em discussão, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/a-visao-social-do-preso>. Acesso em: 16 de nov. 2020.

SEQUEIRA, V. C. Uma vida que não vale nada: prisão e abandono político-social. **Psicologia: Ciência e profissão**, v. 26, n. 4, p.660-671, 2006.

SOARES, S. S. B. **A execução penal e a ressocialização do preso.** Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-156/a-execucao-penal-e-a-ressocializacao-do-preso/>. Acesso em: 15 de set de 2020.

TJDFT – Tribunal da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Pena restritiva de direitos.** 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/pena-restritiva-de-direitos#:~:text=Penas%20restritivas%20de%20direitos%20ou,e%20n%C3%A3o%20tiver%20maus%20antecedentes>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

VERÍSSIMO, E. **O sistema prisional brasileiro como violador dos direitos humanos.** 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76853/o-sistema-prisional-brasileiro-como-violador-dos-direitos-humanos#:~:text=1%2D%20INTRODU%C3%87%C3%83O%3A,sob%20a%20cust%C3%B3dia%20do%20Estado>. Acesso em: 10 de out 2020.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM DECORRÊNCIA DO DANO AMBIENTAL NO BRASIL

Priscila Rodrigues¹

Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²

Tatiana Zanghelini Ribeiro³

Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues⁴

RESUMO

O presente artigo discorre sobre o tema “Desconsideração da Personalidade Jurídica em decorrência do dano ambiental no Brasil”. Tem por objetivo abordar as mudanças relevantes trazidas pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 no intuito de analisar a aplicação da lei, que trata da pessoa jurídica na esfera civil, ambiental, e trabalhista, e para isso traz a importância do instituto da desconsideração no ordenamento jurídico, sua origem seus modos de aplicação, refletindo na seara ambiental, tanto no caráter jurídico quanto social e legislativo. Nesta perspectiva, cumpre destacar o advento do artigo 133 do novo Código de Processo Civil Lei nº 13.105/2015, que trouxe importante conotação prática na satisfação das obrigações de fazer que atinja o patrimônio social dos sócios das empresas, com objetivo de regulamentação do incidente da desconsideração. Nesse contexto, os encaminhamentos e objetivos do estudo são: a Desconsideração da Personalidade Jurídica em Danos Ambientais apontando seus efeitos e entendimento do judiciário, a fim de permitir que o patrimônio dos sócios responda pelos débitos da sociedade empresária em decorrência de reparação de danos ao meio ambiente.

Palavras chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Legislação. Direito Ambiental. Patrimônio Social.

¹ Aluna da 10ª fase do curso de Direito, pelo Centro Universitário UNIFACVEST.

² Prof. Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Professora do Centro Universitário Facvest. Formada em Direito pela Uniplac, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UFSC, Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest, Advogada e Professora Universitária.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Especialista em Direito Tributário pela Univali e Mestre em Direito do trabalho pela UCS.

DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY DUE TO ENVIRONMENTAL DAMAGE IN BRAZIL

Priscila Rodrigues¹

Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²

Tatiana Zanghelini Ribeiro³

Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues⁴

ABSTRACT

The current article argues about the theme “Disregard of the Legal Personality due to environmental damage in Brazil”. It aims to approach the relevant changes brought by the Law Number 13.874, of September 20th, 2019, in order to analyze the law enforcement, which deals with legal entities in the civil, environmental, and labor areas, and for this it brings the importance of the disregard institute in the legal system, its origin, its application methods, reflecting in the environmental field, both in legal as social and legislative purpose. In this perspective, it is important to highlight the advent of Article 133 of the new Code of Civil Procedure Law number 13.105/2015, which brought important practical connotation in the fulfillment of the obligations of doing that reaches the shareholders’ equity of the company’s partners, aiming the regulating of the disregarding incident. In this context, the guidelines and objectives of the study is the Disregard for the Legal Personality in Environmental Damage, pointing out its effects and understanding of the judiciary, in order to allow the shareholders’ equity answer for the debts of the company as a result of damages to the environment.

Key Words: Disregard of the Legal Personality. Legislation. Environmental Law. Shareholder Equity. Environment.

¹ Aluna da 10ª fase do curso de Direito, pelo Centro Universitário UNIFACVEST.

² Prof. Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Professora do Centro Universitário Facvest. Formada em Direito pela Uniplac, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UFSC, Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest, Advogada e Professora Universitária.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Especialista em Direito Tributário pela Univali e Mestre em Direito do trabalho pela UCS.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto de estudo em tela nutre seu conteúdo sobre: A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Decorrência dos Crimes de Dano Ambiental no Brasil. No qual será abordado as alterações e algumas mudanças relevantes trazidas pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

No objetivo geral, o estudo busca explicar sua origem, seus modos de aplicação, refletindo na seara ambiental, tanto no caráter jurídico quanto social e legislativo, correlacionando a desconsideração da personalidade jurídica em decorrência do dano ambiental.

Bem como no objetivo específico, o estudo pretende demonstrar a importância do instituto da desconsideração no ordenamento jurídico, a fim de reparar o dano causado ao meio ambiente.

A problemática apresentada faz referência à desconsideração da pessoa jurídica na esfera civil, quando ocorre danos ao meio ambiente causados por pessoas jurídicas, que por meio da desconsideração da personalidade jurídica pode ser reparado.

Metodologicamente utilizar-se-á métodos dedutivos, análises exploratórias, investigativa, revisão bibliográfica e juntada jurisprudencial.

Registrando que a relevância do referido tema que se pauta no fato da questão ambiental ser foco de discussões em todo o mundo, devido à realidade que acompanhamos todos os dias, notícias e dados assustadores sobre a degradação do planeta Terra e de seus recursos naturais, tornando um assunto pertinente ao princípio constitucional tutelado pelo artigo 225 da CF/88, desta feita, com a principal preocupação que é o direito intergeracional, a tutela difusa e os efeitos legais dos danos ambientais.

Afim de aperfeiçoamento, na primeira seção abordar-se-á a evolução histórica do direito ambiental no Brasil, explanando as constantes mudanças em que vivemos sofrendo em razão do dano ambiental, apontando como se dá a reparação dos danos causados ao meio ambiente de acordo com ordenamento jurídico, frente às discussões e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Posteriormente, a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC artigo 133 e no Código Civil de 2002; no segundo momento a sede partiu da legislação brasileira e atuais mudanças na aplicabilidade da lei nº 13.874/19 acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e finalmente é apresentado entendimentos atuais do STJ, bem como as considerações finais.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

A ciência jurídica propriamente dita é uma ciência em constante evolução, que deve acompanhar as mudanças da sociedade e realidade das relações dessa, portanto, nesse viés pode-se dizer que o Ordenamento Jurídico não pode ser estanque e imutável, e sim, deve estar de acordo com as diversidades sociais, para não se tornar obsoleto em relação à realidade atual.

A respeito da constante evolução do Ordenamento Jurídico, Orlando de Almeida Secco (2009, p.41) expõe que:

À medida que se multiplicam as hipóteses de relacionamento dos indivíduos, maiores são as possibilidades de conflitos e mais extensos se tornam os horizontes do Ordenamento Jurídico, esse ordenamento deve e precisa acompanhar a evolução dos relacionamentos dos indivíduos, lado a lado.

Entretanto, é fato que o direito está em constante evolução, e as formas de relações vem sofrendo transformações de maneira que a sociedade e seus indivíduos são expostos à mutação.

Por outro viés, Sirvinskas (2005) acredita que a evolução do homem foi longa até atingir uma consciência plena e completa da necessidade da preservação do meio ambiente, em outras palavras, apesar de o direito evoluir para acompanhar a realidade da sociedade, foi longo o processo para a proteção do meio ambiente ganhar ênfase no meio jurídico.

Nesse sentido, o homem na antiguidade sempre valorizou a natureza, não de maneira acentuada com o intuito de preservar, mas respeitava a natureza como algo divino, um cenário que se modificou com essa evolução, tantas tecnologias exacerbadas que o próprio homem tratou logo de inserir isso em seu cotidiano, e sem perceber foi causando danos irreparáveis à mãe natureza, sendo assim, aquela preocupação que existiu desde os primórdios foi ficando cada vez mais longe de se aplicar, e então, vivemos um triste momento para o direito ambiental.

Com o passar dos anos e o crescimento constante das civilizações, percebe-se a necessidade de se utilizar o meio ambiente e viver da natureza, não apenas como forma de subsistência, mas como instrumento do crescimento econômico e social, posto que as descobertas científicas, de forma mais acentuada, passam a exigir novas ferramentas, técnicas, medidas e máquinas de exploração.

Entretanto, a preocupação com o meio ambiente tornou-se algo de grande proporção frente ao nosso ordenamento jurídico, sendo então notada pela legislação brasileira dando prioridade à proteção ambiental.

Ao passar dos anos foi possível observar impossibilidades de renovação de recursos naturais e com isso foram surgindo novas leis específicas que amparam o meio ambiente, sendo umas delas pontuada por Milaré (2013, p.237): “Nas décadas que surgiram à promulgação do Código Civil, começou a florescer a legislação tutelando meio ambiente no Brasil, com aparecimento dos primeiros diplomas legais, permeados por algumas regras específicas sobre fatores ambientais.”

Dessa forma, o primeiro dispositivo legal a versar sobre o meio ambiente foi o Código Civil de 1916, logo após sua publicação, novas legislações foram surgindo em prol da defesa do meio ambiente e tornando possível, e justo, uma evolução histórica nesse cenário.

Sendo assim, com a evolução e consciência de meio ambiente ecologicamente equilibrado, passaram a ser criadas novas legislações, que visavam proteger a natureza. Em meados da década de 70, essa preocupação foi aumentando cada vez mais com a significativa expansão do ramo industrial, que por sinal, crescia de forma desordenada e avançava, trazendo sérios problemas ambientais, causando instabilidade e finitude de diversos recursos naturais.

Evidentemente que os recursos naturais não são infinitos, mas que com essa realidade foram causadas algumas consequências a partir dessa industrialização, tor-

nando alguns desses recursos escassos à longo prazo, e por isso percebeu-se que futuramente, sérios problemas poderiam ser causados em função da falta desses recursos naturais.

De acordo com pesquisas por Milaré (2013), em junho de 1972, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano e seu futuro, reunida em Estocolmo, lançou um brado de alerta sobre o destino conjunto da espécie humana e do planeta Terra.

Logo após essa conferência as questões de desenvolvimento e sustentabilidade ganharam ênfase para proteção legal do meio ambiente, tornando de forma inclusiva e democratizada. O tema ecologia ou ecológico tornou um dos maiores do momento, fazendo com que a legislação brasileira viesse a promulgar normas mais amplas e específicas, como outros eventos, fóruns, conferências não apenas mundiais, mas de todos os níveis, ocorreram ao longo dos últimos anos, sempre prevendo diretrizes e compromissos para a preservação do meio ambiente, aliado ao desenvolvimento.

Com o tempo, os problemas ambientais tornam-se mais graves e irreversíveis, sendo primordial a atenção dos órgãos políticos para a previsão de medidas de prevenção.

2.1 Tutela constitucional do meio ambiente

Tratando-se do meio ambiente ecologicamente equilibrado, e de como esse tema tomou destaque ao longo dos anos, o legislador encontrou uma forma de garantir esse direito e assegurou que a Carta Magna de 1988 tornasse isso possível e acessível a todos.

A primeira vez em toda história em que uma constituição pátria tutelou sobre meio ambiente. Assim Celso Antônio Fiorillo (2011), a nossa Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção ligada a direitos.

Portanto, o Direito Ambiental é um ramo autônomo de direito público, que disciplina, ordena e tutela as questões e os problemas dos seres humanos com o meio ambiente, instituindo a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

Entretanto, é indispensável a exposição dos conceitos relevantes, posto que é objeto de análise do Direito Ambiental, o texto constitucional inova também quando divide a responsabilidade pela defesa do meio ambiente entre o Poder Público e a coletividade, ampliando sobremaneira a importância da sociedade civil organizada e, portanto, também reforçando o seu título de “Constituição Cidadã”.

Segundo o art. 225, caput, da CF/88:

Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se à coletividade e ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988, s.p)

Nota-se que a visão apresentada refere-se a uma forma ampla de análise do

meio ambiente, e tem sido cada vez mais aceita, pois privilegia não somente a natureza em sua forma natural, abrangendo também as relações sociais e culturais, capazes de modificação. O texto constitucional destaca a importância fundamental da preservação dos recursos ambientais, uma vez que sua falta condenaria a existência humana.

Nesse sentido, é importante destacar que o meio ambiente tem natureza jurídica de direito de interesse difuso, pertencendo à terceira geração de direitos e torna-se indispensável a existência de um aparato do Estado para sua proteção.

Dispõe, ainda, o artigo 225 § 3º da Constituição Federal de 1988, “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Por último, a Constituição Federal de 1988, além de tutelar sobre o meio ambiente, elencou diversas perspectivas contra a degradação ambiental, e como se pode perceber no artigo supracitado uma de suas preocupações foi responsabilizar não só a pessoa física, mas também a pessoa jurídica, e com isso a adoção de medidas se fez necessário para a reparação da violação da natureza.

2.2 Principais princípios do direito ambiental

Apesar da evolução da consciência ambiental, com a criação de legislações que visavam a proteger a natureza, a preocupação ambiental aumentou e com isso surgiram alguns princípios ambientais norteadores de fronteiras ampliadas com o estudo e a filosofia. Por meio de princípios, o direito ambiental sistematiza normas de proteção e defesa ao meio ambiente, com intuito de manter regras e comportamentos que pessoas ou instituições devem obedecer.

Nessa premissa de acordo com as lições de Bessa Antunes (2006, p.39): “O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis”.

Percebe-se que o princípio da prevenção surge como um modelo de advertência aos possíveis danos ambientais, estimulando o poder público a criar medidas que previnam ou eliminem a ocorrência de dano ambiental.

O princípio da precaução surge como complemento da prevenção, a fim de premeditar eventos que possam prejudicar o meio ambiente, ou seja, quando há ausência de evidências científicas da ocorrência de dano ambiental, não se deve permitir o desenvolvimento da atividade, a fim de precaver a degradação ambiental.

No princípio do poluidor-pagador, é imposto ao poluidor a responsabilidade do dano ambiental na esfera cível, penal e administrativa, devendo o agente ser obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente degradado, bem como o encargo perante terceiros devido à degradação dos recursos naturais.

Já no princípio do desenvolvimento sustentável, a sua premissa parte em obter a integração dos objetivos econômicos, sociais e ambientais, em prezar pela integração de ações empreendidas pelo Estado, empresas, ONGs e demais sujeitos sociais. (ANTUNES, 2011).

Essa finalidade tem por objetivo alcançar o desenvolvimento sustentável pre-

visto em nossa Carta Magna, regulamentando as atividades econômicas que envolvam o meio ambiente, garantindo dessa forma a qualidade de vida e o desenvolvimento sustentável social econômico.

Com o princípio da participação pública, os cidadãos interessados podem fazer parte nas tomadas de decisões do Estado, dessa forma, é dever das autoridades públicas informar as atividades relativas ao meio ambiente, para que o público seja devidamente comunicado sobre as questões ambientais.

Pode-se entender que com o advento dos princípios ambientais, o meio ambiente passou a ser respeitado da forma que sempre mereceu, pois a adoção de medidas de prevenção faz-se necessária para evitar que uma ação negligente ou até mesmo intencional resulte em um dano ao meio ambiente. Com então objetivo de reprimir conduta ilegal e assim se obter a reparação de danos e violação contra a natureza.

3 DA TUTELA JURÍDICA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Importante ressaltar que natureza passou a ser valorizada ainda mais quando a implantação de medidas de prevenção foi necessária para evitar certas ações e condutas negligente ou até mesmo intencional que resulte em danos extensos ao meio ambiente, tendo o objetivo de penalizar esse tipo de conduta e obtendo a reparação da violação da natureza.

Nesse sentido Sirvinskas (2002, p.08) afirma que:

A proteção da natureza é muito antiga e tem como fundamento a bíblia sagrada. O homem será julgado por aquilo que fizer contra a natureza. O meio ambiente é criação divina. Sendo homem mero procurador de Deus na Terra, devendo prestar-lhe contas de suas atitudes praticadas contra a natureza.

Dessa forma, surge a necessidade das autoridades estabelecerem regras para proteger e conservar o meio ambiente, conforme disposto no artigo 23 da Constituição Federal, é de competência comum dos entes federados garantirem a proteção dos recursos naturais.

No Brasil, onde as naturezas naturais possuem grande valor, a tutela ambiental está insculpida na Carta Magna, em diversos artigos, cujo objetivo é proteger o impacto ambiental, tornando os entes federais totalmente responsáveis pela aplicação de uma legislação protetiva.

Conforme explica Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2011, p.62) afirma que:

A Constituição Federal de 1988 consagrou de forma nova e importante a existência de um bem que não possui características de bem público e, muito menos, privado, voltado à realidade do século XXI, das sociedades de massa, caracterizada por um crescimento desordenado e brutal avanço tecnológico. Diante desse quadro, a nossa Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção ligada a direito que muitas vezes transcendem a tradicional idéia dos direitos ortodoxos: os chamados direitos difusos.

Nesse viés, a tutela dos direitos ambientais na Constituição Federal se caracteriza por ser um direito difuso, tendo em vista que a Carta Magna atribuiu a todos os entes federados a possibilidade de criar normas para proteger e resguardar o meio ambiente.

Além da Constituição, a tutela é resguardada por diversas normas infraconstitucionais, ressalta-se a Lei 6.938/81, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, onde em seu artigo 4º dispõe sobre a obrigação do poluidor de reparar ou indenizar os danos causados ao ambiente.

3.1 Breve conceito da desconsideração da personalidade jurídica

Inicialmente é relevante apontar que o direito brasileiro considera inúmeras espécies de sociedade, desde que atendido os requisitos impostos pela lei. Nessa perspectiva, a desconsideração da personalidade jurídica tem como principal objetivo impedir fraudes nas sociedades empresariais.

Seguindo na linha de obrigações da personalidade jurídica, o artigo 170 da Constituição Federal estabelece os princípios gerais das atividades econômicas, bem como a função social da empresa e a proteção do consumidor.

Nesse sentido, o legislador positivou e consagrou duas teorias a respeito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, conforme explicações doutrinárias elucidadas.

Logo, destaca-se a teoria maior, de codificação material, à luz do artigo 50 do CC/02, a incidência do instituto exige dois requisitos, quais sejam, o abuso da personalidade jurídica e o prejuízo ao credor que pretende a quebra da autonomia da pessoa jurídica frente aos seus membros (TARTUCE, 2019).

No artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, a desconsideração da personalidade jurídica demanda apenas o prejuízo ao credor, tendo em vista que os consumidores são considerados vulneráveis nas relações contratuais.

Por conseguinte, retira-se da doutrina de Diniz (2013, s.p) que: “a personalidade jurídica, como se pode ver, será, então, considerada como um direito relativo, permitindo ao órgão judicante derrubar a radical separação entre a sociedade e seus membros, para decidir mais adequadamente, coibindo o abuso de direito e condenando as fraudes”.

Portanto se pode observar que a desconsideração da personalidade jurídica é o resultado da preocupação da utilização desta, seja para fins diferentes do motivo real pelo qual foi instituída, tornando efetiva a importância do meio ambiente para a sociedade e futuras gerações, visando então o equilíbrio ambiental e a atividade humana em relação ao meio ambiente.

Consolidando sobre o conceito da desconsideração da personalidade jurídica, esclarece Venosa (2013, p.285) sobre o tema:

Assim, quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir de suas finalidades para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em consideração sua existência, decidindo o julgador como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pes-

soa natural (ou outra pessoa jurídica). Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo. Imputa-se responsabilidade aos sócios e membros integrantes da pessoa jurídica que procuram burlar a lei ou lesar terceiros.

Nesse prisma, fica evidenciado que a desconsideração da personalidade jurídica possui efeitos relacionados ao abuso de direito e fraudes, cuja as consequências devem ser observadas e aplicadas no caso concreto.

Conforme explanado no teórico, a responsabilização dos sócios surge para impedir que os mesmos tentem de forma direta ou indireta burlar a lei, causando prejuízos a terceiros do vínculo obrigacional.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O DANO AMBIENTAL

A preocupação com o meio ambiente sempre foi um assunto muito discutido entre países do mundo inteiro, tendo em vista que os recursos naturais são fontes de inúmeros benefícios para a manutenção da vida, como também para fatores econômicos. Cada vez mais a consciência em manter um equilíbrio ambiental vem ganhando força.

No direito brasileiro, é possível encontrar diversos artigos que tratam das obrigações da sociedade e do Estado com o meio ambiente. A exemplo, o artigo 225 da Constituição determina que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988, s.p)

Nesse contexto, a principal preocupação do Direito Ambiental é determinar critérios, métodos, proibições e permissões, para que haja uma utilização dos recursos naturais de forma racional, bem como, preservar o meio ambiente para as gerações futuras.

Nesse sentido, o dano consiste no prejuízo causado por uma ação ou omissão específica, que por sua vez, altera seu sentido de forma negativa, trazendo uma lesão ao meio ambiente que está equilibrado. Conforme se extrai da doutrina de Paulo de Bessa Antunes (2011, p.286-287) acerca do dano:

O dano é o prejuízo causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento. É juridicamente irrelevante o prejuízo que tenha por origem um ato ou uma omissão imputável ao próprio prejudicado. Ação ou omissão de um terceiro é essencial. Decorre daí que dano implica alteração de uma situação jurídica, material ou moral, cuja titularidade não possa ser atribuída àquele que, voluntária ou involuntariamente, tenha dado origem à mencionada alteração.

Na Constituição Federal, em seu art. 225, § 3º, o dano causado ao meio ambiente possui responsabilidade triplíce, ou seja, suas sanções podem ser nas esferas:

penal, civil e administrativa ao causador do dano.

A lei 6.938/81, em seu inciso II, trouxe a definição da degradação da qualidade ambiental como “alteração adversa das características do meio-ambiente”. Bem como o inciso III da referida lei, conceitua a “degradação da qualidade ambiental resultante das atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

Como resultado, ao passar dos anos notou-se a impossibilidade de renovar os recursos naturais, surgindo então a necessidade de criar leis específicas à proteção do meio ambiente.

Esclarece Édís Milaré (2014) que, nas décadas que seguiram à promulgação do Código Civil, começou a florescer a legislação tutelar do meio ambiente no Brasil, com o aparecimento dos primeiros diplomas legais, permeados por algumas regras específicas sobre fatores ambientais.

Dessa forma, ocorrido o dano ao meio ambiente, possível a sua reparação por meio da responsabilidade civil do agente, conforme determina o art. 927 do Código Civil, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, e 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.

A reparação do dano causado ao meio ambiente está disposto na Constituição Federal em seu artigo 255, § 3º, bem como, o art. 4º, VII, da Lei 6.938/81 disciplina que deve ser imposta ao poluidor a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados ao meio ambiente.

Visualiza-se a preocupação do legislador em reparar e punir os danos causados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, é possível a desconsideração da personalidade jurídica sempre que sua personalidade impeça ao ressarcimento de prejuízos ao fator ambiental.

5 DA APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CPC/2015 ARTIGO 133 E NO CÓDIGO CIVIL LEI 10.406/2002

Com a modificação do Código de Processo Civil de 2015, o artigo 133 alterou a forma que o procedimento jurídico era utilizado, discorre acerca do procedimento jurídico que trata exclusivamente do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, o qual pode ser instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público.

O objetivo de alcançar os bens dos sócios para cumprimento de suas obrigações tornou-se mais efetivo e concreto. A partir do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, sempre que houver confusão patrimonial ou desvio de finalidade da pessoa jurídica o interesse e direito dos credores estarão resguardados.

Em consonância, o artigo 50 do Código Civil discorre sobre a possibilidade do Juiz em desconsiderar a personalidade jurídica a fim de que as obrigações sejam

estendidas aos bens particulares de administradores ou de sócios de pessoa jurídica beneficiada.

Observa-se que as alterações trazidas pelo legislador, demonstram a preocupação de manter o meio ambiente seguro e livre de possíveis abusos que poderão sofrer condutas que lesem credores, ou a prática de ato ilícito de qualquer natureza.

Com a sanção da Lei 13.874/19, o dolo, requisito antes necessário para configurar a desconsideração da personalidade jurídica, foi retirado do texto legal, sendo incluindo que o desvio de finalidade se caracteriza pela utilização da pessoa jurídica a fim de lesar credores ou praticar atos ilícitos.

Insta destacar que, anteriormente, o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica ficava a critério do juiz da causa, não existindo nenhum rito processual previamente estabelecido, sendo a parte intimada, ou não, para se manifestar no processo.

Com o advento da Lei 13.874/19, por meio de seus artigos 133, 134, 135, 136 e 137, passou a ser lícita a instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica desde o processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução de título extrajudicial. Dispõe o artigo 133 do novo CPC/15 sobre a instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1.º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2.º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. (BRASIL, 2015, s.p)

Dessa forma, é possível extrair do artigo as informações e matérias necessárias para buscar o incidente, o que até então, só poderia ser apreciada, via de regra, na fase de cumprimento de sentença ou execução, oportunidade em que se verificava a existência de bens necessários para cumprimento da obrigação.

Corroborando com os ensinamentos, Misael Montenegro Filho pontua (2016, p.267):

Em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o art. 135 do novo CPC prevê que, instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias. A pessoa (física ou jurídica) contra a qual o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é instaurado pode apresentar defesa (que pode ser intitulada impugnação), no prazo previsto na citada norma.

Ou seja, para fins de defesa do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, os sócios serão citados no prazo de 15 dias para se manifestar, bem como aqueles que sofrerem a constrição de bens, poderão apresentar embargos de terceiros.

É possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, quando legalmente constituída a sociedade empresarial, comprove-se a ocorrência de má administração, fraude, confusão patrimonial, abuso de direito e/ou desvio de personalidade.

A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pode

ser aplicada na esfera de crimes ambientais, devido à pessoa jurídica causar prejuízos ao meio ambiente, dessa forma o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo sobre o assunto:

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE. FALÊNCIA. SUSPENSÃO DE ATIVIDADES. ALIENAÇÃO DE ATIVOS. AUSÊNCIA DE PERDA DE OBJETO. PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA. PRINCÍPIO POLUIDOR-PAGADOR E PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO IN INTEGRUM. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. ART. 4º DA LEI 9.605/1998. ARTS. 81 E 82 DA LEI 11.101/2005. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. IMPUTAÇÃO SOLIDÁRIA (ART. 942, IN FINE, DO CÓDIGO CIVIL) E EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. (REsp 1339046/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 07/11/2016).

Conforme demonstra a decisão acima, a suspensão das atividades e alienação de ativos da sociedade empresária gera causa suficiente para conceder a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Ademais, o legislador infraconstitucional autorizou a responsabilidade por danos ambientais ser estendido para pessoas físicas, de ações por práticas por pessoas jurídicas, podendo seus bens alcançados para ressarcir prejuízos do meio ambiente, conforme aplicado na decisão do Tribunal Regional Federal:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IBAMA. Versando os autos sobre reparação de dano ambiental, a jurisprudência e a doutrina vêm entendendo que deve ser aplicada a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, lastreada apenas na comprovação da incapacidade de adimplemento da reparação do dano causado para justificar a penetração no patrimônio dos sócios. Compõe o título judicial a multa pecuniária por descumprimento das determinações no valor de R \$5.000,00 (cinco mil reais).

Dessa forma, é possível verificar que para os tribunais, apenas o prejuízo causado ao meio ambiente é suficiente para que seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, tornando possível que sócios e administradores respondam pela obrigação de indenizar e reparar o dano causado à natureza.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente artigo foi possível analisar a Desconsideração da Personalidade Jurídica frente à Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, trazendo a importância de que o meio ambiente é fundamental à vida de todo ser humano, portanto, proteger o meio ambiente significa ter um bem essencial em nossas vidas e futuras gerações. O objetivo deste artigo teve como estudo a aplicação da desconsideração da personalidade

jurídica em decorrência de danos ambientais no Brasil, trazendo a consciência de como se dá essa descon sideração no direito ambiental podendo observar a criação da personalidade jurídica e a problemática acerca desse tema.

Em um primeiro momento foi abordada a evolução histórica do direito ambiental, o qual passou por alguns momentos de evolução, e que já nos primórdios havia uma grande preocupação com a proteção ambiental, neste, demonstrar que a atividade econômica vai de encontro muitas vezes com a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em um segundo momento tratou a pesquisa sobre tutela de proteção ao meio ambiente, buscando pesquisar referente a lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981: Política Nacional do Meio Ambiente, pensando-se na responsabilidade social, jurídica, civil e das políticas públicas para a preservação do meio ambiente em um todo, como humanidade que necessita de exemplo para as próximas gerações, conforme disposto no princípio fundamental do art. 225 da CF/88.

Por fim, na terceira e última seção, foi elencada a pessoa jurídica juntamente com a reparação dos danos ambientais, levando em consideração o exercício da atividade econômica, que em alguns casos, utiliza essa proteção de forma abusiva ao meio ambiente, seja direta ou indiretamente, devendo o causador de tais eventos danosos arcar com sua reparação e consequências, conforme a lei, por isso, a extrema importância deste instituto.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, P. B. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito ambiental**. 13. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito ambiental**. 13. ed.: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/set/2020.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**: Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2020.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**: Código de Defesa do consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 27/out/2020.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**: Lei dos Crimes Ambientais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09/set/2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em: 23/out/2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Dispo-

nível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/nov/2020.

_____. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019:** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 27/out/2020.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva 2003.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva 2011.

MILARÉ, É. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito do Ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTENEGRO FILHO, M. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas 2016.

SECCO, O. A. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva 2002.

_____. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA **Recurso Especial:** (Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/03/2013, DJe07/11/2016). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br>. Acesso em: 10/nov/2020.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DE 4º REGIÃO. **AG 25329 SC 2009.04.00.025329-0**, Rel. Valdemar Capeletti, julgado em 04/11/2009, D. E. 16/11/2009. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 10/nov/2020.

VENOSA, S. S. V. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NA COMARCA DE LAGES/SC

Victória Alexandra Vazquez Canteros¹
Caroline Ribeiro Bianchini²
Ademar de Souza Mendes³
Iria Catarina Queiroz Baptista⁴

RESUMO

O presente artigo objetiva conhecer a situação psicossocial das mulheres, vítimas de violência doméstica e familiar, nos aspectos sociais e jurídicos da Violência contra a Mulher no contexto da Lei Maria da Penha – 11.340/2006. Atendidas na Delegacia de Proteção à Criança, Adolescente, Mulher e Idoso – DPCAMI, situada na Comarca de Lages, Estado de Santa Catarina. A violência relaciona-se a agressões de ordem física, psicológica, emocional, verbal, sexual e patrimonial. Sucedeu-se pesquisa bibliográfica e pesquisa de campo sobre o tema. A pesquisa refere-se à quantidade dos boletins de ocorrência, medidas protetivas e procedimentos que foram instaurados – de Janeiro de 2018 até Setembro de 2020 sendo todas ocorrências enquadradas na Lei Maria da Penha – 11.340/06. Nos dias atuais a violência contra a mulher é conhecida não como um problema de regra privado, público ou individual, mas sim como um acontecimento estrutural, de responsabilidade da sociedade como um só todo. A violência comove as mulheres de todas as classes sociais, etnias, religiões e regiões brasileiras.

Palavras chave: Violência contra Mulher. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

This article aimed to understand the psychosocial situation of women, victims of domestic and Family violence, in the social and legal aspects of violence against women in the context of the Maria da Penha Law – 11.340/2006. Assisted at the Police Station for the Protection of Children, Adolescents, Women and the Elderly – DPCAMI, located in the District of Lages, State of Santa Catarina. Violence is related to physical, psychological, emotional, verbal, sexual and patrominal aggressions. Bibliographic and field research on the topic were followed. The survey refers to the number of police reports, protective measures and procedures that were instituted – January 2018 to October 2020 all occurrences falling under the Maria da Penha Law – 11.340/2006. Nowadays violence against women is know not as a problem of private, publico r individual rule, but as a structural event, the responsibly of society as a whole. Violence moves women of all social classes, ethnicities, religions and regions in Brazil.

Key Words: Violence against women. Domestic violence. Maria da Penha Law.

¹ Acadêmica 10ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário UniFacvest.

² Graduada em Direito, Advogada, Especializada em Direito Processual Civil, Mestre em Direito Constitucional, Doutoranda em Direito, Prof. Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

⁴ Professora do Centro Universitário UNIFACVEST.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo apresenta como objetivo institucional cumprir requisito para a conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest, adotando como tema a Violência Contra Mulher na Comarca de Lages/SC, desde o mês de janeiro de 2018 até setembro de 2020.

A relevância do mencionado assunto se efetiva no enfoque nas mulheres vítimas de crimes, nos aspectos sociais e jurídicos da violência contra a mulher no contexto da Lei Maria da Penha.

Isso corresponde à problemática do presente artigo. Nos dias atuais, a violência pode ser considerada um dos maiores problemas da comarca de Lages/SC. A agressão praticada pelo homem contra a mulher é uma violência baseada no gênero, pois apresenta como alicerce a tradição do patriarcalismo, a qual abarca o histórico e discriminatório pensamento do suposto dever de submissão da mulher ao homem como se ela estivesse em uma posição hierárquica inferior a ele na sociedade.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o artigo tem como objetivo geral verificar os dados da violência contra a mulher na comarca de Lages/SC.

Como objetivos específicos analisar dentre os mais variados tipos de violência, destaca-se a violência doméstica que ocorre no seio familiar. A violência doméstica atinge principalmente às mulheres, sendo que os agressores, na maioria das vezes, são os próprios familiares.

A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvida uma primeira parte voltada aos aspectos históricos e conceituais da violência contra a mulher.

Posteriormente, serão analisados os conceitos das violências contra a mulher. A violência refere-se a agressões de ordem física, verbal, psicológica, emocional, sexual e patrimonial.

Finalmente, em um terceiro momento serão observados os dados das violências contra a mulher e os procedimentos que foram instaurados na Delegacia da Mulher, Criança, Adolescente e ao Idoso, localizada na comarca de Lages/SC.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher é prática que resulta em lesão física, sexual, psicológica, emocional, patrimonial, moral ou em morte. É muitas vezes considerado crime de ódio, este tipo de violência visa um grupo específico, com o gênero da vítima sendo o principal motivo.

De acordo com o Senado Federal, nos dias atuais a violência contra a mulher é conhecida não como um problema de regra privada, pública ou individual, mas sim como um ato estrutural, de forma responsável da sociedade como o todo. A violência comove todas as mulheres, de todos os tipos de classes sociais, etnias, religiões e regiões brasileiras.

A violência doméstica sempre esteve presente na história da humanidade e

somente a partir da década de 90 foi reconhecida como agravo à saúde pública por instituições internacionais, assim como a Organização Mundial da Saúde — OMS, (JONG, 2008).

É um problema grave que aflige toda a sociedade independente da classe social, graus de escolaridade, idades, etnias e religiões. Segundo Teles Melo (2003, p.12): “A violência corresponde ao uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar alguém a fazer algo que não quer, é tolher a liberdade, impedir que o outro manifeste seu desejo e sua vontade, ou seja, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano.”

Verifica-se que a violência doméstica afeta diferente áreas da vida das mulheres: saúde, envolvendo aspectos físicos e mentais, trabalhistas e sociais.

Segundo Ribeiro e Coutinho (2011), um em cada cinco dias de falta ao trabalho é causado pela violência sofrida pelas mulheres dentro de suas casas; a cada cinco anos, a mulher perde um ano de vida saudável se ela sofre violência doméstica. Conforme Deodato (2005, p.109):

A fragilização dessas vítimas pode incluir efeitos permanentes na autoestima e autoimagem, deixando-as com menos possibilidade de se proteger, menos seguras do seu valor e dos seus limites pessoais, e mais propensas a aceitar a vitimização como sendo parte de sua condição de mulher.

Apesar dos números relacionados à violência contra as mulheres só aumentarem na comarca de Lages/SC, os números em si estão sendo muito alarmantes. Muitos avanços foram alcançados em termos de legislação, sendo a Lei Maria da Penha 11.340/2006 considerada pela ONU uma das 3 (três) leis mais avançadas de enfrentamento à violência contra as mulheres do mundo.

A violência contra as mulheres pode ser dividida em várias categorias, incluindo a violência cometida por cidadãos e pelo Estado.

Certas formas de violência cometidas por indivíduos são crimes: de estupro, violência doméstica ou familiar, assédio sexual, coerção reprodutiva, infanticídio feminino, aborto seletivo e violência obstétrica e costumes ou práticas tradicionais nocivas, como crime de honra, feminicídio relacionado ao dote, mutilação genital feminina, casamento por rapto, casamento forçado e violência no trabalho são todas manifestadas por meio de abusos físicos, psicológicos e sociais.

O Estado pratica ou tolera certas formas de violência, como o estupro de guerra, violência sexual e escravidão sexual durante conflitos, esterilização forçada, aborto forçado, violência policial e de autoridade, apedrejamento e flagelação. Várias formas de violência contra as mulheres, como o tráfico, a prostituição forçada, são frequentemente cometidas por organizações criminosas. Segundo Porto (2007, p.13):

A violência é uma constante na natureza humana. Desde a aurora do homem e, possivelmente, até o crepúsculo da civilização, este triste atributo parece acompanhar passo a passo a humanidade, como lembrar, a cada ato em que reemerge no cotidiano, nossa paradoxal condição, tão selvagem quanto humana.

No Brasil a Lei n° 10.778, de 24 de Novembro de 2003, estabelece a notifi-

cação compulsória, no território nacional, no caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privada.

Segundo Filippelli (2020) a Lei nº 10.778, de 24 de Novembro de 2003, é complementada pela Lei Maria da Penha como mais um mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, com medidas mais efetivas (penais) para o seu controle além do dimensionamento do fenômeno.

Embora a notificação e investigação de cada agravo em si já proporcionem um impacto positivo para reversão da impunidade que goza o agressor, de certo modo, defendido por uma tradição cultural machista além de naturalmente ser um instrumento direcionador das políticas e atuações governamentais em todos os níveis como previsto na legislação em pauta.

A notificação compulsória das agressões contra a mulher foi resultado da constelação de que a ausência de dados estatísticos adequados, discriminados por sexo sobre o alcance da violência dificulta a elaboração de programas e a vigilância das mudanças efetuadas por ações públicas, conforme explícito na Plataforma de Beijing/95 – parágrafo 120 (2016).

O Brasil é signatário da Declaração e Plataforma de Ação da IV da Conferência Mundial sobre a Mulher, Pequim, 1995 como da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Belém do Pará, 1995. Clara (2016, p.87):

A violência contra as mulheres é um obstáculo à concretização dos objetivos da igualdade, desenvolvimento e paz. A violência contra as mulheres viola, dificulta ou anula o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais das mulheres. O permanente fracasso da promoção e proteção desses direitos e liberdades, em caso de violência contra as mulheres, é um assunto que preocupa todos os Estados e deve ser tomado em consideração. A partir da Conferência de Nairobi, o conhecimento das suas causas e consequências, bem como da sua incidência e das medidas para a combater, conheceu uma grande evolução. Em todas as sociedades, em maior ou menor grau, há mulheres e raparigas sujeitas a abuso físico, sexual e psicológico, qualquer que seja o seu nível econômico, classe ou cultura. O baixo estatuto social e econômico das mulheres pode ser tanto causa como consequência da violência contra as mulheres.

A violência doméstica é um fenômeno múltiplo e complexo, destacando importantes discussões teóricas filosóficas e questões éticas e políticas.

Olhando-se para a discriminação de gênero no Brasil e a cultura patriarcal, pode-se ver a legalização e banalização dessa violência. A legislação da Lei Maria da Penha busca superar essa violência. A Lei traz inovações jurídicas e processuais, e tem como objetivo fazer mudanças legais, políticas e culturais no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres.

3 FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Existem várias formas de violência contra a mulher, tais como violência fi-

sica, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. Segundo Soares (2016, s.p):

Existem várias formas de violência contra a mulher, como: a lesão corporal, que é a violência física, como socos, pontapés, bofetões, entre outros; o estupro ou violência carnal, sendo todo atentado contra o pudor de pessoa de outro sexo, por meio de força física, ou grave ameaça, com a intenção de satisfazer nela desejos lascivos, ou atos de luxúria; ameaça de morte ou qualquer outro mal, feitas por gestos, palavras ou por escrito; abandono material, quando o homem, não reconhece a paternidade, obrigando assim a mulher, entrar com uma ação de investigação de paternidade, para poder receber pensão alimentícia. Mas nem todos deixam marcas físicas, como as ofensas verbais e morais, que causam dores, que superam a dor física. Humilhações, torturas, abandono, etc. São considerados pequenos assassinatos diários, difíceis de superar e praticamente impossíveis de prevenir, fazendo com que as mulheres percam a referência de cidadania.

A violência contra a mulher não se limita a meios de comunicação específicos e não escolhe raça, idade ou condição social. A maior diferença é que entre as pessoas mais aptas financeiramente, as mulheres podem, eventualmente, ficar caladas sobre a violência que sofrem, que pode ser por medo, vergonha ou mesmo a dependência financeira.

Conforme Velloso (2017) na esfera jurídica a violência significa uma espécie de coação, forma de constrangimento, posto em prática para vencer a capacidade de resistência, ou a levar a executá-lo, mesmo contra a sua vontade. É igualmente, ato de força exercido contra as coisas, na intenção de violentá-las, devassá-las, ou delas se apossar.

A maioria das mulheres que sofrem violência doméstica não procura ajuda. Isso acontece porque têm vergonha, porque dependem emocionalmente ou financeiramente do agressor, porque acreditam que a violência não vai acontecer novamente, por motivo dos filhos e nem mesmo para prejudicá-los socialmente, e por esses motivos explícitos acabam não denunciando.

Dentro da definição do que é a violência doméstica é que foi baseado a Lei Maria da Penha nº 11.340/2006, que tem o propósito de coibir a violência doméstica contra mulheres. Nesse contexto, os estudos contra a violência e abuso contra as mulheres atuam numa temática de prevenir, coibir a violência no âmbito familiar e no fortalecimento do vínculo intra domiciliar através do resgate da dignidade dessas famílias.

Segundo o artigo 7º da Lei Maria da Penha nº 11.340/2006 são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - *a violência física*, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - *a violência psicológica*, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e

vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - *a violência sexual*, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - *a violência patrimonial*, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - *a violência moral*, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006, s.p, grifo nosso).

O legislador procurou definir violência doméstica, e também demonstrar suas formas, vigorando o princípio da taxatividade e da legalidade. No entanto, não compromete sua higidez e nem a tísna inconstitucional.

Conforme o artigo 61, II, f, do Código Penal Brasileiro, e a adoção de medidas protetiva previstas na Lei Maria da Penha, mesmo que o crime seja de menor potencial ofensivo, a ação tramita nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

Toda e qualquer mulher que foi abusada física ou mentalmente deve ter a coragem para denunciar o agressor, poruqe fazê-la é para se proteger de futuras agressões e servir de exemplo para outras mulheres, desde que o crime não seja encoberto, não irá se encontrar soluções para o problema. De acordo com Oliveira e Poetry (2009, s.p):

A população deve exigir do Governo leis severas e firmes, não adianta se iludir achando que esse é um problema sem solução. Uma vez violentada, talvez ela nunca mais volte a ser a mesma de outrora, sua vida estará margeada de medo e vergonha, sem amor próprio, deixando de ser um membro da comunidade, para viver no seu próprio mundo.

A liberdade e a justiça são condições necessárias para a prosperidade, são essenciais para que floresça, ninguém se vive sozinho. A felicidade de alguém reside em amar e ser amado. A vida deve ser cultivada e as várias agressões sofridas devem ser condenadas.

Parece que a violência física está intimamente relacionada à violência doméstica e, na maioria das vezes, assume um perfil relacionado à desigualdade de gênero a que, ainda hoje, se assiste. A vítima costuma ser companheira ou ex parceiras dos autores e, muitas vezes, sofre diversas agressões, que lhes traz consequências graves, devido ao medo associado à violência a que estão, permanentemente, sujeitas.

3.1 Violência física

A violência é entendida como qualquer comportamento que ofenda a inte-

gridade física ou a saúde da mulher. É praticado com a força física do agressor, fere a vítima de várias formas e/ou com o uso de armas.

De acordo com o art. 7º, I da LMP — a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal.

A violência física é o uso da força que ofenda o corpo ou a saúde, uma agressão que o crime de lesão corporal em termos de violência doméstica e familiar é previsto no art. 129, §9º Código Penal:

Artigo 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. (BRASIL, 1940, s.p).

A violência doméstica já configurava forma qualificada de lesões corporais, que foi acrescentada ao art. 129, §9º Código Penal. A Lei Maria da Penha limitou-se a diminuir a pena mínima e aumentar a pena máxima: de seis meses a um ano, a pena passou de três meses a três anos. Somente as condutas praticadas dolosamente configuram violência física. Conforme Clara (2004, s.p):

Não só a integridade física, mais também a saúde corporal é protegida juridicamente pela lei penal (CP, art. 129). O estresse crônico gerado em razão da violência também pode desencadear sintomas físicos, como dores de cabeça, fadiga crônica, dores nas costas e até distúrbios no sono. É o que se chama de transtorno de estresse pós-traumático, que é identificado pela ansiedade e a depressão, a ponto de baixar ou reduzir a capacidade de a vítima suportar os efeitos de um trauma severo. Como estes sintomas podem pendurar no tempo, independente da natureza da lesão corporal praticada, ocorrendo incapacidade permanentes habituais por mais de 30 dias ou incapacidade permanente para o trabalho, possível tipificar o delito como lesão grave ou gravíssima, pela perpetuação da ofensa à saúde (CP, art. 129, §1º, Ie§2º, I).

Com base na Lei Maria da Penha, pode-se basear a definição de violência física, naquela que é exercida contra a mulher e que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico.

Mafra (2002) cita que, aviolência psicológica é um tipo de agressão que, em vez de machucar o corpo da vítima, traz danos a seu psíquico e emocional, fere o equilíbrio afetivo, a capacidade de tomar decisões e o estado de bem-estar necessário que para que o indivíduo possa viver com dignidade.

Esse tipo de hostilidade não deixa nenhum sinal físico, por isso não é tão perceptível, mas, às vezes deixa uma marca profundamente negativa nas pessoas que sofrem, tanto que passarão o resto de suas vidas, abaladas e traumatizadas.

3.2 Violência psicológica

A violência psicológica é qualquer comportamento que possa causar danos emocionais e diminuir a autoestima das mulheres é muito comum, pois as mulheres são

proibidas de trabalhar, estudar, sair, viajar, conversar com parentes e amigos.

Esse tipo de violência foi incorporada ao conceito de violência contra a mulher na Convenção interamericana para prevenir Punir e Erradicar a Violência doméstica.

De acordo com o art. 7º, II da LMP— a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

A violência psicológica é a agressão emocional, é tão ou mais grave quanto à violência física. Ocorre quando o autor, ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, são denominadas *vis compulsiva*. De acordo com Misaka (2007, p.86):

[...] todo crime gera dano emocional à vítima, e aplicar um tratamento diferenciado apenas pelo fato de a vítima ser mulher seria discriminação injustificada de gêneros. Se esta realidade não for reconhecida, o agente infringirá o princípio da igualdade” Esta é a forma de violência mais frequente e menos denunciada, muitas vezes as vítimas nem se dão conta que estão das agressões verbais, ou que estão sendo violentadas verbalmente. Manipulações de atos e desejos, tensões agressões verbais são crimes e configuram na violência doméstica. A consumação do dano psicológico dispensa laudo técnico ou realização de perícia. Uma vez reconhecida em juízo é concedida medida protetiva de urgência.

Qualquer delito praticado mediante violência psicológica impõe a majoração da pena (CP, art. 61, II, f).

A violência sexual subsequente refere-se a qualquer ato sexual ou tentativa de obtenção de ato sexual por violência ou coerção, comentários ou investidas sexuais indesejados, atividades como o tráfico humano ou diretamente contra a sexualidade de uma pessoa, independentemente do relacionamento com a vítima.

3.3 Violência sexual

A violência sexual baseia-se fundamentalmente na desigualdade entre homens e mulheres. É qualquer comportamento que impeça uma mulher de testemunhar, manter ou participar de um comportamento sexual prejudicial.

É quando uma mulher é assediada sexualmente, por meio de intimidação, ameaças, coerção, com uso de força, forçada à prostituição, faz um aborto, usa anticoncepcionais contra a sua vontade, para induzi-la promover ou usar seu comportamento sexual de qualquer forma.

De acordo com o art. 7º, III da LMP — a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou

à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

A Convenção Inter americana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, também reconheceu a violência sexual como violência contra a mulher. Historicamente sempre houve certa resistência da doutrina e da jurisprudência para admitir a violência sexual nos âmbitos dos vínculos afetivos. A tendência ainda é identificar o exercício da sexualidade, como um dever do casamento, e legitimar a insistência do homem. Conforme Verneck (2016, s.p):

Existem várias definições de violência sexual. Pode-se afirmar que violência sexual é uma questão de gênero; que ela se dá por causa do papel do homem e da mulher por razões sociais e culturais em que o homem é o dominador. É um tipo de violência que envolve relações sexuais não consentidas e pode ser praticada tanto por conhecido ou familiar ou por um estranho. A violência sexual é um problema universal, pois se sabe que para o homem é uma questão de poder e controle e que atinge as mulheres de todos os tipos e lugares.

Os delitos sexuais são identificados pela lei como ação privada, dependendo somente da representação da vítima. De acordo com Dias (2015, p.75):

Nos delitos sexuais, a ação penal tem sua iniciativa condicionada a representação da vítima. No entanto, quando a vítima é menos de 18 anos ou pessoa vulnerável, a ação é de iniciativa pública incondicionada (CP, art. 225). Segunda a parte do inc. III do art. 7.º da Lei Maria da Penha enfoca a sexualidade sob o aspecto do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. Trata-se de violência que traz diversas consequências a saúde da mulher. A própria lei assegura a vítima cesso aos serviços de contracepção de emergência, profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs), da síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários cabíveis. Para a interrupção de gravidez decorrente a violência sexual, não é necessária autorização judicial, porque se trata se um direito assegurado pela lei. Mesmo que a vítima não queira mover ação penal contra o agressor, deve haver registro de ocorrência, para que tal documento seja apresentado na unidade hospitalar. (art. 9, § 3º).

O legislador advém da violência patrimonial que é qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos.

3.4 Violência patrimonial

É imprescindível em qualquer comportamento que consitua, retenha, deduz e destrua parcial ou totalmente objetos pertencentes à mulher, como documentos pessoais, bens, valores e direitos, ou recursos econômicos.

De acordo com o art. 7º, IV da LMP — a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de

seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

A Lei Maria da Penha reconhece violência patrimonial o ato de, subtrair, furar, destruir qualquer objeto, documentos da mulher, e mantém o autor da infração no vínculo da natureza familiar, não se aplicam imunidades absolutas ou relativas dos artigos 181 e 182 do CP.

É violência patrimonial aprimorar e destruir, os mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro do seu contexto familiar, o crime não desaparece e nem fica sujeito representação.

Segue-se a violência moral trazendo em seus contextos diversas formas de violências que podem ser praticadas contra a mulher. Uma das formas é a violência moral. O texto legal descreve como sendo violência moral qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

3.5 Violência moral

A violência moral está intimamente relacionada à violência psicológica, que pode ser entendida como comportamentos ofensivos como insultos, ofensas, gritos, xingamentos, que podem causar danos emocionais e reduzir a autoestima das mulheres.

De acordo com o art. 7º, V da LMP — a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A violência moral encontra proteção penal nos delitos contra a honra: calúnia, difamação e injúria, conforme segue nas palavras de Monteiro (2019, s.p, grifo nosso):

Calúnia: mentira contada sobre alguém, agindo de má-fé. Em termos legais, caluniar é acusar alguém publicamente de um crime. Proferir calúnias é dizer afirmações falsas sobre alguém, de forma que ofenda à honra da pessoa. No artigo 138 do código penal, diz: Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º — Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º — É punível a calúnia contra os mortos. **Difamação:** é um termo jurídico que consiste em atribuir a alguém fato determinado ofensivo à sua reputação, honra objetiva, e se consuma, quando um terceiro toma conhecimento do fato. No artigo 139 do código penal, fala: Art. 139 — Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena — detenção, de três meses a um ano, e multa. **Injúria:** consiste em atribuir a alguém qualidade negativa, que ofenda sua honra, dignidade ou decoro. No artigo 140 do código penal, menciona: Art. 140 — Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa.

Se o crime for cometido em decorrência do vínculo familiar ou afetivo, passa a configurar como violência doméstica. Quando isto ocorre, é instituído o agravamento da pena, conforme o artigo 61, inciso II, letra f do Código Penal Brasileiro. “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.” (BRASIL, 1940, s.p)

Embora não haja marcas físicas óbvias, a violência moral ainda viola gravemente os direitos humanos das mulheres, o que afeta diretamente sua saúde física e mental. A Organização Mundial de Saúde (OMS) considera esta forma mais atual de abuso intrafamiliar à mulher, e sua naturalização também é considerada um estímulo ao aumento da violência. Pode acontecer antes mesmo da violência mais extrema, a qual podendo ser ofeminicídio.

4 PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA COMARCA DE LAGES/SC

A pesquisa sucedeu-se de uma análise 7.855 (sete mil, oitocentos e cinquenta e cinco) boletins de ocorrências que foram registrados na Delegacia de Proteção à Criança, Adolescente, Mulher e Idoso – DPCAMI situada na comarca de Lages/SC durante os meses de Janeiro de 2018 até Setembro de 2020.

A tabela I é composta da relação dos boletins de ocorrências:

Ano	Quantidade de Boletim de Ocorrências
2018	3.597 (três mil quinhentos e noventa e sete)
2019	2.447 (dois mil quatrocentos e quarenta e sete)
2020	1.811 (um mil, oitocentos e onze)

A tabela II demonstra os procedimentos que foram instaurados de acordo com os crimes cometidos:

- Ameaça – artigo 147 do CP;
- Descumprimento da Medida Protetiva – artigo 24 A da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006);
- Estupro – artigo 213 do CP;
- Femicídio – artigo 121, §2º, VI, do CP;
- Lesão – artigo 129, §9º do CP;

Ano	Inquérito Policial (IP)	Apuração de Ato Infracional (AAI)	Termo Circunstanciado (TC)	Medidas Protetivas (MP)	Total
2018	468	159	28	524	1.179
2019	454	148	47	680	1.329
2020	300	55	35	362	752
Total	1.222	362	110	1.566	

A instauração dos procedimentos policiais é feita pela análise do delegado em relação aos boletins de ocorrência.

O Boletim de Ocorrência (BO) é um documento oficial utilizado pelos órgãos

da Polícia Civil, Federal, Militar, além dos bombeiros e da guarda municipal para fazer o registro da notícia crime no Brasil, apesar de uma série de outras ocorrências juridicamente relevantes também poderem ser noticiadas. Segundo Tourinho (2013, p.212):

Nas Polícias Judiciárias (Polícia Civil e Polícia Federal), o boletim de ocorrência é geralmente o documento que formaliza a *notícia criminis* perante a autoridade policial. A partir de tal *notícia criminis*, pode ser instaurado Inquérito Policial, para apuração criminal — investigação — do crime avisado.

De acordo com Tancredi (2017) o Inquérito Policial (IP) é caracterizado como um procedimento administrativo persecutório, informativo, prévio e preparatório da ação penal. Tem como objetivo reunir os elementos necessários para alcançar a materialidade e indícios da autoria de um crime.

A Polícia Judiciária (federal ou civil) é responsável por fazer o Inquérito Policial (IP), tem como função investigar a ocorrência de infrações penais.

O Inquérito Policial (IP) nada mais é que um procedimento administrativo, atribuído para a colheita de provas, verificação da existência dos crimes e quem foi seu autor, seria o conjunto de informações que futuramente fornecerá o início da ação penal.

Será elaborado pela Polícia Judiciária, conforme os termos dos artigos 4º e 12º do CPP.

Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. PU: A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Art. 12º. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. (BRASIL, 1940, s.p)

O Inquérito Policial (IP) não tem por objetivo fazer denúncias, mas sim coletar evidências sobre os fatos, sempre procurando a verdade. Tem como objetivo principal formar o parecer do representante do Ministério Público, mas não é só isso, porque também recolhe provas de urgência que podem deixar de ser conhecidas após o crime, e a composição do plano necessário. Em alguns casos, pode ser usado como base para a vítima iniciar um processo privado.

Conforme o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Ato Infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção, praticada por criança ou adolescente. À criança que comete um Ato Infracional, podem ser impostas, isolada ou cumulativamente, uma das medidas protetiva previstas no artigo 101 do ECA:

I encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II orientação, apoio e acompanhamento temporários; III matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxi-

cômanos; VII acolhimento institucional; VIII inclusão em programa de acolhimento familiar; IX colocação em família substituta. (BRASIL, 1990, s.p).

Quando o Ato Infracional for cometido por um adolescente, será aplicada uma das medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do ECA: “I advertência; II obrigação de reparar o dano; III prestação de serviços à comunidade; IV liberdade assistida; V inserção em regime de semiliberdade; VI internação em estabelecimento educacional; VII qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.”(BRASIL, 1990, s.p).

A competência para aplicar as medidas protetiva, salvo a colocação em família substituta, é do Conselho Tutelar, enquanto que a competência para aplicar as medidas socioeducativas é do Juízo da Infância e Juventude.

Segundo Oliveira (2016) o Termo Circunstanciado (TC) é um registro de um fato tipificado como infração de menor potencial ofensivo, ou seja, os crimes de menor relevância, que tenham a pena máxima cominada em até 02 anos de cerceamento de liberdade ou multa.

O referido registro deve conter a qualificação dos envolvidos e o relato do fato, ou seja, nada mais é do que um boletim de ocorrência, com algumas informações adicionais, servindo de peça informativa, para o Juizado Especial Criminal.

Denunciar e buscar ajuda a vítimas de violência contra mulheres, ligando 180 – Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180.

De acordo com a Rede de Assistência e Proteção Social (2020), a Central de Atendimento à mulher, presta uma escuta e acolhida qualificada às mulheres em situação de violência. O serviço registra e encaminha denúncias de violência contra a mulher aos órgãos competentes. O serviço também fornece informações sobre os direitos das mulheres, como os locais de atendimento mais próximos e apropriados para cada caso, como Assistência Social, Segurança Pública, Saúde e Justiça. A ligação é gratuita e o serviço funciona 24 horas por dia, todos os dias da semana. São atendidas todas as pessoas que ligam relatando eventos de violência contra a mulher. O Ligue 180 atende todo o território Nacional e também pode ser acessados em outros 16 países.

O Centro de Atendimento a Mulher – Ligue 180 é um canal criado pela Secretária Nacional de Polícia da Mulher, para oferecer escuta de qualidade e acolhimento às mulheres em situação de violência.

A violência contra a mulher é um fenômeno complexo e multifacetado que abrange classes sociais, idades e regiões e produz reações negativas às mulheres, colocando-as em um processo de busca de soluções, tendo sido relutante em levar este tipo de conflito para o espaço público, onde durante muito tempo foi silenciada.

A reação de cada mulher à sua vitimização é única. Essas respostas devem ser vistas como mecanismos psicológicos de sobrevivência, cada um dos quais se comportando de maneira diferente no apoio à vítima.

A violência não pode ser considerada um destino que as mulheres devam aceitar passivamente. O destino de suas vidas pertencem a elas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa possibilitou a constatação de que a mulher conseguiu um grande

avanço na sociedade, alcançando seus direitos com luta e determinação. Com os séculos a mulher vem ganhando oportunidade no meio em que vive.

Num primeiro momento que a violência contra as mulheres é uma grave violação dos direitos humanos das mulheres. Há conhecimento limitado sobre quais intervenções são mais eficazes para a prevenção da violência baseada em gênero, no entanto, a documentação e a avaliação são elementos-chave na construção desse conhecimento, e definições claras são um elemento importante nesse sentido. A violência pode estar presente em todas as esferas da vida de uma mulher e pode se manifestar em diferentes formas e circunstâncias por meio de seu ciclo evolutivo.

Secundariamente, entendeu-se que muitos especialistas analisam a violência e todos concordam que esse fenômeno deteriora a integridade das mulheres, dando origem a problemas de saúde, familiares e grupos sociais deficientes. Entre as consequências para a saúde da mulher, destacam-se as complicações físicas e psicológicas, que produzem importantes incapacidades nas mulheres, sem esquecer as consequências sociais que às vezes impossibilitam a saída desse lar violento, onde suas garantias individuais são violadas e sua individualidade é denegrida.

Como esse fenômeno afeta a saúde das pessoas e repercute na saúde pública em todos os níveis (regional, nacional e internacional), são realizadas conferências internacionais para buscar determinantes e fatores que levem a uma melhor compreensão do fenômeno da violência, que atinge muitas mulheres.

Pode-se notar que a Lei Maria da Penha, foi criada para proteger a mulher da violência doméstica. É uma Lei que versa apenas sobre violência contra a mulher foi muito importante para extinguir as discriminações e violências sofridas por elas. No entanto, falta possibilidade para colocá-la em prática.

E ainda, no que diz respeito a pesquisa realizada como resultado pôde-se perceber grande demanda relacionada à violência contra a mulher, que se traduz num volume de 7.855 (sete mil, oitocentos e cinquenta e cinco) boletins de ocorrência, 1566 (mil, quinhentos e sessenta e seis) medidas protetivas, 1.222 (mil, duzentos e dois) inquéritos policiais, 362 (trezentos e sessenta e dois) atos de apurações infracionais, e 110 (cento e dez) termos circunstanciados, que foram registrados e instaurados nos meses compreendidos entre janeiro de 2018 até setembro de 2020, sendo todas ocorrências registradas na DPCAMI de Lages/SC e enquadradas na Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/06.

Viver sem violência é um direito. A mulher que se encontra na situação de violência precisa saber que não está sozinha e que, como se trata de um problema social, existem leis e práticas públicas para protegê-las. Procurar informações e buscar apoio são os primeiros passos para sair da situação de violência. Romper com a violência é uma decisão difícil, mas é importante pedir ajudar – e quanto antes melhor, uma vez que a tendência dos episódios de agressão é de agravamento.

A Lei Maria da Penha é uma lei que protege as mulheres e que pune homens autores de violência e as medidas protetivas são ferramentas que podem salvar vidas. Por isso, é importante que a mulher em situação de violência, não tenha medo, não tenha vergonha e não se sinta sozinha.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, V. G.; et, al. Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. **Revista Saúde Pública**. 2005. Vol. 39 n. 1. Disponível em: <https://doi.org>. Acesso em: 15/set/2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/set/2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/set/2020.

_____. **Lei nº 10.778, de 24 de Novembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/set/2020.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de Agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/set/2020.

CAMARGO, M. **Violência Intrafamiliar**: orientações para a Prática em Serviço. Ministério da Saúde. Brasília DF: Ministério da Saúde; 2002. Disponível em: <http://naobaetaeduque.org.br>. Acesso em: 10/set/2020.

CLARA, S. S. **Plataforma da Ação de Pequim**. Coleção Agenda Global (1995-2005). Disponível em: <http://plataformamulheres.org.pt>. Acesso em: 15/jun/2020.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FILIPPELLI, E. **Programa verde-oliva mulher conversa com a secretária de Estado da Mulher do Distrito Federal**. 2020. Disponível em: <http://www.eb.mil.br>. Acesso em: 13/set/2020.

GOVERNO DO BRASIL. **Denunciar e buscar ajuda a vítimas de violência contra mulheres** (Ligue 180). 2020. Disponível em: <https://www.gov.br>. Acesso em: 07/nov/2020.

JONG, L. C.; SADALA, M. A.; TANAKA, A. C. D. Desistindo da denúncia ao agressor: relato de mulheres vítimas de violência doméstica. **Revista Escola de Enfermagem da USP**. Volume 42 nº 4. São Paulo/SP, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br>. Acesso em: 13/set/2020.

MAFRA, D. **Relacionamentos Abusivos**. 2012. Disponível em: <https://formacao.cacaonova.com>. Acesso em: 30/set/2020.

MONTEIRO, A. **A força – Calúnia, Difamação e Injúria**. Disponível em: <https://portalarporciuncula.wordpress.com>. Acesso em: 30/set/2020.

MISAKA, M. Y. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**. Porto Alegre/RS: Editora Júris Plenum, 2007.

OLIVEIRA, D. C.; SOUZA, L. **Gênero e violência conjugal**: concepções de psicólogos. *Estud. Pesqui. Psicol.* [online]. 2009, v. 6, n. 2. Disponível em: <http://www.revispsi.uerj.br>. Acesso em: 12/set/2020.

OLIVEIRA, P. **Mutirão de Termo Circunstanciado de Ocorrência é realizado em Paulista**. 2016. Disponível em: <http://blogs.joaquimnabuco.edu.br>. Acesso em: 15/out/2020.

PORTO, P. R. F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2007.

RIBEIRO, C. G.; COUTINHO, M. L. L. **Representações sociais de mulheres vítimas de violência doméstica na cidade de João Pessoa-PB**. *Psicologia e Saúde*. 2011. Disponível em: <http://revistahumanidades.com.br>. Acesso em: 15/jun/2020.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

SENADO FEDERAL. **Violência contra a Mulher Institucional**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br>. Acesso em: 06/jul/2020.

SOARES, B. M. **Violência contra a Mulher**. 2016. Disponível em: <http://www.pmpf.rs.gov.br>. Acesso em: 13/set/2020.

TANCREDI, C. H. **Inquérito Policial no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 15/out/2020.

TELES, M. A.; MELO, M. **O que é Violência contra a Mulher**. São Paulo/SP: Brasiliense, 2003.

TOURINHO, F. F. C. **Processo Penal**. Vol. 1.9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

VERNECK, B. **Violência Sexual**. 2016. Rio de Janeiro/RJ. Disponível em: <http://www.coladaweb.com>. Acesso em: 15/set/2020.

VELLOSO, R. R. **Violência contra a Mulher**. 2017. Disponível em: <https://www.portaldafamilia.org>. Acesso em: 15/jun/2020.

VILELA, F. L. **Violência Intrafamiliar**: orientações para a Prática em Serviço. Ministério da Saúde. Brasília DF: Ministério da Saúde; 2. ed. 2009. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br>. Acesso em 13/set/2020.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E OS DEBATES DE DIREITOS HUMANOS

Eduardo Henrique Bondarczuk¹

Igor Muzeka²

Iria Catarina Querez Baptista³

RESUMO

O Brasil se tornou signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1992, momento em que se tornou parte do sistema de proteção internacional americano de proteção dos Direitos Humanos. O controle de convencionalidade é um mecanismo jurídico criado pela Corte Interamericana para avaliar a compatibilidade das leis internas de cada país com a Convenção Interamericana. A validade deste controle se baseia no fato de que, para a maioria dos países da Convenção, os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem eficácia constitucional ou supralegal em seus territórios, no Estado brasileiro, a eficácia dos tratados internacionais é de norma supralegal. A hierarquia de norma supralegal conferida aos tratados de direitos humanos faz brotar a necessidade de que as normas internas do país com eficácia legal precisem estar em conformidade com os dispositivos da Convenção Interamericana. Diante disso, nasce um dever para o Estado de cumprir as normas internacionais, através de uma avaliação pormenorizada da adequação das leis domésticas com a Convenção, que constitui no dever de efetuar o controle de convencionalidade interno. De forma secundária, é atribuído à Convenção e a Corte Interamericana de Direitos Humanos o dever de fiscalizar e zelar pelo cumprimento dos dispositivos da Convenção Interamericana em última instância, e por consequência, cabe a elas realizar o controle de convencionalidade externo, caso o Estado não efetue adequadamente o controle de convencionalidade interno. Nesse contexto, a Lei de Anistia do Brasil foi julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos inconveniente em 2010, por ter sido violado o dever atribuído pela Convenção Interamericana de fiscalizar e punir todos os atos atentatórios a dignidade da pessoa humana. Através de uma abordagem bibliográfica, mormente realizada em artigos científicos, obras acadêmicas e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como do corpus iuris interamericano, através do método indutivo. Como resultado de pesquisa, o presente trabalho apresentou que apesar do STF ter reconhecido a legitimidade da lei de anistia através do ADF 153, o caso não foi discutido no Brasil sob a ótica da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O Supremo não levou em consideração os dispositivos da Convenção, nem mesmo analisou a jurisprudência da Corte Interamericana sobre os outros casos relacionados a Leis de Anistia nos países latinos. Portanto, foi condenado pela violação dos direitos humanos protegidos pela Convenção Interamericana, devendo reparar essa violação a fim de se fazer cumprir a proteção internacional dos direitos humanos ao qual o Estado brasileiro decidiu tornar-se parte.

PALAVRAS CHAVE: CONTROLE CONVENCIONALIDADE; DIREITOS HUMANOS; CORTE INTERAMERICANA.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

CONVENTIONAL CONTROL AND THE DEBATES OF HUMAN RIGHTS

Eduardo Henrique Bondarczuk¹

Igor Muzeka²

Iria Catarina Querez Baptista³

ABSTRACT

Brazil became a signatory to the Inter-American Convention on Human Rights in 1992, at which time it became part of the American international protection system for the protection of Human Rights. Conventionality control is a legal mechanism created by the Inter-American Court to assess the compatibility of each country's domestic laws with the Inter-American Convention. The validity of this control is based on the fact that, for most countries of the Convention, international human rights treaties have constitutional or supralegal effectiveness in their territories, in the Brazilian State, the effectiveness of international treaties is a supralegal norm. The hierarchy of supra-legal norms conferred on human rights treaties gives rise to the need for the country's internal norms with legal effectiveness to comply with the provisions of the Inter-American Convention. Therefore, a duty for the State to comply with international standards is born, through a detailed assessment of the adequacy of domestic laws with the Convention, which constitutes the duty to carry out the internal conventionality control. Secondly, the Convention and the Inter-American Court of Human Rights are assigned the duty to monitor and ensure compliance with the provisions of the Inter-American Convention as a last resort, and consequently, it is their responsibility to carry out the control of external conventionality, if the State does not properly carry out the internal conventionality control. In this context, the Amnesty Law of Brazil was judged by the Inter-American Court of Human Rights to be unconventional in 2010 for having violated the duty assigned by the Inter-American Convention to inspect and punish all acts that violate the dignity of the human person. Through a bibliographical approach, mainly carried out in scientific articles, academic works and in the jurisprudence of the Federal Supreme Court, as well as the inter-American corpus iuris, through the inductive method. As a result of research, this work showed that despite the STF having recognized the legitimacy of the amnesty law through the ADF 153, the case was not discussed in Brazil from the perspective of the Inter-American Convention on Human Rights. The Supreme Court did not take into account the provisions of the Convention, nor did it analyze the jurisprudence of the Inter-American Court on other cases related to Amnesty Laws in Latin countries. Therefore, he was condemned for the violation of human rights protected by the Inter-American Convention, and must repair this violation in order to enforce the international protection of human rights to which the Brazilian State decided to become a party.

KEYWORDS: CONVENTIONAL CONTROL; HUMAN RIGHTS; INTER-AMERICAN COURT.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

1. Introdução:

Durante a II Guerra Mundial, o mundo percebeu o quão longe a obsessão e a insanidade humana podem levar a sociedade para os níveis mais baixos de valorização da vida e da dignidade da pessoa humana. Os horrores da guerra infligiram à humanidade a fome, a crise econômica, o medo, a tortura, e o genocídio. Mostraram o desrespeito aos direitos mais importantes para o indivíduo.

Com o fim de garantir que essas atrocidades vividas na guerra jamais se repetissem no futuro, os Estados soberanos se uniram através de tratados internacionais de Direitos Humanos, onde cada país se comprometeu a tomar as medidas pertinentes para evitar que as gerações futuras se esquecessem dos horrores vividos naquele período. Foi firmado, então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que foi o primeiro grande marco na evolução da proteção internacional dos Direitos Humanos.

Após a DUDH, diversos outros tratados foram celebrados no âmbito internacional para viabilizar, cada vez mais, a proteção dos direitos humanos. Dentre eles, temos o Pacto de São José da Costa Rica. Esse tratado formou o sistema de proteção internacional americano de proteção dos Direitos Humanos. O tratado criou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil é um país signatário da Convenção Interamericana desde 1992, quando o Governo brasileiro depositou carta de adesão perante a essa Convenção em 25 de setembro de 1992, e ratificou sua aceitação através do Decreto n° 678, em 6 de novembro de 1992.

Ocorre que ser membro da Convenção Interamericana gera para o Estado a responsabilidade de cumprir os dispositivos da Convenção, e a eventual violação dessas normas pode ser levada para julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O dever do Estado em cumprir as normas da Convenção tem como resultado um desfecho lógico: as leis internas do Estado precisam ser compatíveis com as da Convenção. Evidentemente, dentro de uma sociedade não pode haver dois ordenamentos jurídicos conflitantes em vigor, pois um seria cumprido e o outro negligenciado. Dessa forma, cabe ao Estado efetuar o chamado Controle de Convencionalidade Interno para fiscalizar a compatibilidade das leis internas com a Convenção.

Quando o Estado não efetua essa espécie de análise e isso gera um caso concreto de violação dos Direitos Humanos, as vítimas ou familiares das vítimas podem recorrer a Convenção Interamericana denunciando as violações cometidas pelos Estados. Por sua vez, a Convenção, se julgar que houve violação, remeterá uma denúncia para a Corte Interamericana a fim de que o Estado seja julgado pelo descumprimento dos dispositivos da Convenção.

Com relação as leis de anistias editadas em épocas dos regimes ditadores na América Latina, a Corte Interamericana já vinha firmando o entendimento de que essas leis violavam os dispositivos da Convenção, sob o fundamento de que é dever do Estado investigar e punir as violações de Direitos Humanos, não podendo se afastar dessa responsabilidade.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a lei de anistia válida e eficaz quando analisou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADF) 153. O tribunal entendeu que a lei não violava os preceitos fundamentais da Constitui-

ção Federal de 1988. No entanto, o supremo não apreciou a validade da lei de anistia sob a ótica dos dispositivos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Em virtude disso, poucos meses após o julgamento do STF, a Corte Interamericana julgou o Estado brasileiro culpado de violar os direitos humanos preservados pela Convenção. Mediante a análise com base na Convenção, os direitos humanos são os direitos mais preciosos a vida humana, sendo que o Estado não pode se eximir da responsabilidade de investigar, julgar e punir os atos que violem esses direitos, independentemente de lei de anistia.

Portanto, resta questionar como solucionar o conflito de entendimento entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos?

Como objetivos gerais, o presente trabalho visa estudar a importância do controle de convencionalidade no contexto atual e como solucionar o conflito de entendimento existente entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como objetivos específicos, o estudo em questão almeja analisar a importância de se observar os tratados internacionais para a preservação dos Direitos Humanos. Estudar o tipo de hierarquia conferida aos tratados internacionais de Direitos Humanos e os debates a esse respeito. Observar o caso de Lei de anistia no Brasil, e o conflito entre o entendimento do STF e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. A importância dos tratados internacionais na proteção dos direitos humanos

Cidades em ruínas. Pessoas sendo utilizadas como cobaias. Homens genocidas sendo levantados como heróis nacionais. Esses foram alguns dos maiores marcos da história durante a II Guerra Mundial, que provaram para a humanidade ser necessário combater as violações dos direitos humanos com todos os recursos possíveis, a fim de proteger os direitos mais caros a pessoa, que são os direitos a vida e a dignidade. Com o intuito de alcançar esse objetivo de forma mais eficaz, os países se uniram por meio de tratados internacionais a fim de combaterem as formas mais graves de violação dos direitos humanos.

Segundo Portela (2019), desde a era da antiguidade, há registros de que os tratados vêm regulando situações específicas da convivência internacional, existindo evidências de sua celebração por povos como os egípcios e os gregos. Porém, foi após a segunda guerra mundial que surgiram os grandes tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, em resposta a ameaça a direitos vivenciada por aquele período.

Para que um tratado seja válido e exigível é necessário que ele preencha uma série de condições. A primeira delas é a capacidade das partes para celebrar tratados. Tradicionalmente, podem concluir tratados apenas os Estados e as organizações internacionais. (PORTELA, 2019).

O segundo requisito é a habilitação dos agentes. O Estado deve manifestar sua vontade de celebrar o tratado através de um agente capaz de representá-lo perante a comunidade internacional, como por exemplo o Chefe de Estado e o Chefe de Governo.

Em terceiro, o objeto do tratado precisa ser lícito e possível. Em quarto, a manifestação da vontade por parte do representante deve ser livre de vícios.

Diante disso, os tratados podem ser considerados válidos e eficazes se preenchidos tais requisitos. Tal eficácia significa dizer que os países signatários do tratado

estabelecem de comum acordo que obedeceram e se vincularam ao cumprimento dos dispositivos internacionais. No campo dos direitos humanos, esta regra ganha ainda mais relevância, tanto que em alguns países como o México os tratados de direitos humanos possuem equiparação as normas constitucionais.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917).

No Brasil, o tratado internacional poderá ter hierarquia de norma constitucional com a condição de ser ratificado pelo mesmo rito das emendas constitucionais. Por força da alteração do artigo 5º parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988 dada pela emenda constitucional nº 45 de 2004. Porém, sobre esse aspecto, analisaremos mais adiante.

A consolidação da proteção internacional aos direitos humanos se divide em vertentes como sistema interamericano, sistema europeu, e sistema africano. Tal classificação refere-se aos órgãos de proteção regional dos direitos humanos exercido pelos países com cultura, história, e localizam territorial mais próxima. A unificação desses sistemas constitui na proteção mundial representada pela ONU. Para melhor entendimento, faz-se necessário analisar como evoluiu o sistema de proteção dos direitos humanos no continente americano.

Em um primeiro momento, a principal instituição que assumiu esse papel foi a Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 24 de outubro de 1945. Sua criação se deu por meio de um tratado internacional que entrou para a história como “a Carta da ONU”, onde os países se comprometeram a praticar a tolerância, promover a paz, e zelar pela manutenção da boa vizinhança.

Essa organização é formada por diversos órgão, sendo os mais conhecidos a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, e a Secretaria Geral. Atualmente, existem 193 países membros da Nações Unidas, e cada um capacidade para participar da Assembleia Geral (Nações Unidas, 2020).

Em 1948, a ONU promoveu o primeiro grande tratado internacional de proteção dos direitos humanos, a saber, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Com esse tratado, muitos países se comprometeram a combater as principais formas de violação dos direitos humanos, protegendo, com destaque, os direitos à igualdade, a liberdade, ao julgamento por tribunais independentes e imparciais, entre outros.

A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos, muitos outros tratados regionais foram celebrados com o objetivo de proteger os direitos humanos e zelar pela paz para que os flagelos sofridos durante a II Guerra Mundial não se repitam. Como exemplo, pode-se citar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos etc.

A importância dos tratados internacionais de direitos humanos é inegável. No Brasil, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos exerce um papel atuante e imparcial na resolução de conflitos e na proteção dos direitos humanos no país. A Convenção fiscaliza e avalia se os atos praticados pelas autoridades locais estão cumprindo a promessa de proteger os Direitos Humanos. Fornecendo ao cidadão uma última instância de apelação.

Um caso muito famoso, mas que poucos cidadãos sabem que se originou da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, é a Lei Maria da Penha, publicada em 7 de agosto de 2006. Nesse caso, a vítima, Sra. Maria da Penha, era exposta a diversas agressões ao longo da constância do casamento até que, em 1983, seu marido tentou matá-la, alvejando-a com um tiro de sua espingarda.

No ano de 1983 ela sofreu a primeira tentativa de homicídio, quando foi vítima de um tiro de espingarda nas costas enquanto dormia. Viveros foi encontrado gritando por socorro dizendo que foram assaltados. Resultou desta ação, que Maria da Penha ficou paraplégica. (ALVES, 2018)

A Sra. Maria da Penha recorreu ao poder judiciário do Brasil, porém a vítima sofreu com a morosidade e com a negligência processual enfrentada por muitos brasileiros. O seu caso se arrastava por anos sem alcançar o cumprimento da sentença. O primeiro processo intentado pela vítima em 1991 foi anulado. O segundo processo conseguiu alcançar a condenação do Réu, mas após o réu ter recorrido, o processo se protelou por mais quinze anos sem obter o seu encerramento.

Devido a morosidade do Estado, a vítima recorreu a Convenção Internacional de Direitos Humanos, a fim de obter uma solução para o caso. O processo de Maria da Penha só alcançou o seu fim após o Estado brasileiro em 2001 ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por negligência e omissão no combate a violência doméstica em território nacional.

Após essa condenação pela Corte Interamericana de justiça, as leis brasileiras evoluíram consideravelmente em relação ao combate contra a violência doméstica, tendo criado uma das leis mais populares entre os cidadãos, que é a Lei Maria da Penha. Além disso, hoje existem delegacias específicas de proteção à mulher que investigam crimes de violência doméstica. Diversos programas de educação e conscientização são propagados pelo Brasil a fora, levantando o estandarte da proteção à mulher para todo o território nacional e conscientizando a sociedade desse problema social.

3. O controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade é o procedimento criado pela Corte Interamericana para fiscalizar o cumprimento das normas previstas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

No Brasil, a aplicação desse controle é possível por causa do entendimento conforme a constituição de que todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem eficácia supralegal.

Independentemente da posição adotada em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que tanto os tratados, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, a possibilidade (e mesmo o dever) de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são superiores. (SARLET, 2019, p.16).

Sendo assim, pode-se perceber que para Sarlet a superioridade dos tratados internacionais cria o dever para o julgador e o operador do direito de analisar a compatibilidade da norma interna com o tratado internacional. Diante disso, cabe entender quais mecanismos do Direito moderno podem ser empregados para averiguar a compatibilidade entre essas normas.

O controle de convencionalidade se divide em controle interno e externo.

O externo é aquele realizado pelos tribunais e órgão internacionais. Foi pensado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com o fim de averiguar se os Estados membros estavam cumprindo os dispositivos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte é o órgão responsável por atuar tanto em sede consultiva como contenciosa na proteção das normas estabelecidos no tratado. Por consequência, para que a norma seja aplicada com efetivamente é preciso que os Estados desenvolvam em seu ordenamento jurídico uma integralização entre a norma do Direito interno com a Convenção, tendo em vista que os Estados são soberanos e o Direito Público Internacional não aplica a coerção para fazer cumprir suas normas.

O denominado controle de convencionalidade se relaciona, portanto, com alterações administrativas, legislativas, judiciárias ou de qualquer natureza que estejam em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e, por conseguinte, que promovam os direitos humanos em consonância com parâmetros internacionais de tutela. (ALEIXO; BASTOS, 2017, p. 215).

Como afirmado didaticamente por Aleixo e Bastos, o controle de convencionalidade é um mecanismo jurídico que atua tanto na esfera administrativa, legislativa, judiciária a fim de evidenciar para o Estado soberano e para toda comunidade internacional os atos de violação que tem cometido em seu território.

Por outro lado, tem-se o controle de convencionalidade interno. Esse controle é realizado pelos tribunais locais na averiguação da compatibilidade entre atos do poder público interno e os tratados de direitos humanos.

Para que o controle de convencionalidade possa ser legítimo, é preciso que o tratado esteja em consonância com as normas constitucionais. Por isso, os tratados são passíveis de controle constitucional a fim de que possam ser exigidos sem contrariar os direitos e obrigações constitucionais.

O quadro, sumariamente apresentado, desde logo revela que a duplicidade de regime criada pelo STF para os tratados de direitos humanos, mas especialmente pelo fato de o STF afirmar a sua competência para realizar o controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade do tratado, torna a questão ainda mais complexa, além de colocar o con-

trole de convencionalidade, ao menos em princípio, em uma condição subalterna ao próprio controle de constitucionalidade. De todo modo, isso não deveria servir de escusa para que os Juízes e Tribunais ordinários renunciassem ao controle de convencionalidade, já que a hierarquia supralegal se revela suficiente, como se viu quando do julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, para superar toda e qualquer lei ou ato normativo interno naquilo que contraria tratado internacional de direitos humanos. Cuida-se, outrossim, de autêntico poder-dever cometido ao Poder Judiciário, seja no âmbito de um controle difuso, seja pela via de um controle abstrato e concentrado, tal como propõem Valério Mazzuoli e Luiz Guilherme Marinoni, aspecto que aqui não temos a intenção de desenvolver. (SARLET, 2019, p. 11).

Portanto, de acordo com Sarlet, o controle de convencionalidade é, em algumas vezes, confundido com o controle de constitucionalidade, em virtude dos julgadores aplicarem somente a norma constitucional, deixando de lado a interpretação conforme a Convenção. De acordo com o autor, não deveria ser assim, pois o Tratado de Direitos Humanos possui hierarquia supralegal, e por isso, já é uma norma suficiente para que seja exercido o controle de convencionalidade para aplacas violações do tratado.

Cabe ressaltar, que o texto da constituição brasileira trouxe em seu artigo 5º, §2º que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, ampliando assim o conceito de direito fundamentais, e comprometendo-se ao cumprimento dos tratados celebrados pelo Brasil.

Como todo e qualquer tratado, as normas internacionais de proteção dos direitos humanos devem ser observadas pelos Estados de boa-fé. Trata-se de respeitar a regra secular *pacta sunt servanda*, que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) disciplinou claramente em seu art. 26: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Essa norma, descrita pela Comissão de Direito Internacional (ONU) como “o princípio fundamental do Direito dos Tratados”, é considerada como o princípio mais importante do direito internacional público na atualidade. (MAZZUOLI, 2018, p. 53).

4. O conflito entre a decisão da corte interamericana de direitos humanos e o STF sobre a lei de anistia

Anteriormente, analisou-se que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos é um tratado muito importante para a proteção dos direitos da pessoa humana. A aplicação da norma é realizada tanto pela via interna como externa, e, para ambos os casos, a interpretação das normas deve estar de acordo com os dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Em caso de conflito entre a lei ordinária e a Convenção, o STF e a doutrina majoritária entendem que deverá prevalecer a norma internacional, salvo em caso de incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a Conven-

ção possui hierarquia supralegal e a violação das normas da convenção poderá resultar na futura condenação do Brasil pela Corte Interamericana. Além disso, a ratificação do Estado brasileiro ao tratado internacional vincula-o a aplicar com efetividade suas disposições.

Dessa forma, a responsabilidade de fiscalizar a garantia dos direitos humanos é do Estado em primeiro lugar, e subsidiariamente do órgão internacional. Porém avaliar a violação dos direitos humanos é uma atividade complexa, que envolve inúmeros fatores para identificar a solução mais correta. Por isso, em alguns casos, há interpretações antagônicas entre o entendimento da Corte Interamericana e do STF. A Lei de anistia é um exemplo disso.

Segundo Martins (2011), não importa para o Direito Internacional como o Estado se organiza internamente para atender as demandas de proteção dos direitos humanos, devido ao princípio da autodeterminação dos povos. Para a responsabilidade internacional, o Estado é único e autônomo, por isso deve responder por todos os entes da federação. Portanto, as ações que excedam a competência de seus entes geram a responsabilização do Estado perante a sociedade internacional.

A Lei de Anistia no Brasil foi publicada no ano de 1927 e teve como objetivo anistiar todos os crimes políticos e conexos praticados entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Seus artigos 2º, 4º e 5º foram revogados pela Lei 10.559 de 13 de novembro de 2002 (Regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências).

Em 29 de abril de 2010, o STF publicou sua decisão acerca do ADPF 153, oportunidade em que avaliou a validade da Lei de Anistia.

O processo analisou a arguição de violação do artigo 5º, CAPUT, III e XXXIII da Constituição Federal de 1988. Os principais pontos da alegação são responder à pergunta se houve anistia para os crimes de tortura, homicídio e desaparecimento forçado no grupo dos anistiados políticos; a divergência de entendimento entre o ministério de defesa e o ministério de justiça; o dever do Judiciário de não ocultar a verdade; o princípio da democracia e república; e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em primeiro lugar, a prática de atos atentatórios a dignidade da pessoa humana por parte dos agentes públicos permaneceu imune a investigação e punição devido a anistia ampla, geral e irrestrita. Embora não tenha sido este o propósito inicial do projeto de lei, devido à forte influência política, a lei acabou tendo sua finalidade desviada em proveito de agentes públicos que praticaram crimes violentos e de grave lesão aos direitos humanos, sobre o título de crimes conexos praticados em virtude de razões políticas.

Segundo Abrão (2011), o projeto inicial da lei de anistia levado à votação tratava-se de uma anistia restrita oriundo do governo militar. Porém, parte da sociedade engajou-se pela proposta de uma lei de anistia ampla, geral e irrestrita, que contemplasse todos os presos políticos, inclusive os envolvidos em luta armada e crimes de sangue. De início, a proposta das reivindicações sociais não foi atendida pelo Congresso Nacional, que aprovou o projeto de lei de anistia restrita.

Ao passar do tempo, as evidências de que muitos desaparecimentos e mortes foram produzidas pela ação Estatal instigaram o aumento da pressão social pela investigação dos delitos praticados.

De acordo com Abrão (2011), devido ao aumento das evidências provando

que diversos desaparecimentos e mortes eram produto da ação estatal, aumentou também a pressão social reivindicando a realização de investigações dos crimes. O Judiciário em resposta às demandas por justiça, enquanto ainda se via controlado pelo regime, efetuou uma interpretação extensiva de modo a ampliar a abrangência da lei para considerar “conexos aos políticos” os delitos de agentes de Estado, bem como para abarcar os crimes cometidos após 1979, como no caso atentado no Riocentro, no Rio de Janeiro, capital.

Portanto, de acordo com Abrão, a interpretação jurídica aplicada pelos tribunais na época ampliou indevidamente a aplicação da lei para impedir o prosseguimento de investigações e consequente punição de atos atentatórios a dignidade da pessoa humana.

A reivindicação popular pela anistia ampla, geral e irrestrita, que antes havia sido negada pelo regime, passou a ser utilizada de forma bilateral para acobertar os crimes cometidos pelo Estado. Revelando a real intenção por parte das autoridades estatais de negligenciar, ou mesmo, esconder sua responsabilidade de punir os atos atentatórios cometidos no período de ditadura.

O Judiciário assumiu papel fundamental na construção do entendimento de que a anistia ampla, geral e irrestrita deveria ser aplicada não apenas para os perseguidos políticos, como também para os perseguidores. Resultado disso, foi ilusão de que a reparação das violações cometidas pelos agentes públicos bastaria ser uma reparação pecuniária, passando a largo da punição dos crimes cometidos.

Dessa forma, a interpretação da lei foi ampliada para abranger espécies indeterminadas de crimes cometidos por parte do Estado.

Em segundo lugar, o ministério de defesa argumentou, em sede preliminar, sobre o não cabimento pela ADPF em virtude da inutilidade de eventual decisão de procedência. Porque os crimes, ainda os não anistiados, estariam prescritos. Caso os pedidos fossem julgados procedentes, deles não resultaria nenhum efeito prático.

O ministro relator, min. Eros Grau, reconheceu o cabimento da ADPF em seu voto, com fundamento de que a matéria da prescrição não prejudicaria a apreciação do mérito da ADPF, pois somente depois de ultrapassada a discussão sobre a aplicação da anistia, iniciaria a oportunidade para apuração da prescrição.

O terceiro ponto analisado pela ADPF foi a violação dos preceitos fundamentais contidos no artigo 5º, CAPUT, III e XXXIII da Constituição Federal de 1988, devido ao seu enunciado obscuro e tendencioso. O argente defende que o texto elaborado por aqueles que também se beneficiariam com a norma, estabelece um comando aberto através da expressão “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”, e, portanto, é tecnicamente inepta.

No entendimento do ministro relator e seguido pela maioria dos ministros, toda e qualquer lei é em sua essência um texto normativo, e todo texto normativo é obscuro até que seja interpretado. Dessa forma, o seu sentido é formado a partir da interpretação que se tem dele. Isso significa que a norma não será necessariamente inepta pelo fato de possuir obscuridades, somente quando essas obscuridades não puderem ser superadas.

Portanto, o STF através do julgamento do ADPF 153 ratificou seu entendimento acerca da ampla abrangência da anistia bilateral.

No entanto, a Corte Interamericana já vinha consolidando em sua jurisprudên-

cia que a leis de anistia aplicadas no período de ditadura dos governos latino americanos violaram os preceitos da Convenção Interamericana de direitos humanos, reconhecendo a responsabilidade do Estado de investigar e punir os atos atentatórios a dignidade da pessoa humana. Além disso, antes mesmo da decisão proferida pela ADPF 153, o caso *Gomes Lund vs Guerrilha do Araguaí* estava pendente de julgamento perante a Corte. Em pouco tempo depois da ADPF 153, foi proferida decisão contrária do entendimento da Suprema Corte brasileira pelo órgão internacional.

A Corte Interamericana pronunciou-se sobre a incompatibilidade das anistias com a Convenção Americana em casos de graves violações dos direitos humanos relativos ao Peru (casos *Barrios Altos* e *La Cantuta*), Chile (caso *Almonacid Arellano* e outros) e, recentemente, Uruguai (caso *Gelman*). Dessa forma, no sistema interamericano de direitos humanos, pode-se afirmar que há uma jurisprudência consolidada sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados. (MARTINS, 2011, p. 152).

Dessa forma, a jurisprudência da Corte já vinha demonstrando fortes oposições as leis de anistia, sob a égide da Convenção Interamericana.

No julgamento do caso *Gomes Lund*, a Corte Interamericana avaliou as diversas denúncias de desaparecimentos forçados ocorrido no período de 1972 à 1975. Reconheceu a sua competência temporal para julgar os crimes de violação continuada e permanente, desde que seus efeitos perdurassem para além do dia 10 de dezembro de 1998, quando o Estado brasileiro reconheceu a competência contenciosa da Corte. Por isso, avaliou-se incompetente para julgar os crimes de tortura, de detenções arbitrárias, e execuções extrajudiciais ocorridas antes dessa data.

O Brasil argumentou que a eventual decisão proferida pela Corte conflitaria com a decisão do ADPF 153. Ao passo que o tribunal internacional rejeito essa alegação, sob o fundamento de que a proposta do órgão internacional é avaliar se houve ou não violação das normas internacionais ao qual o Estado signatário se comprometeu a cumprir, e não reformar a o julgamento do ADPF.

A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas, inclusive, *inter alia*, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. (...) No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento No. 153 (infra par. 136), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana.

Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar. (Corte IDH, 2010, parágrafos 48 e 49).

Dessa forma, afasta-se a assertiva de incompetência da Corte para tratar sobre matérias julgadas pelo STF, pois o Estado brasileiro reconheceu a competência contenciosa do órgão internacional. Portanto, é dever da Corte Interamericana, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, julgar e avaliar as violações da Convenção, a fim de que ela tenha eficácia no caso concreto.

Com relação ao acervo probatório, o Tribunal internacional avaliou as provas documentais, periciais e testemunhais, as declarações das vítimas que lhe foram apresentadas (Corte IDH, 2010, parágrafo 51).

As provas documentais admitidas foram aos artigos ou textos acadêmicos, notas de imprensa, as decisões e outros documentos, de acordo com o artigo 47.1 do Regulamento. Além disso, foram incorporados a posteriori a decisão de improcedência do ADPF 153 proferido pelo STF.

Quanto às declarações das supostas vítimas, a Corte aplicou o que já vinha se consolidando em sua jurisprudência, que elas não podem ser valoradas isoladamente, mas como parte do conjunto das provas do processo, porque com ela pode-se obter mais informações sobre os fatos (Corte IDH, 2010, parágrafo 69).

A Comissão de direitos humanos e Estado brasileiro fizeram observações acerca dos depoimentos apresentados pelas testemunhas, mas não houve questionamento sobre a impedimentos e suspeições (Corte IDH, 2010, parágrafo 71).

Os representantes das vítimas questionaram os pareceres dos peritos Martins e Rezende Martins. Sobre o primeiro, afirmaram que o laudo extrapola a análise do objeto do parecer determinado pelo Presidente, pois se refere expressamente a outras iniciativas do Estado, como a Comissão de Anistia e a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Além disso, enfatizaram que o perito realizou uma avaliação valorativa do desempenho do Estado, desnecessária para o objetivo da perícia. (Corte IDH, 2010, parágrafo 73).

A Corte Interamericana evidenciou as principais alegações trazidas pelos representantes das vítimas e pelo Estado. Os principais pontos identificados pelo tribunal foram: a discrepância em relação ao conteúdo dos pareceres, contradizendo-os ou sobre eles oferecendo opinião; o alcance das manifestações dos peritos, indicando que algumas delas não correspondem ao objeto da perícia; no fato de que o perito apresenta opiniões pessoais, e na metodologia utilizada para elaborar o parecer. (Corte IDH, 2010, parágrafo 74).

Após analisada as observações do Estado e dos representantes das vítimas, a Corte reconheceu a admissibilidade de todas as perícias destacando que não vê defeito na metodologia empregada que justifique rejeitar a admissibilidade da perícia. Sobre o conteúdo dos laudos, esclareceu que a sua valoração será avaliada na sentença, mas não há imperfeições que afetem a admissibilidade. Por fim, entendeu que o presidente da corte não estabeleceu a obrigatoriedade de que todos os familiares fossem entrevistados, portanto, o fato do Sr. Endo não ter entrevistado todos os familiares individualmente não prejudicava a admissibilidade do parecer. (Corte IDH, 2010, parágrafo 76).

Ao avaliar a responsabilidade do Estado brasileiro, o tribunal sintetizou as alegações das partes, estabeleceu os fatos que considerava provados e fez as considerações que julgou pertinentes. (Corte IDH, 2010, parágrafo 81).

Dos crimes de desaparecimento forçado, a Corte Interamericana reiterou o seu entendimento de os considerar uma violação múltipla e continuada de direitos humanos e os deveres de respeito e garantia. Destacou a histórica luta das comunidades internacionais contra a prática de crimes de desaparecimento forçado, citando como exemplo o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários de Pessoas das Nações Unidas. (Corte IDH, 2010, parágrafo 101,102).

Os Estados não somente devem reconhecer sua culpa pelas violações graves aos direitos humanos, mas também devem procurar reparar as vítimas e suas famílias, nos termos do artigo da Convenção Americana. Na fixação da forma de reparação e de seu alcance, deve-se levar em conta a gravidade dos fatos que causaram a violação, o sofrimento da vítima e de sua família e as consequências materiais e imateriais no tempo. (MARTINS, 2011, p. 84).

O caráter contínuo e permanente do crime de desaparecimento de pessoas tem sido reconhecido pela Corte em suas jurisprudências. No caso Gomes Lund, os julgadores entenderam que restava clara a classificação do desaparecimento como crime permanente e continuado, pois ele se inicia com o desaparecimento e permanece enquanto não se descobre o paradeiro da vítima, nem se determina a sua real identidade. “Esse fato coloca a vítima em um estado de completa desproteção e acarreta outras violações conexas, sendo especialmente grave quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado”. (Corte IDH, 2010, parágrafo 103).

O crime de desaparecimento forçado também possui como característica a pluriofensa, conceito definido pela Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, porque é formado por diversos elementos simultâneos, tais como, a privação da liberdade; a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência; e a negativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada. O tribunal também ressaltou que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, as decisões de diferentes instâncias das Nações Unidas, vários tribunais constitucionais e outros altos tribunais nacionais dos Estados americanos estão em consonância com o entendimento exposto acima. ”. (Corte IDH, 2010, parágrafo 104).

As violações no caso concreto representaram, segundo a Corte, uma lesão aos direitos mais valiosos da pessoa humana. Por isso, é maior a responsabilidade do Estado em sua preservação e na punição da violação desses direitos.

O dever de prevenção do Estado abrange todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos. Desse modo, a privação de liberdade em centros legalmente reconhecidos, bem como a existência de registros de detidos, constituem salvaguardas fundamentais, inter alia, contra o desaparecimento forçado. A contrario sensu, a implantação e a manutenção de centros clandestinos de detenção configuram per se uma falta à obrigação de garantia, por atentar diretamente contra os direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à vida e à personalidade jurídica. (Corte IDH, 2010, parágrafo 104).

Dessa forma, o Estado deve tomar as medidas cabíveis para que as vítimas do desaparecimento forçado possam ser encontradas.

Desde sua primeira decisão, o tribunal enfatizou a necessidade do estado cumprir o seu dever de vigiar e, se for o caso, punir a violação de direitos humanos. Ainda mais por causa da gravidade da lesão e da natureza dos direitos violados. Além disso, a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir os responsáveis já se positivou como norma *jus cogens* no Direito Internacional. (Corte IDH, 2010, parágrafo 137).

Caber ressaltar que o dever de investigar é resultado da obrigação do Estado de adotar medidas para garantir os direitos estabelecidos na Convenção. Portanto, o dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado. Ele precisa ser reconhecido como um dever jurídico pelo Estado para a obtenção da justiça, sob pena de ter sua eficácia esvaziada, e acostumar-se com o fracasso, gerando a desassistência do poder governamental em garantir a paz, a segurança, e a justiça. Sendo assim, a partir do instante em que a autoridade toma ciência dos fatos, deve instaurar, *ex officio* e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva. (Corte IDH, 2010, parágrafo 138).

No caso do descumprimento de um tratado comum, o Estado praticante do ilícito (demandado) será internacionalmente responsabilizado em face de outro Estado (demandante); no caso do descumprimento de um tratado internacional de direitos humanos, será o Estado demandado responsabilizado (nos casos deflagrados pela Comissão Interamericana) em face da pessoa (ou sua família) prejudicada pela violação dos direitos humanos. O fundamento, porém, da responsabilidade internacional do Estado é sempre o mesmo: a violação de norma internacional (comum ou de direitos humanos) que o Estado-parte se comprometeu a observar e cumprir. (MAZZUOLI, 2018, p. 36).

Com relação as reparações, a Corte Interamericana decidiu em sua sentença a Obrigação de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis; adotar outras medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição; e indenizar as custas e gastos. (Corte IDH, 2010, parágrafo 245).

O Estado brasileiro tentou justificar em sua defesa que a Lei de anistia deve ser analisada com a ótica do contexto da época em que foi criada, e do ordenamento jurídico vigente naquele momento. Ressaltou que o STF reconheceu a legitimidade da Lei de anistia através do ADPF 153 em 2010 e que não fere a constituição.

Na análise do mérito, a Corte condenou o Brasil pela violação dos direitos às garantias judiciais e ao amparo judicial, por causa da não realização de investigações, e punição dos agentes responsáveis pelos crimes. Determinou que o Estado efetuasse a investigação dos delitos, com fim de encontrar a verdade, determinar os responsáveis e executar as penas estabelecidas em lei. (Corte IDH, 2010, parágrafo 256).

Sobre a busca pelo paradeiro das vítimas, o Estado havia afirmado que foram efetuadas 13 expedições à região do Araguaia, sob o objetivo de identificar a localização de corpos dos guerrilheiros, das quais algumas efetuadas pelos familiares das vítimas e outros pelos órgãos públicos. Ressaltou a continuidade da investigação sobre a “operação limpeza”, na qual acredita-se que um grupo de militares foram enviados para levar os corpos dos guerrilheiros, já sem vida, para a incineração. (Corte IDH, 2010, parágrafo 260).

O tribunal enfatizou que as famílias têm direito ao conhecimento do paradeiro das vítimas, e ao cumprimento, por parte do Estado, das buscas e averiguações necessárias para a localização dos corpos, ou, ao menos, para encontrar a verdade dos fatos. Segundo a Corte, encontrar os corpos possui uma importância primordial, uma vez que somente assim, os familiares das vítimas poderão sepultá-los de acordo com suas crenças e costumes, além de poder vivenciar o processo de luto, ao qual os familiares foram privados durante todo este tempo, por causa do desaparecimento das vítimas. (Corte IDH, 2010, parágrafo 261).

A Corte determinou que o Estado empregasse maiores esforços na investigação do paradeiro das vítimas, a fim de que sejam identificados com brevidade, e ressaltou que as vítimas encontram-se aguardando as providências das autoridades a mais de 30 anos. Os corpos das vítimas precisam ser entregues aos familiares o mais breve possível após serem localizados, e os familiares são isentos de custos, bem como com despesas funerárias. (Corte IDH, 2010, parágrafo 262).

O tribunal determinou o cumprimento de outras medidas para o Estado. Tratam-se de reabilitar os familiares das vítimas a vida normal que viviam, garantindo assistência médica e psicológica para a superação dos sofrimentos vivenciados por eles. A satisfação da sentença, executando as exigências trazidas pela sentença, a fim de que a decisão da Corte seja aplicada. E adote medidas para incentivar a não repetição desses tipos de violações. (Corte IDH, 2010, parágrafo 264,270,281).

5. Conclusão

Sendo assim, pode-se perceber que o conflito de entendimento entre o STF e a Corte Interamericana deve ser avaliado a luz do ordenamento jurídico brasileiro como um todo, não apenas pelas leis internas, mas também pelos tratados ao qual o Brasil se tornou signatário.

Os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem hierarquia supralegal segunda o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, portanto, cabe ao Estado brasileiro exercer o controle de convencionalidade para ajustar as leis à norma jurídica hierarquicamente superior.

O controle de convencionalidade é um mecanismo de importante para a proteção de direitos humanos, pois visa garantir a aplicação da Convenção para que os direitos e deveres estabelecidos nela sejam cumpridos de forma efetiva. Nesse controle, tanto o Estado como a comunidade internacional possuem papel fundamental na efetivação dos direitos humanos. A primeira iniciativa incumbe ao Estado de exercer o controle convencionalidade interno, fazendo a adequação necessária das leis com a Convenção. A segunda iniciativa parte da comunidade internacional, quando a Convenção, de forma residual, leva à Corte Interamericana as denúncias de violação de direitos humanos cometidas pelos Estados.

A jurisprudência da Corte Interamericana também é um meio eficiente para a orientação dos Estados com relação ao controle de constitucionalidade. A Corte já vinha consolidando o seu entendimento de que as Leis de Anistia dos países latinos americanos criados nos períodos de finais das ditaduras militares são inconventionais. As violações de direitos humanos não poderiam ficar sem punição, tendo em vista que

é dever do Estado reprimir a prática de atos atentatórios a dignidade da pessoa humana. No caso brasileiro, a Lei de Anistia conferiu anistia a todos os crimes cometidos no período da ditadura militar que tenham conexão com os políticos. Por isso, atos como tortura, perseguição políticas, e desaparecimentos forçados foram anistiados e as investigações policiais, obstruídas. A lei de anistia que foi pensada para abarcar apenas os crimes políticos passou a englobar todos os crimes que tivessem conexão com os políticos. Desse modo, a interpretação ampliada da lei foi utilizada para favorecer crimes hediondos e de evidente violação dos direitos humanos.

Os crimes cometidos na operação contra a guerrilha do Araguaia foram de desaparecimento forçado. No âmbito do direito internacional, o entendimento de que o desaparecimento forçado é um crime continuado mostra-se pacífico entre os juristas e as Cortes Internacionais. A própria Corte Interamericana já havia consolidado esse entendimento em suas jurisprudências.

As violações cometidas na operação contra a guerrilha do Araguaia foram de desaparecimento forçado. No âmbito do direito internacional, o entendimento de que o desaparecimento forçado é um crime continuado é pacífico. A Corte Interamericana havia consolidado esse entendimento em suas jurisprudências.

As violações cometidas pelo Estado brasileiro contra os guerrilheiros do Araguaia foram levadas perante a Convenção Interamericana, que julgou por bem encaminhar sua denúncia das violações percebidas por ela para a Corte Interamericana.

Enquanto caminha o processo Gomes Lund e outros (guerrilha do Araguaia) perante a Corte Internacional, o Supremo Tribunal Federal estava analisando a constitucionalidade da Lei de Anistia, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Muito embora a análise do ADPF 153 pelo STF tenha reconhecido a legitimidade da lei de anistia, a discussão analisada pelo supremo não apreciou a análise do caso sob a ótica da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nem mesmo a jurisprudência da Corte Interamericana sobre os diversos processos de leis de anistia nos demais países da América Latina. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos estabelece um dever para os Estados de garantir e preservar a proteção dos direitos humanos como razão maior do Estado, não sendo compatível com os dispositivos da convenção a anistia por crimes que violam estes direitos.

Por ordem de competência jurisdicional temporal, a Corte Interamericana só avaliou as violações de Direitos Humanos cometidos por crimes de natureza continuada que produzisse efeitos para além do dia 10 de dezembro de 1998, momento em que o Brasil aceitou a competência litigiosa da Corte Interamericana para julgar violações dos Direitos Humanos. Dessa forma, só avaliou os casos de desaparecimento forçado que ainda não foram encontrados os corpos, pois esses crimes ainda permanecem no tempo. Avaliando os casos a Corte Interamericana decidiu pela condenação do Estado brasileiro por violação dos Direitos Humanos, porque entendeu que os crimes cometidos contra os direitos humanos não poderiam ser esquecidos sem que o Estado empregasse os meios possíveis para a punição dos agentes violadores.

Dessa forma, a lei de anistia não poderia obstruir as investigações e os julgamentos daqueles crimes de natureza continuada e permanente que ainda geram efeitos após a ratificação da Convenção no Brasil. Pois, apesar da lei ter sido elaborada numa época distinta e ter sido importante para aquele momento histórico, a perpetuação de

um crime dessa natureza é inaceitável mediante uma perspectiva de direitos humanos e da Constituição Federal de 1988.

Portanto, com relação aos crimes de natureza continuada, deve ser aplicado o ordenamento jurídico atual na busca da verdade e da justiça. Negar a investigação policial e o processo penal para os crimes de natureza continuada é negar a aplicação da lei.

6. Referências

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Delipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Con-tax. Curitiba: NINC, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392017000100109&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 05/10/2020.

MACIEL, Debora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas. São Paulo: Rev. bras. ci. soc, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 09/10/2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). Marinoni website, 2012. Disponível em : <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-C-CONV..pdf> . Acesso em: 20/05/2020.

MARTINS , Tahinah Albuquerque. Controle de convencionalidade: a influência das decisões da corte interamericana de direitos humanos no brasil e a declaração de nulidade da lei de anistia. Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/10349/3/2011_TahinahAlbuquerqueMartins.pdf. Acesso em: 20/05/2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Nações Unidas Brasil. A Carta das Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 14/09/2020.

Nações Unidas Brasil. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 14/09/2020.

NAÇÕES UNIDAS. Que países são atualmente membros das Nações Unidas?. Disponível em: <https://unric.org/pt/que-paises-sao-atualmente-membros-das-nacoes-unidas/>.

Acesso em 10/10/2020.

OEA. O que é a CIDH? Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp> . Acesso em: 15/09/2020.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. Revista da USP, São Paulo, SP, 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>. Acesso em: 10/06/2020.

RASGA, Mariana de Freitas; VALIM, Morgana Paiva. O Caso Gomes Lund: um debate sobre direito e memória histórica no Tribunal Brasileiro e na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In *Estudios Sociales.Memoria del 56º Congreso Internacional de Americanistas*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2018, p. 1907-1916.

ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Olavo Augusto vianna Alves; TARRAGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. O controle de convencionalidade difuso de ofício e a vedação das decisões-surpresa. Espaço Jurídico Journal of Law, 12 dez 2019. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17579/13505>. Acesso em: 20/05/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/A-vida-dos-direitos-nos-30-anos-da-Constituicao-Federal.pdf#page=129 . Acesso em: 06/04/2020.

TEIXEIRA, Marcelo Markus; PEREIRA, Reginaldo; BIEGER, Andrey Luciano. Os Critérios de Recepção das Decisões acerca dos Delitos de Desacato do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Superior Tribunal de Justiça à Luz do Controle de Convencionalidade Externo. Sequência, Florianópolis, v. 39, no.80, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552018000300179&script=sci_arttext&tlng=pt . Acesso em: 18/05/2020.

APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Igor Muzeka¹

Darlan Nardi²

Eduardo Henrique Bondarczuk³

RESUMO

O presente trabalho traz a atual situação do comércio eletrônico e sua efetiva proteção por meio do Código de Defesa do Consumidor, abordando seu breve histórico de surgimento no Brasil, bem como os princípios que regem sua legislação, trazendo o decreto n. 7.962/2013 realizado pela Dilma Rousseff em seu mandato, sobre o comércio eletrônico. O tema é decorrente do avanço da tecnologia no decorrer dos anos em nossa sociedade, e o acesso à internet tem gerado profundas mudanças na realidade social, especialmente no prisma consumerista, que gerou uma maior facilitação no cotidiano das pessoas, proporcionando a realização de diversas tarefas sem a necessidade de locomoção, com isso o comércio acabou se flexibilizando a este meio atual. Hoje em dia as compras on-line têm crescido instantaneamente, o fornecimento e o consumo criaram força na agilidade que a rede traz à tona, sendo possível encontrar facilmente qualquer tipo de produto, realizar diversos negócios, como contratos bancários, contratos de compra e venda, contratos de relação de trabalho, dentro os mais amplos abrangidos pelo Código Civil/2002, até mesmo no âmbito internacional, podendo criar laços de consumo com os diversos países através do computador. Porém com isso, surge as maiores inseguranças, pois também, assim como na relação de consumo física que somos acostumados, a relação consumerista eletrônica também necessita de sua efetiva proteção, trazendo vulnerabilidade ao consumidor.

Palavras Chave: Consumidor. Eletrônico. Legislação.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

APPLICABILITY OF THE CONSUMER DEFENSE CODE IN ELECTRONIC COMMERCE

Igor Muzeka¹

Darlan Nardi²

Eduardo Henrique Bondarczuk³

ABSTRACT

This paper presents the current situation of electronic commerce and its effective protection through the Consumer Protection Code, addressing its brief history of emergence in Brazil, as well as the principles that govern its legislation, bringing decree no. 7,962 / 2013 conducted by Dilma Rousseff in her mandate, on electronic commerce. The theme is due to the advancement of technology over the years in our society, and access to the internet has generated profound changes in social reality, especially in the consumerist perspective, which has generated greater facilitation in people's daily lives, providing the accomplishment of several tasks without the need for locomotion, with that the commerce ended up being flexible to this current environment. Nowadays online shopping has grown instantly, supply and consumption have created strength in the agility that the chain brings to the surface, making it possible to easily find any type of product, carry out various businesses, such as bank contracts, purchase and sale contracts, employment relationship contracts, within the broadest ones covered by the Civil Code / 2002, even at the international level, being able to create consumer ties with the different countries through the computer. However, with this, the greatest insecurities arise, because also, as in the physical consumption relationship that we are used to, the electronic consumer relationship also needs its effective protection, bringing vulnerability to the consumer.

Key word: Consumer. Eletronic. Legislation

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A vulnerabilidade do consumidor sempre esteve presente em nossa sociedade, ao longo do tempo a tecnologia obteve um avanço estrondoso, e a produção cresceu drasticamente, fazendo com que o mercado de consumo obtivesse grande espaço, com produtos de todos os lugares.

Deste modo a sociedade sofreu grandes mudanças, principalmente no âmbito consumerista, com a chegada da tecnologia para fins de facilitar as relações pessoais, as transações começaram a realçar seu lugar no ambiente eletrônico, as contratações e consumo ficaram cada vez mais fáceis. Com isso a insegurança da sociedade em realizar compras e demais transações adveio junto com sua evolução, neste sentido surgiu-se a indagação sobre a efetiva proteção no comércio eletrônico. O presente trabalho traz a evolução da defesa do consumidor no Brasil, seus princípios basilares, bem como a proteção que a lei brasileira abrange sobre compras do gênero.

Nosso Código de defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), não alcança de forma adequada a evolução nas transações eletrônicas, tendo em vista que sua publicação se realizou nos anos 90, onde de fato a internet ainda não havia alcançado a globalização que hoje se encontra. Deste modo, com a tomada da tecnologia no território brasileiro em seu mandato à ex-presidente Dilma Rousseff determinou o marco civil da internet no Brasil, bem como criou o decreto lei n. 7.962/2013 que atualiza o código de defesa do consumidor sobre as relações realizadas pelo ambiente virtual.

De outro modo, importante conceitualizar os princípios que regem as relações consumeristas, bem como a evolução da aplicabilidade do código de defesa do consumidor, sendo a referência de consumidor e fornecedor como base ao nosso estudo.

Outrossim, abordaremos de forma atual a sanção da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) que veio assegurar e proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, garantindo a liberdade de expressão, opinião e proteção do consumidor neste meio, aplicando penalidades a quem ferir o gozo do uso de dados de forma inadequada.

2 EVOLUÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

O consumo sempre esteve presente na sociedade, fazendo parte do cotidiano das pessoas e em todos os períodos da história, na antiguidade o consumo se dava na troca de produtos para a mera subsistência do indivíduo. A revolução industrial, iniciada na Inglaterra, substituiu a ação manual pela ação mecânica gerando um grande aumento de demanda de produtos e bens variados para o consumo.

Segundo Silva (2018, s.p):

As transformações resultantes do acelerado processo de industrialização acarretaram uma grande difusão de bens e, por via de consequência, um alargamento do público adquirente, principalmente pelo fato de que os grupos menos abastados também passaram a ter acesso a certos produtos e serviços.

O acesso aos mais variados produtos acarretou em uma transformação da

sociedade de antes da revolução industrial para uma sociedade pós-revolução. Com o aumento do tráfego de consumo e com a maior demanda de compra e venda, começou a surgir a vulnerabilidade do consumidor neste meio e as intrigas sociais por conta das transações.

No Brasil a defesa do consumidor deu as caras em meados nos anos 1960, após ser reconhecida a vulnerabilidade que o mesmo se encontrava. O ex-presidente Jonh F. Kennedy reconheceu o caráter universal de proteção aos direitos dos consumidores, tais como o direito a segurança, a informação e de escolha. Por este motivo dia 15 de março é comemorado o dia mundial dos direitos do consumidor. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, n.d.).

Neste âmbito, de lá para cá, somente na Constituição Federal de 1934 que surgiram as primeiras normas constitucionais, visando proteger a economia popular brasileira, assim adveio o decreto Lei n. 869 de 1938, alterado pelo decreto lei n. 9.840 de 1946 que visava garantir a proteção contra os crimes de economia popular, sobrevivendo em 1951 a Lei de Economia Popular vigente até hoje (BRASIL, 1951).

Em 1978 surgiu em âmbito estadual o primeiro órgão de defesa do consumidor, o Procon- Grupo Executivo de Proteção e Orientação ao Consumidor de São Paulo, criado pela Lei n. 1.903 de 1978. (ALMEIDA, 2015).

Até então, não havia legislação pertinente a proteção do consumidor, o Procon veio a ser um polo administrativo, com intenção de orientar o consumidor e auxiliá-lo nos problemas advindos da relação de consumo, porém sem utilizar-se de lei específica.

Segundo Filomeno (2011, s.p):

A legislação então existente não contemplava a tutela específica do consumidor, embora essa personagem tenha aparecido com tal denominação, curiosamente, no seio do nosso velho e vigente Código Penal, na década de 40 do século 20, na tipificação do delito de fraude no comércio e já distinto de simples adquirente ou contratante.

Em âmbito federal só em 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor por meio do Decreto nº 91.469, de 24 de julho de 1985, destacada a atuação na elaboração de propostas na Assembleia Constituinte e principalmente, por ter difundido a importância da defesa do consumidor no Brasil, possibilitando, inclusive, a criação de uma Política Nacional de Defesa do Consumidor. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, n.d).

Porém, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que houve de fato a inserção da defesa do consumidor como garantia fundamental e princípio de ordem econômica. Assim a carta magna trouxe em seu artigo 5º, inciso XXXII, que: “O estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. (BRASIL, 1988)

Em seu artigo 48, no ato das disposições constitucionais transitórias já anunciava a edição do tão almejado Código de Defesa do Consumidor.

Em 1990, através da Lei n. 8.078, torna-se realidade e nasce o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que veio a assegurar a vulnerabilidade que as relações de consumo trazem, pugando pela boa-fé como princípio basilar, sendo assim exercidas pelo meio do Sistema Nacional de defesa do Consumidor (SNDC), que reúne órgãos federais/estaduais e municipais.

Conforme preleciona Almeida (2015, s.p):

A vitória mais importante nesse campo, fruto dos reclamos da sociedade e de ingente trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, foi a inserção, na Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988, de quatro dispositivos específicos sobre o tema.

Percebe-se que a vulnerabilidade do consumidor percorreu os últimos anos em busca de sua tutela específica, e isso se deu com o aumento do mercado consumérista no Brasil, o aumento de produção em massa, com a consequente necessidade de expansão das compras e vendas com o mundo moderno, gerando cada vez mais uma exposição maior da sociedade.

2.1 Partes da relação de consumo

Sabe-se que a relação de consumo se dá por mais de uma única parte, ou seja, para a concretização da relação no mercado de consumo, haverá o destinatário final e o fornecedor de produtos ou serviços.

Assim, segundo Lisboa (2011, s.p): “De acordo com a sociologia, consumidor é aquele que frui os bens para si, em razão da sua classe social, neste caso, o consumidor é muitas vezes comparado impropriamente ao proletariado.”

Assim, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) decidiu definir ambos os conceitos de consumidor e fornecedor.

Em seu artigo 2º o mencionado Código traz a definição em sentido estrito de Consumidor, veja-se: “Art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” (BRASIL, 1990)

O artigo conceitua como aquela pessoa física ou jurídica, ou seja, podendo ser consumidor as empresas, microempresas, etc., que adquire o produto e ou um serviço no mercado como destinatário final.

Neste ponto, traz-se uma dúvida na sua legislação, pois destinatário final, em tese não se enquadra os intermediários no ciclo de produção, como por exemplo, quem compra do fornecedor para prática de revenda.

Segundo Nunes (2017, s.p): “O problema do uso do termo “destinatário final” está relacionado a um caso específico: o daquela pessoa que adquire produto ou serviço como destinatária final, mas que usará tal bem como típico de produção.”

Ou seja, consumidor estaria ligado diretamente a quem pela relação encerra a cadeia econômica de consumo, abrindo uma série de questionamentos sobre a expressão “destinatário final”. Assim, a concepção segundo a qual o bem de custeio seria objeto de relação de consumo não é exata, pois a ideia de destinatário final se refere a última causa e não a propriedade econômica da causa.

São várias as correntes que relatam a propriedade de enquadrar a cadeia de consumo de quem adquire bem de custeio e bem de consumo, porém dentro de nosso estudo cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem adotando a Teoria Finalista econômica sobre o tema.

Define Lisboa (2011, s.p) “que a teoria finalista econômica segue a orientação de que se o bem é adquirido para finalidade e desempenho profissional, ele não será

considerado consumidor, mas sim introduzido na cadeia de produção novamente, na mesma linha continua de fornecimento.”

Neste ponto, pugna-se o STJ pela diferenciação do bem de consumo (pessoal) para o bem de insumo e custeio (linha de fornecimento). A mais clara jurisprudência proferida pelo tribunal traz a teoria aplicada na prática, veja-se:

MITIGAÇÃO DA TEORIA FINALISTA, ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR, SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Esta corte Superior possui firme o entendimento no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é diploma jurídico apto a reger relações de natureza civis/empresariais, mormente quando o produto ou serviço contratado é integrado ao processo produtivo, ou ao ativo permanente, contexto que afasta sua condição de destinatário final da relação (teoria finalista ou subjetiva). Precedentes. 2. Agravo interno não provido. (STJ – AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgInt nos Edcl no AREsp 1553370 RS 2019/0221783-9 (STJ) Jurisprudência. Data de Publicação: 20/02/2020).

Desta forma, o conceito de destinatário final mesmo que não esteja previamente claro pela Lei 8.078/90, está diretamente relacionado a teorias que melhor superam as correntes de pensamento, sendo a corte superior utilizando-se do conceito da teoria finalista econômica e aplicando-a aos casos jurídicos conforme demonstrado.

Na mesma linha de conceituação de consumidor pela legislação, nos surge o consumidor por equiparação, sendo então definidos: “Art. 2º [...] Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. (BRASIL, 1990, s.p)

A coletividade de pessoas pode ser lesada na relação de consumo, possuindo vulnerabilidade tanto como uma pessoa em seu modo unitário, pois no caso de um possível concerto em um edifício que venha a causar prejuízos, lesando aos condôminos estes serão considerados consumidores.

Assim, Nunes (2017) ensina que a regra do parágrafo único do artigo 2º, permite que seja acrescido o conjunto de pessoas, mesmo que não constituam em pessoa jurídica, como exemplo a massa falida pode atuar como consumidora, ou até mesmo o condomínio quando contrata serviços.

Neste ponto, acerca da responsabilidade pelos danos, na seção II da Lei 8.078/90, o artigo 17 traz à tona a equiparação ao consumidor, onde: “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” (BRASIL, 1990, s.p)

E ainda o artigo 29 da Lei 8.078/90, diz que: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.” (BRASIL, 1990, s.p)

Outrossim, concluímos que haverá situações que o consumidor será mais de uma pessoa, referindo-se a uma coletividade lesada sob a mesma circunstância, onde possuirão o mesmo direito referente a responsabilidade (artigo 17) e poderá abranger o todo mesmo que não determinados (artigo 29).

Do outro lado da relação de consumo teremos o fornecedor de produtos ou

serviços, onde o seu mais breve conceito está elencado no artigo 3º, caput do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990, s.p)

Diferentemente do conceito de consumidor a legislação optou por definir todos os elementos que se enquadram como fornecedores, não só seu conceito básico, mas todas as atividades desenvolvidas.

Deixando claro que fornecedor não é só quem fabrica os produtos em si, mas também quem os revende no mercado de consumo.

Segundo Almeida (2015, s.p):

A definição legal praticamente esgotou todas as formas de atuação no mercado de consumo, fornecedor não é apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos de venda espalhados por todo território.

Neste Ponto, o artigo 3º traz como fonte de comércio o “produto ou serviço”, sendo suas definições nas alíneas a e b do respectivo artigo, onde:

Art. 3º [...]

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990, s.p)

Deste modo, a legislação deixa clara que produto é qualquer bem, seja ele móvel ou imóvel material ou imaterial, pois, dentro do mercado de consumo temos uma ampla variedade de bens, e ainda poderá nestas hipóteses a fixação de produto durável e não durável conforme preleciona o artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor.

Se analisarmos a respeito da materialidade do bem, podemos nos perguntar, de que forma e como se enquadram bens “imateriais”?

Pois bem, a legislação optou por enquadrar todos os tipos de produtos e assegurar toda e qualquer venda realizada, deste modo ficaram conceitos amplos, para que nada escape.

Conforme Nunes (2019, s.p): “Assim a designação de “produto” é utilizada, por exemplo, nas atividades bancárias (mutuo aplicação em renda fixa, caução de títulos, etc.). Tais “Produtos” encaixam-se então na definição de bens imateriais.”

Já o parágrafo 2º define “serviços”, colocando amplitude a definição, afim de adentrar em todos os encargos, trabalhistas ou não, que forem remunerados, citando os financeiros inclusive citados anteriormente, de modo que, ninguém que contrate serviços venha a sair lesado por falta de conteúdo exposto na legislação.

Desta forma, vimos que o fornecedor de produtos ou serviços, é aquele que fabrica e os que inclusive fazem a prática de revenda, sendo os produtos qualquer bem, duráveis ou não duráveis, materiais ou imateriais, imóveis ou móveis. Enfim, a legislação abrangeu bem as atividades do fornecedor para que estejam presentes todas as hipóteses presentes no mercado de consumo.

2.2 Princípios aderentes à relação de consumo

Nossa legislação brasileira é rodeada de princípios que servem para nortear o setor. Assim como nossa Constituição Federal de 1988 possui princípios que regem sua legislação, nosso Código de Defesa do Consumidor também porta os seus princípios que circulam a relação de consumo.

Neste caminhar, convém aconselhar-se da admirável lição de Celso Antônio Bandeira de Melo (1994, p.451 apud SILVA, 2014, p.13):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Conforme o escalão do princípio atingido, pode representar insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão da estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Assim, entende-se que os princípios são tão importantes quanto a legislação em si, pois ferindo um princípio, estamos indo contra os valores fundamentais e desestruturando o sustento da lei, que por sua vez, aplica-os nas boas relações. Segundo Maria Bernadete Miranda (2017, s.p) são treze os princípios consagrados de proteção de defesa do consumidor, sendo:

Princípio da dignidade humana: Neste ponto, a dignidade humana além de princípio é uma garantia fundamental da nossa nobre carta magna, que rege inclusive todos os demais princípios, pois é um pilar para as boas relações. Princípio da proteção: Amparado pelo artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, devendo o estado proteger o consumidor, devido a sua vulnerabilidade nas relações de consumo. Princípio da Confiança: Confiança na relação de consumo, ou seja, entre o consumidor e o fornecedor. Princípio da Precaução: Resguarda o consumidor de riscos relativos a produtos/serviços no mercado de consumo. Princípio da Transparência: O fornecedor tem obrigação de manter os consumidores informados sobre os riscos do seu produto/serviço. Princípio da Vulnerabilidade: Reconhecimento da fragilidade do consumidor em relação ao fornecedor. Princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio: busca-se a lealdade, cooperação e solidariedade nas relações consumeristas, conforme dispõe o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor. Princípio da Informação: Direito do consumidor de receber todas as informações adequadas, claras e eficientes sobre o produto e/ou serviço que está adquirindo. Princípio da facilitação da defesa: Esse princí-

pio dispõe sobre a inversão do ônus da prova, facilitando a defesa do consumidor perante ao fornecedor no momento probatório. Princípio da revisão das cláusulas contratuais: trata-se de contratos abusivos ao consumidor, devendo ser mantida na relação contratual a proporcionalidade. Princípio da conservação dos Contratos: Direito do consumidor de manter a proporcionalidade nos contratos jurídico-material com o fornecedor. Princípio da Solidariedade: Todos os envolvidos respondem pela ofensa a vítima. Princípio da Igualdade: Permanente equilíbrio das partes, ambas devem obter tratamentos equiparados.

Importante ressaltar que o princípio da dignidade humana é de extrema importância na relevância dos demais princípios, devendo ser respeitado pela sociedade, principalmente por ser princípio basilar da Carga Magna brasileira. Assim, dentro da relação de consumo podemos relevar o princípio da boa-fé objetiva, onde rege a cooperação entre fornecedor e consumidor e o princípio da vulnerabilidade, sendo levado o consumidor a parte mais frágil da transação.

Viu-se que o Código de Defesa do Consumidor está norteado de princípios de suma importância afim de assegurarem as boas relações entre os consumidores e fornecedores no mercado de consumo, de modo a evitar que surjam conflitos e desigualdade dentro da vulnerabilidade em que o consumidor se encontra.

3 APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Sabe-se que a relação de consumo está evoluindo drasticamente no mercado atual, com a exportação e importação de produtos e a facilidade com a rede de internet, o consumo cresceu nos últimos tempos e com ele adveio à necessidade de uma proteção maior do consumidor e de uma legislação eficiente neste meio.

Conforme preleciona Almeida (2015 s.p): “De há muito tempo, as relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, transformando-se, principalmente nos grandes centros urbanos, em operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou conhecer o fornecedor”.

Os negócios jurídicos por meio eletrônico são realizados sem a presença física das partes, ou seja, sem os contratantes simultaneamente no mesmo lugar, este negócio abrange troca de dados digitais, textos, sons e imagens.

Assim, é possível ver que o comércio eletrônico ganha destaque na atividade econômica, tendo em vista a facilitação que trouxe.

Segundo Marques (2004, p.34-36):

O comércio eletrônico é conceitualizado como os atos negociais entre empresários e clientes com o escopo de vender produtos e serviços, sendo que as contratações se operam a distância, conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagens de texto, etc.), por internet (on-line) ou meios de telecomunicações de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares etc.).

Neste ponto, precisamos analisar que nasce uma vulnerabilidade do consu-

midor dentro deste meio eletrônico, onde assim como nas relações de consumo físicas as quais conhecemos, também haverá lesão, vício, dentre outras situações em que o consumidor precisa estar amparado pela legislação dentro do meio on-line.

Apesar da facilitação que trouxe o comércio eletrônico, surge uma insegurança no consumidor, que por sua vez possui receio de efetuar compras on-line, por não confiar neste ambiente virtual.

Diversos riscos cercam os consumidores, podendo eles estarem diante de um fornecedor falsário, riscos e erros no momento da compra, falhas nos serviços, dificuldades de trocas e devoluções e ainda a possibilidade de ter informações pessoais divulgadas.

Quando falamos de insegurança do consumidor no comércio on-line, trata-se tanto da insegurança com a tecnologia em si, quanto à insegurança com sua proteção jurídica.

Neste ponto, uma dúvida que surge entre os consumidores, bem como os operadores do direito é a qual legislação pertinente para aplicação nas compras eletrônicas?

Pois bem, no Brasil, não havia uma regulamentação específica para os contratos eletrônicos até o ano de 2013, onde neste cenário era aplicado a Constituição Federal de 1988 e a legislação vigente aos contratos tradicionais, aplicando subsidiariamente o Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Antes de 2013, as disputas judiciais envolvendo o comércio eletrônico eram bastante controversas, tendo os operadores do direito que basear-se em analogias, costumes e princípios inerentes a legislação. (FERNANDES, 2016).

É pacífico na doutrina que o oferecimento de produtos e serviços, pela internet é considerado oferta de consumo, que pode ser aceita ou não pelo consumidor. Neste sentido as ações que visavam as relações de consumo pela internet, utilizavam-se do disposto no cumprimento a oferta do Código de Defesa do Consumidor, onde em seu artigo 30, diz que:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. (BRASIL, 1990, s.p)

Ou seja, o mencionado artigo traz que “toda informação ou publicidade” e “veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação”, leva a obrigação diretamente ao fornecedor que estiver vinculado a oferta ali produzida, bem como o contrato a ser celebrado.

Desta forma, utiliza-se igualmente o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da responsabilidade objetiva do fornecedor com seus produtos e serviços, onde: “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”.

Assim, segue a jurisprudência inerente ao ano de 2005, onde reconhece a compra veiculada pela internet como oferta pelo fornecedor:

CIVIL – CDC – OFERTA VEICULADA PELA INTERNET – PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO – RECUSA DO FORNECEDOR DE CUMPRIR A OFERTA – DIREITO DO CONSUMIDOR DE EXIGIR O CUMPRIMENTO FORÇADO DA OBRIGAÇÃO – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA QUE SÃO SE VERIFICA – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE SE IMPÕE. 1. DE CONFORMIDADE COM O ARTIGO 30 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, O FORNECEDOR QUE FAZ PUBLICAR A OFERTA DE TELEVISÃO, DEVIDAMENTE ESPECIFICADA, POR PREÇO CERTO A VISTA OU EM PARCELAS, FICA VINCULADO AOS TERMOS DA OFERTA. 2. RECUSANDO O FORNECEDOR A CUMPRIR A OFERTA VINCULADA PELA INTERNET, CABE AO CONSUMIDOR EXIGIR O CUMPRIMENTO FORÇADO DA OBRIGAÇÃO, NOS TERMOS EM QUE A OFERTA FOI VINCULADA. 3. NÃO HÁ QUE SE FALAR DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, NA HIPÓTESE DA OFERTA PELA INTERNET, EM QUE O CONSUMIDOR ADQUIRE BENS DE CONSUMO POR PREÇO INFERIOR AO PREÇO DE MERCADO, POSTO SER SABIDO QUE O SISTEMA DE VENDA EM QUESTÃO EM MUITO REDUZ OS CUSTOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS. 4. NÃO HÁ DANO MORAL PASSÍVEL DE REPARAÇÃO PECUNIÁRIA, QUANDO O CONSUMIDOR PROCURA POR BENS DE SEU INTERESSE, ENCONTRA-O ANUNCIADO A INTERNET, NÃO CHEGA A COMPRAR E EXPERIMENTA DISSABORES PELO FATO DA FORNECEDORA NÃO HONRAR A OFERTA POR DIVERGÊNCIA NA QUALIDADE DO BEM, E PREÇO ANUNCIADO, EVENTUAIS ABORRECIMENTOS EXPERIMENTADOS PELO CONSUMIDOR, CONSTITUEM PRECALÇOS DA VIDA COTIDIANA, QUE NÃO ENSEJAM REPARAÇÃO MORAL. 5. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. PRELIMINAR AFASTADA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. (TJ-DF – APELAÇÃO CÍVEL NO JUIZADO ESPECIAL ACJ 20040110386029 DF (TJ-DF) Data de Publicação: 03/05/2005)

E ainda, o julgado contendo ambos os entendimentos:

CIVIL – CDC – OFERTA VEICULADA PELA INTERNET – PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO – RECUSA DO FORNECEDOR DE CUMPRIR A OFERTA – DIREITO DO CONSUMIDOR DE EXIGIR O CUMPRIMENTO FORÇADO DA OBRIGAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE SE IMPÕE – DANO MORAL CARACTERIZADO – QUANTUM MANTIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Segundo o artigo 30 do CDC a legislação consumerista adotou o princípio da vinculação, pelo qual o fornecedor que utiliza os meios de comunicação para fazer uma oferta a ela fica vinculado. O artigo 35, I do mesmo instrumento legal, determina que é direito do consumidor, em recusando o fornecedor a cumprir o que publicara, exigir o cumprimento forçado da obrigação nos termos da oferta. 2. In casu, há dano moral indenizável, pois a empresa apelante, enquanto fornecedora de serviços, possui responsabilidade objetiva, consoante dispõe o art. 14 do CDC, sendo que nesta hipótese a mesma não logrou comprovar quaisquer das hipóteses

excludentes do dever objetivo de indenizar dispostos no art. 14, §3º do CDC. 3. Manutenção do montante indenizatório considerando o grave equívoco da ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. 4. Incumbe a parte que deu causa à ação arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, em razão do princípio da causalidade. Reduzida a verba honorária fixada na sentença porquê de acordo com o disposto no §3º e 4º do art. 20 do CPC. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-MA – APELAÇÃO APL 0607852013 MA 0002218-23.2013.8.10.0056 (TJ-MA) Data da publicação: 10/04/2014)

Concluimos que embora o Código de Defesa do Consumidor não traga especificações sobre o comércio eletrônico, o mesmo é aplicado nas demandas que versem sobre compras pela internet, pelo disposto do cumprimento a oferta, nos artigos 30 e seguintes do código, e de igual forma sendo aplicada a responsabilidade objetiva disposta no art. 14 do CDC.

As jurisprudências trazidas são exemplos das mais variadas que se encontra utilizando o Código de Defesa do Consumidor a este consumo on-line.

3.1 Projeto de lei 281/2012 e decreto lei n. 7.962/2013 e sua funcionalidade no código de defesa do consumidor

Em 2012 pelo senador José Sarney, foi realizado o projeto de lei 281/2012 onde visa fazer alterações no texto do Código de Defesa do Consumidor, implementando o comércio eletrônico em seus dispositivos. Uma das alterações propostas como exemplo, está do direito de arrependimento do consumidor na compra eletrônica, o atual disposto no artigo 49 do mencionado Código, diz que:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

O Código de Defesa do Consumidor por ser do ano de 1990, ou seja, uma legislação mais ultrapassada, assim digamos, apenas cita em seu texto as compras fora do estabelecimento comercial, sendo elas por telefone ou a domicílio, não trazendo a questão da compra eletrônica, algo que na época não era comum como hoje em dia.

O projeto de lei visa trazer essa alteração ao artigo 49 do CDC, implementando o comércio eletrônico nas hipóteses de arrependimento.

Este projeto ainda não está em vigor, apenas foi aprovado em 2015 pelo Plenário do Senado sendo convertido no Projeto de Lei n. 3.514/2015 e atualmente apensado ao Projeto de Lei n. 4.906/001, e aguarda até a presente data a votação da câmara de deputados. (MARTINS, 2015).

A regulamentação do comércio eletrônico no Projeto de Lei do Senado trará um avanço na questão de confiança do consumidor frente ao consumo on-line, trazendo mais limites à segurança das transações.

Com o avanço da tecnologia no Brasil, e lado a lado com o projeto de lei 281/2012, a ex-presidente Dilma Rousseff editou o Decreto n. 7.962/2013 que visa a regulamentar o comércio eletrônico.

Segundo Martins (2015, p.217): “O decreto foi pioneiro ao abranger as compras coletivas e modalidades análogas de contratação, no seu art. 3º, é estabelecido as informações adicionais que tais fornecedores devem disponibilizar, além daquelas previstas no art. 2º”.

Neste ponto, o artigo 2º do decreto dispõe sobre as informações necessárias que devem ser fornecidas pelo fornecedor, dentre elas a inscrição empresarial, comprovando o número no cadastro de pessoas físicas ou jurídicas, endereços tanto físicos como eletrônicos afins de localização fácil do fornecedor sempre que preciso, todas as características do produto ou serviço, incluindo os riscos e danos que podem causar a saúde e afins, discriminação do preço com todas as informações adicionais sobre taxas, condições integrais da oferta incluindo todas as informações importantes sobre o produto ou serviço, modo de entrega, preços, etc. e informações sobre quaisquer restrições que possa advir da oferta.

Assim, os sites de venda eletrônicas devem conter todas as informações contidas nos incisos do mencionado artigo, a fim de trazer mais segurança ao consumidor acerca do que está adquirindo e de quem está adquirindo, facilitando também o contato sempre que preciso com o fornecedor e conhecer com mais características do produto.

Destaca-se ainda do Decreto n. 1.962/2013 o artigo 4º que traz à tona a boa-fé objetiva do fornecedor para com o consumidor, onde garante a cargo do fornecedor o atendimento facilitado ao consumidor, apresentando o sumário do contrato antes de sua conclusão, com todas as informações necessárias, veja-se:

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;

II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;

III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;

IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;

V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e

VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do caput será encaminhada em até cinco dias ao consumidor. (BRASIL, 2013, s.p)

O artigo 5º traz o direito de arrependimento do consumidor, devendo o fornecedor deixar claros os meios eficazes desta conduta, assim conforme o §1º o consumidor poderá usar o mesmo meio da contratação para usar seu direito de arrependimento, e conforme §2º indicará na rescisão do contrato e seus acessórios.

O artigo 6º destaca a importância do cumprimento a oferta elencados também nos artigos 30 e 31 do CDC, devendo o fornecedor cumprir com os prazos apresentados na oferta dos produtos ou serviços.

De outro modo, o artigo 7º dispõe que a inobservância das condutas descritas no Decreto acarretará as sanções descritas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, como sanções de multa, apreensão do produto, proibição de fabricação, dentre outros.

Outrossim, podemos considerar que o Decreto Legislativo n. 7.962/2013 veio a garantir que as normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor também venham a ser aplicadas no comércio eletrônico, tendo em vista que o código de 2002 não abrange de forma exposta em sua legislação o comércio eletrônico.

4 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709/2018) E SUA APLICABILIDADE

Uma das causas de maior vulnerabilidade do consumidor e insegurança nas compras on-line é o medo de pôr em risco seus dados pessoais, dados bancários, sua imagem, dentre outras informações consideradas de periculosidade para a integridade do consumidor.

A internet, no mesmo modo que veio a facilitar a troca de informações a distância sem precisar de contato físico ou grande demora, também trouxe um risco à privacidade dos seus usuários, de modo que por se utilizar de rede para suas funções é de grande risco a distribuição de dados pessoais.

Deste modo, recentemente entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados, n. 13.709/2018, em 2018 ela entrou como projeto e somente em setembro de 2020 foi sancionada. Segundo Pinheiro (2018, s.p):

O motivo que inspirou o surgimento de regulamentações de proteção de dados pessoais de forma mais consistente e consolidada a partir dos anos de 1990 está diretamente relacionado ao próprio desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que passou dos fluxos internacionais de base de dados, especialmente os relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços tecnológicos e pela globalização.

Ou seja, o avanço da tecnologia de lá para cá, fez com que os negócios ultrapassassem fronteiras, levando a base de dados relacionadas as pessoas a terem uma regulamentação mais consistente à segurança de seus utilizadores.

Mesmo com a vigência da LGPD, as penalidades pelo descumprimento só passarão a ser aplicadas em agosto de 2021 – período que as autoridades consideraram para que empresas se adequem. (FEITOSA JUNIOR, 2020)

Em um apanhado geral, a respectiva lei visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa

natural, conforme seu artigo 1º.

O respeito a liberdade de expressão, de informação, comunicação e opinião, bem como o desenvolvimento tecnológico da informação, e a defesa do consumidor são assegurados pelo disposto no artigo 2º da respectiva lei.

Importante destacar que a lei aplicar-se-á operações realizadas por pessoa física ou jurídica independentemente do meio, desde que estejam em território nacional, assim preleciona o artigo 3º.

Ou seja, a lei abrange toda pessoa física ou jurídica que tenha seus dados lesados dentro do território nacional, seja por oferta de bens ou serviços ou qualquer tratamento de dados de pessoas localizadas no país, desde que os dados sejam de igual forma coletados em ambiente nacional.

Assim, traz o artigo 4º que a lei não se aplicará a tratamento de dados que sejam feitos para fins pessoais e não econômicos, fins jornalísticos ou artísticos e trabalhos acadêmicos, devendo neste caso ser observado o disposto no artigo 7º que traz à tona o consentimento do titular dos dados.

Neste âmbito, traz o artigo 7º que nas hipóteses elencadas nos incisos poderá ser realizado o tratamento de uso de dados pessoais, tais como:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Vejamos que nas medidas acima impostas é permitida a realização do uso de dados, porém vê-se que são casos extremos que podem neste caso ajudar, como é o

caso de processos judiciais por exemplo. Outro dispositivo relevante a ser analisado é o artigo 14 que traz a disposição sobre fornecimento de dados de crianças e adolescentes, que deverá ser usado em seu melhor interesse e com consentimento, em especial dos pais e representantes legais, conforme §1º.

De outro ponto as sanções impostas a quem lesar os dados de outrem estão dispostos a serem aplicadas pelas autoridades nacionais, sendo elas penalidades administrativas. São elas, advertência com prazo para correção das medidas, multas diárias ou porcentagem do faturamento da pessoa jurídica, bloqueio de dados, eliminação dos dados a que se refere a infração, suspensão de exercícios das pessoas jurídicas e proibição de atividades total ou parcialmente, assim dispõe o artigo 52 e incisos da lei.

Neste caso, deverá ser analisada a ampla defesa das partes, e aplicada as sanções de acordo com a periculosidade do caso concreto (§1º). Também vale destacar que as sanções previstas nesta lei não substituem aquelas previstas nos Códigos Civil e Penal. (§2º).

O artigo 53 traz a publicidade que deverá ocorrer sobre a metodologia que orientarão os cálculos dos valores de multa impostas, devendo ser objeto de consulta pública. Deste modo, a sanção de multa diária aplicada deverá observar a gravidade da falta e a extensão do dano (artigo 54).

Para regulamentação e execução desta lei, restou criada desde já a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração Pública Federal, integrante da Presidência da República. Sendo competente por zelar os dados pessoais nos termos da legislação, fiscalizar e aplicar as sanções previstas, dentre outros, conforme artigo 55-J.

Podemos concluir, que a Lei Geral de Proteção de Dados veio trazer uma segurança maior aos usuários da rede hoje tão utilizada que é a internet, muito além do medo do consumidor das lesões que pode ocorrer na compra on-line é o medo de ter seus dados pessoais expostos, sendo por tanto a legislação um meio maior de segurança a estes usuários.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao decorrer do presente trabalho concluímos que com o avanço da tecnologia grandes mudanças ocorreram em nossa sociedade, à facilitação ao acesso de informações aumentou e com isso o comércio se flexibilizou todo a este meio moderno, neste ponto nossa lei teve que se adequar as novas situações desenvolvidas nas relações e transações realizadas no modo on-line.

As relações de consumo fazem parte da evolução e crescimento do país, pois toda a compra é fruto de uma negociação, sendo o consumidor uma peça fundamental nesta relação, e também a figura mais vulnerável no consumo, por isso, observamos a necessidade de proteção e um ordenamento jurídico, como a Lei n. 8.078/90, que veio a regulamentar as relações de consumo no Brasil.

Procurou-se também analisar os princípios básicos relativos à relação de consumo, fazendo-se observar os elementos essenciais na proteção do consumidor. Levando-se em consideração o avanço da tecnologia nos tempos de hoje.

Com o estudo realizado observamos que a evolução da tecnologia foi recen-

te e realmente tomou forma recentemente, tendo em vista que no nosso país o nosso Código de Defesa do Consumidor teve que ser moldado às relações eletrônicas, com o Decreto Lei de 7.962/2013, onde trouxe adequações as transações realizadas por meio virtual e seus princípios protetores, bem como com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018).

Considerando os aspectos apresentados, percebe-se que o Brasil evoluiu no decorrer dos anos a fim de tutelar à população nas relações de consumo, com o intuito de proteção e defesa do consumidor. Em virtude disso, faz-se necessária a reflexão em educar, motivar e melhor informar a população de seus direitos e deveres quando da relação de consumo, visando diminuir a insegurança pública.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, J. B. Manual de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL, Leis e Decretos. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/set/2020.
- _____. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/set/2020.
- _____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/set/2020.
- _____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/set/2020.
- CABRAL, H. L. T. B.; PIMNTEL, L. S. Direito de Arrependimento no Comércio Eletrônico à Luz do CDC do Decreto 7962/2013. Disponível em: <http://www.lex.com.br>. Acesso em: 14/out/2020.
- FEITOSA JUNIOR, A. Lei Geral de Proteção de Dados: O que muda para os cidadãos? Veja perguntas e respostas. (2020), São Paulo, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com>. Acesso em: 30/set/2020.
- FERNANDES, M. S. A proteção do consumidor no comércio eletrônico: análise da efetividade da legislação brasileira. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 14/out/2020.
- FILOMENO, J. G. B. Atualidade do direito do consumidor no brasil: 20 anos do código de defesa do consumidor, conquistas e novos desafios. *Cognitio Juris*, João Pessoa, Ano I, Número 1, abril 2011. Disponível em <https://www.cognitiojuris.com>>. Acesso em:

30/set/2020.

MARQUES, C. L. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, G. M. Contratos Eletrônicos de Consumo. São Paulo: Atlas, 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA DO GOVERNO FEDERAL. A defesa do Consumidor no Brasil. Disponível em: <https://www.justica.gov.br>. Acesso em: 14/out/2020.

MIRANDA, M. B. Os princípios consagrados no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2017. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br>. Acesso em: 14/out/2020.

NUNES, L. A. R. Curso de direito do consumidor. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINHEIRO, P. P. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2018. São Paulo: Saraiva, 2020.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. Procedimentos de Metodologia Científica. 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

SILVA, J. S. L. Artigo A evolução Histórica sobre a proteção do consumidor e previsão constitucional no Brasil. 2018. Disponível em: <http://abdecon.com.br>. Acesso em: 14/out/2020.

VALENTE, J. Entenda o que muda com a Lei Geral de Proteção de Dados. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br>. Acesso em: 14/out/2020.

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Teoria+finalista>

Celso Antônio Bandeira de Melo (1994, p. 451 apud SILVA, 2014, p. 13)

GUARDA COMPARTILHADA: IMPLICAÇÕES PARA A CRIANÇA

Carlos Albano Volkmer de Castilho¹

Leani Budde²

Igor Muzeka³

RESUMO

A família contemporânea vem passando por transformações principalmente em decorrência da constitucionalização do direito de família. Para acompanhar essa evolução, houve a necessidade de surgir regras mais abrangentes para tutelar nos novos arranjos familiares. Nesse contexto, surgiu preocupações com a proteção da prole quando os genitores deixarem de conviver. Por consequência surgiu a lei 13.058/2014 estabelecendo a guarda compartilhada. Até o advento da aludida lei, adotava-se a guarda unilateral. Era a forma mais frequente. O presente artigo busca analisar as consequências jurídicas oriundas da guarda compartilhada, verificando decisões jurisprudências a respeito da matéria.

Palavras chave: Dissolução conjugal. Guarda. Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

The contemporary family has been undergoing transformations mainly due to the constitutionalizing of family law. To accompany this evolution, there was a need for more comprehensive rules to emerge in the new family arrangements. In this context, concerns about the protection of offspring arose when the parents stopped living together. As a consequence, Law 13,058 / 2014 was established, establishing shared custody. Until the advent of the aforementioned law, unilateral custody was adopted. It was the most frequent form. This article seeks to analyze the legal consequences arising from shared custody, verifying jurisprudence decisions regarding the matter.

Key word: Marital dissolution. Guard. Shared Guard.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo apresenta como tema a Guarda Compartilhada e as suas consequências jurídicas.

A relevância dessa matéria ocorre em razão da evolução provocada nas instituições familiares, principalmente após a Constituição Federal de 1988, quando passaram a ter proteção outras formas de família.

Diante a tantas mudanças e as novas formações familiares, busca-se a adequação para as novas demandas deste ciclo que gira em torno da evolução humana. A tendência de universalização, os hábitos e costumes através da mistura cultural é resultado de uma era de avanços tecnológicos nos meios de comunicação, com isso facilitando as relações humanas, porém muito deverá ocorrer para que se possa chegar a um modelo de família universal.

Nesse contexto surgiu um novo modelo de guarda a ser aplicado nos casos em que os genitores deixem de conviver, a denominada guarda compartilhada, como forma de priorizar o melhor interesse da criança ou do adolescente,

A pesquisa surge do questionamento sobre as consequências jurídicas provocadas pela guarda compartilhada, adotando como objetivo geral a análise jurídica da guarda compartilhada. E, como objetivos específicos, identificar os modelos de guarda, verificar a evolução do direito de família.

Para desenvolver a pesquisa será adotada pesquisa doutrinária e jurisprudencial, sendo estruturada em itens que compreende o estudo sobre o desenvolvimento histórico da guarda, a definição da guarda compartilhada e ao final analisar as consequências jurídicas da guarda compartilhada, sobretudo na jurisprudência.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA FAMÍLIA

Durante a história da humanidade percebeu-se que em nenhum outro período, ocorreu tantas e significativas mudanças em relação ao contexto familiar e também no comportamento humano de modo geral, como está acontecendo na atualidade.

Diante de muitas mudanças na sociedade brasileira, surgiu a necessidade da criação de um modelo de guarda que preservasse a relação afetiva entre pais e filhos. A Lei nº 13.058, prevê que mesmo que a relação entre os pais, não haja consenso, deverá o magistrado priorizar o instituto da guarda compartilhada, exceto se um dos genitores alegar que não deseja compartilhar a guarda da criança, ou, se o juiz, opinar pela unilateralidade da guarda.

Segundo Osório (2002), aproximadamente mais de um século se tratando da história da civilização, as mulheres e crianças, ambos começam a ter os direitos reconhecidos perante a sociedade, ressalta ainda a questão das mulheres, que não ficaram restrita a maternidade ou no próprio casamento, o que nem sempre se chegavam por vontade própria, pois a escolha para casar-se, na maioria das vezes era da família e as crianças deixaram de ser simples expectativas dos pais.

As relações familiares retratam a questão da obediência que está presente tanto na relação conjugal e relação pai e filho, a figura do homem sempre está no domínio da situação onde estabelece uma relação em torno do poder sobre o outro.

No passado tínhamos como modelo de família, aquela que o pai era autoridade soberana, o pai exercia o papel de chefe da família e as pessoas integrantes da família deviam obediência a ele (MADALENO,2008 apud TOMIZAWA e MOREIRA, 2013).

Na sociedade contemporânea as mulheres também exercem responsabilidades em relação a família, desde a questão financeira e afetiva, porém o papel do homem continua forte nas relações familiar.

Na contemporaneidade veem ocorrendo várias mudanças no contexto familiar. Segundo Osório e Valle (2002, p.19):

A mudança de paradigma na sexualidade humana pela a desvinculação do ato sexual a função de procriar, a aceitação da homossexualidade como variante do comportamento sexual humano, reconhecimentos os direitos da criança e adolescente, as mudança dos valores éticos da sociedade, a cultura consumista, a insatisfação na relações matrimoniais, progressos no meios de comunicação e avanços tecnológicos.

Diante a tantas mudanças e as novas formações familiares, busca a adequação para as novas demandas desse ciclo que gira em torno da evolução humana. A tendência de universalização os hábitos e costumes através da mistura cultural é resultado de uma era de avanços tecnológicos nos meios de comunicação, com isso facilitando as relações humanas, porém muito deverá ocorrer para que se possa chegar a um modelo de família universal.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a família tem proteção garantida e define três espécies de entidades familiares. Sendo estas, o casamento civil e religioso com efeitos civis, a união estável entre o homem e a mulher a qual a lei deve facilitar a conversão em casamento, considerar a comunidade formada por pais e seus descendentes.

Dessa forma, a Constituição estabelece proteção especial a família e o matrimônio, reconhecida por a lei e as convenções em âmbito internacional a igualdade dos sexos (art.226, parágrafo 5º, da Constituição Federal, BRASIL, 1988).

Já na era global, podemos dizer que a família da “Aldeia Global” no processo em fase inicial assume representação em um cenário de diversas maneiras, pois sendo parte de um sistema que passa por transformação.

Na configuração familiar o modo que os elementos se relacionam e uma mesma família, se mostram de modo complexo e de forma inéditas nas famílias reconstituídas ou reconstruídas, ou seja, famílias que não são provenientes da união de cônjuges de relacionamentos anteriores, seja ela com ou sem filhos. Pois estas famílias constituem a transição da família nuclear para a família estendida, a um mesmo tempo universal, incorporando o processo de globalização, com valores e as suas características socioculturais. (VALLE,2002).

Logo, a necessidade de reconhecer a família recomposta como uma estrutura complexa, já que um novo relacionamento após um divórcio ou após qualquer outra forma de ruptura acarreta a junção de duas famílias com atributos próprios. Assim, de forma harmoniosa, será preciso que cada um dos indivíduos da família anterior aceite a nova formação.

Para Toffler (1983, apud OSORIO & VALLE, 2002, p.20), a família do futuro podendo assim:

A sociedade evoluída para um período que brotam, florescem e são aceitas muitas diferentes estruturas de família. Seja a cabana eletrônica, com papai, mamãe e o filhos trabalhando juntos, ou um lar de um casal, cada qual com sua carreira, ou início progenitor, uma dupla de lésbicas criando uma criança, ou uma comuna ou qualquer número de outras formas, haverá pessoas vivendo nelas, o que sugere uma variedade muito mais ampla de relacionamento homem-mulher do que existe hoje.

A família nuclear abre espaço para a família estendida, não resumindo a família somente com o casal homem-mulher, e assim abrindo espaços para as mudanças da estrutura da família na sociedade contemporânea. Desmitificando a ideia da união de um casal para dar continuidade a espécie humana, pois os avanços da medicina tornam a gestação e a maternidade uma opção e não mais uma condição.

Nesse contexto, surgiu preocupação com os direitos das crianças e adolescentes, principalmente em decorrência dos novos arranjos familiares. Era necessário resguardar o melhor interesse da criança, diante do rompimento de relacionamento dos genitores. Nessa seara, surgiu a lei 13.058 de 2014, estabelecendo a denominada guarda compartilhada.

3 GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico apresenta diversas modalidades de guarda, presentes nos artigos 1.583 do Código Civil de 2002, e 1.584, parágrafo 5º, Código Civil de 2002, levando em conta o melhor interesse para a criança ou adolescente. Para o direito brasileiro os pais mesmos separados devem manter íntegra e plena autoridade parental na titularidade sobre os filhos, sendo de ambos os genitores, a guardar, o exercício de poder e deve e essencial para o desenvolvimento e criação dos filhos.

No Código Civil de 1916 não havia a dissolução de casamento, e sim chamado desquite, onde os filhos menores ficavam com o cônjuge considerado inocente. Diante disso, esse modelo adotado era considerado opressor, pois para definir a guarda, era preciso identificar o culpado pela separação, para posteriormente tomar uma atitude, desta forma os filhos eram entregues como prêmio ao cônjuge inocente, punindo a outra parte com a perda da guarda da prole.

A Lei 6.515/77 conhecida como Lei do Divórcio, priorizava o cônjuge inocente em seu artigo 10, com a seguinte redação: “Na separação judicial fundada no ‘caput’ do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.” Seria uma forma dos genitores, manterem seu casamento de pé.

Diante disto, surgiu a Constituição de 1988, onde inovou em seu artigo 5º, I, estabelecendo a igualdade entre homens e mulheres. (BRASIL, 2014)

Verifica-se que o legislador ao igualar homem e mulher em direitos e obrigações, também estendeu esta igualdade em relação a organização familiar. Segundo Dias (2010, p.432):

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5º), baniu discriminações, produzindo reflexos significativos no poder familiar. Deixou de vingar a vontade

masculina. Da mesma forma o ECA, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformando-os em sujeitos de direito, trouxe toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a dezoito anos. [...] O Código Civil olvidou-se de incorporar o princípio do melhor interesse, não atentando sequer ao paradigma ditado pelo ECA sob o título de proteção da pessoa dos filhos, de forma singela, estabelecia algumas diretrizes com referência à guarda, quando os pais deixam de conviver sob o mesmo teto, identificando a guarda como um atributo do poder familiar.

Por questões históricas, os filhos sempre ficavam com a mãe, pois os homens possuem absoluto despreparo para desempenhar funções que cabiam as mães. Era proibido meninos entrarem na cozinha, ou até mesmo brincarem de boneca, não tiveram nenhum ensinamento, não desenvolvendo nenhuma habilidade para cuidar da sua prole.

Houve uma profunda alteração no Código Civil de 2002, pois deixou a lei de priorizar a guarda individual. Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada, a preferência é pelo compartilhamento (BRASIL, 2014).

O modelo não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes. Diante disso, as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a esse modo de exercício.

Segundo Pruzel, Kanieski, Capelari (2012), a guarda compartilhada foi criada com intuito de mesclar os mesmos direitos e deveres para os genitores, com objetivo de uma convivência mais próxima e assídua entre os pais.

Os pais tem o papel importante na criação de seus filhos, devendo dividir tarefas para a criação da criança ou adolescentes, é importante que nenhum genitor impeça o outro de exercer seus direitos e deveres.

Para Strenger, citado em Silva (2006), a guarda compartilhada tem uma grande importância, pois ela permite ao menor uma melhor convivência com os genitores e considera ela mais adequada pois ela favorece a preservação dos sentimentos.

A criança vai precisar de amparo e de alguém dando toda a ajuda necessária com carinho e afeto, tendo em vista que é nesse período de desenvolvimento que a mesma terá o seu caráter formado e estará se preparando para viver em sociedade. Segundo Mota (2005, p.08):

Diante desta nova realidade social brasileira, emerge intenso movimento de organizações não governamentais, com vistas a plantar a ideia de que o desequilíbrio dos direitos parentais vai de encontro à nova tendência de uma sociedade igualitária e, neste contexto, a guarda compartilhada seria uma ferramenta de reorganização das afinidades estabelecidas entre pais e filhos no interior da família desunida, abrاندando o traumatismo ocasionado pela ausência de um dos pais.

Verifica-se que esse modelo de guarda possibilita uma nova reorganização no contexto familiar, com objetivo de não acarretar danos para bem estar físico e psicológico para a criança, dando continuidade aos laços afetivos com ambos os genitores.

3.1 Demais modelos de guarda

Deste modo, é preciso verificar a diferenciação entre os modelos de guarda, evitando uma confusão no momento de deliberação de qual será o modelo adequado ao caso concreto, se adequando com a transformação devido o fim da união. Vejamos a seguir os modelos de guarda no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 Guarda Unilateral

No artigo 1.583 do Código Civil, prevista no parágrafo 1º, está a guarda unilateral, onde afirma que a guarda será atribuída para um só ou substituto, possuindo um guardião, ou seja, que revele melhores condições de exercê-la, que tenha aptidão para assegurar ao filho, afeto, educação, saúde, segurança, sendo que a outra parte deve cumprir um regime de visitação, prestação de alimentos, ou seja, supervisionar as decisões tomadas.

Art. 1.583. CC - A guarda será unilateral ou compartilhada.
§ 1º: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2002, s.p).

Na maioria dos casos a guarda é concedida a mãe, pelo convívio diário com filho e também a guarda jurídica, restando ao pai o direito de visitas. Este modelo foi o mais comum e mais utilizado no Brasil, vindo a ser bastante criticado na concepção de igualdade entre os pais.

3.3 Guarda Alternada

A guarda alternada não se encontra disciplinada na legislação brasileira, porém é bastante confundida com a guarda compartilhada. Esse modelo de guarda, é a alternância de períodos em que o filho mora com cada um deles. Ou seja, o tempo da criança deve ser igualmente dividido entre os pais, alternando entre a residência da mãe e do pai da criança. Segundo Grisard Filho (2005, p.106):

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolher, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes- deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se.

Verifica-se a possibilidade de fazer uma comparação entre guarda compartilhada e esta modalidade, visto o período certo, onde somente um dos pais fica com a guarda do filho, alternando entre eles as responsabilidades diante de certo período.

Esse modelo de guarda não deixa de ser uma guarda única, até mesmo pelo

fato de a guarda da criança ficar com um dos pais, alternando apenas entre papel de pais ativos e pais visitantes.

Pode-se dizer, que a principal desvantagem deste modelo, seria as constantes mudanças de residências, dificultando a consolidação dos hábitos, padrões, valores de vida, comprometendo sua estabilidade emocional, ocasionando prejuízos na construção da identidade social da criança.

3.4 Guarda Nidal

A expressão nidal significa ninho, ela se caracteriza pela permanência dos filhos em um “ninho”, nesta modalidade os pais é quem se revezam para ficarem na companhia dos filhos, ou seja, a cada período, um dos genitores ficará com os filhos em uma residência fixa, com termos previamente fixados judicialmente.

Não prevê nenhuma proibição a este modelo em nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro, mas em detrimento aos aspectos práticos e econômicos para os pais, ela é pouco utilizada. Posto que, são necessárias três residências para efetivação deste modelo, uma residência para a prole e uma para cada um dos genitores.

Rosa (2015, p.59) aponta os principais fatores que fazem com que tal instituto não tenha uma grande procura na sociedade:

O custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desincentivam. Custo porque, além da casa da criança, ambos os genitores irão arcar com as despesas de uma casa para moradia. Outro fator que atrapalharia seria o novo enlace dos pais (e principalmente quando do nascimento de novos filhos), em que o funcionamento dessa modalidade ficaria, no mínimo, prejudicado. Famílias desestruturadas necessariamente formarão sociedades desestruturadas. Crianças abandonadas, à deriva - mesmo no convívio de suas famílias naturais -, vitimizadas por genitores negligentes ou encolerizados, não poderão devolver à sociedade nada além daquilo que vivenciaram e (des)aprenderam, distanciando-se, assim, dia a dia, da realização de seus direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. Consequentemente, reproduzirão em sua vida adulta esses modelos, integrando um círculo vicioso que não terá fim, se nada for feito para modificar esse futuro sombrio tendente a se perpetuar por meio das gerações.

Dessa forma, havendo entendimento entre os genitores e a capacidade financeira para isso, poderá ocorrer, sim, a guarda nidal, uma vez que o filho será o principal beneficiado.

3.5 Guarda atribuída a terceiros

A guarda é atribuição do poder familiar, dando o direito e dever dos pais terem seus filhos em suas companhias, sob sua proteção cultural, patrimonial, material. Segundo o artigo 1.584, parágrafo 5º, do Código Civil Brasileiro:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e “afetividade”.

Verifica-se que o dispositivo permite que seja destinada uma modalidade de guarda presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser obrigatoriamente aplicada, quando a criança está exposta a algum risco, psicológico ou/e físico, caso mantida em companhia dos seus genitores ou por qualquer outro motivo grave que justifique a modalidade de guarda atribuída a terceiro.

Esse modelo de guarda é atribuído a uma pessoa guardião, com um conjunto de direitos e deveres, com o objetivo de proteger, atendendo as necessidades de outra pessoa que dele necessite, tal como seus genitores. Estando também a responsabilidade de convivência sob o mesmo teto, havendo, inclusive, a identidade de domicílio entre a criança ou adolescente e os respectivos titulares.

4 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é onde todas as decisões em relação a criança passam a ser tomadas em conjunto pelos pais, ou seja, o genitor não guardião participa ativamente nas decisões do filho e interesses. A guarda compartilhada pode se dizer que incentiva a participação afetiva dos genitores, diminuindo os conflitos, sendo a necessidade da criança ou adolescente poder escolher, tomar decisões, defender, quando o partido de um dos pais em detrimento do outro.

No artigo 229 da Constituição Federal de 1988 impõe: “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”. O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 de forma objetiva, atribui em seu artigo 4º, que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990, s.p)

Observa-se que no artigo 4º do ECA, deu efetividade ao artigo 227, da CF/1988, consolidando dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, absoluta prioridade, com todos os direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à convivência familiar.

Pode-se afirmar que a guarda compartilhada é indicada quando os pais decidem conduzir o processo de separação de maneira sutil, onde prevalece o respeito pelo outro e a situação é conduzida de forma amigável. (CALDAS, CARLES, 2010).

Para estes casos não se chega a comum acordo para decisões de tudo que se refere a criança, os conflitos entre os pais são presentes e podemos resultar em danos psicológico a criança.

Caldas e Carles (2010), abordam que a guarda compartilhada pode ser contra indicada para situações de conflitos e disputa entre os pais, sendo que eles não coope-

ram para que haja diálogo deste modo não há possibilidades de compartilhar a guarda dos filhos.

A guarda compartilhada deve ter a cooperação de ambas as partes, o bom senso e respeito mútuo dos pais, para que não haja conflito, tendo dialogo para a guarda compartilhada da criança ou adolescente. A guarda compartilhada permite que o menor tenha um maior aproveitamento do convívio familiar de maneira consentânea.

O fato de os pais estarem separados, não pode significar um bloqueio ao direito de convivência de ambas as partes, a guarda tem o intuito de tanto o pai como a mãe, estar presente na educação da criança, exercendo os dois conjuntamente esse direito. Compartilhar, não é somente dividir tarefas, responsabilidades, mas sim, pensar junto, fazer junto, proporcionar junto, melhorando a capacidade emocional, moral e material dos filhos.

5 GUARDA COMPARTILHADA NOS TRIBUNAIS

O conceito de guarda compartilhada no ordenamento jurídico nacional surgiu em 2008, com a Lei 11.698, e foi aperfeiçoado com a Lei 13.058. Antes mesmo da edição da Lei 13.058/14, que consolidou a guarda compartilhada como regra para os filhos de pais divorciados, esse entendimento já era pacificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Para o direito brasileiro os pais mesmos separados devem manter íntegra e plena autoridade parental na titularidade sobre os filhos, sendo de ambos os genitores, a guardar, o exercício de poder e deve e essencial para o desenvolvimento e criação dos filhos. (CALDAS; CARLES, 2010).

Analisando-se a evolução surgida na segunda metade do século XX inovou o direito de família com a criação da referida lei no Brasil.

Segundo Conceição (2010, p.27):

Na realidade, o que aconteceu foi algo inevitável, inerente ao próprio direito, que acompanha a evolução da sociedade, e o legislador pátrio nesse sentido, buscou simplesmente harmonizar ao direito de família, este novo modelo de guarda, que deu certo nas legislações estrangeiras.

A instituição familiar brasileira ganha uma nova conotação com a guarda compartilhada.

Define Silva (2006, p.39):

[...]tem a finalidade de romper a ideia de posse sobre os filhos, e trazer uma perspectiva de responsabilidade, do cuidado com a crianças com convívio familiar, cuidado que passa a ser compartilhado entre os genitores, onde foi retirado totalmente a ideia de posse sobre os filhos, enaltecendo a possibilidade de compartilhar, em uma visão de cuidado dos interesses da criança da consequentemente dos pais.

Logo, é retirado a ideia de posse e propriedade sobre os filhos, o qual remete o olhar para o cuidado desta criança, pensando no bom desenvolvimento e zelar pelos os vínculos afetivos.

Segundo Capelari (2012), a guarda compartilhada foi criada com intuito de mesclar os mesmo direitos e deveres para os genitores, com objetivo de uma convivência mais próxima e assídua entre os pais.

A guarda compartilhada surgiu, justamente, para beneficiar a criança, instituindo meios para que o pai não se torne um mero visitante, fazendo parte, na medida do possível, de todos os momentos importantes para a criança, e estabelecendo um plano de convivência equilibrado entre os genitores.

De acordo com Mota (2005 p.08):

Diante desta nova realidade social brasileira, emerge intenso movimento de organizações não governamentais, com vistas a plantar a ideia de que o desequilíbrio dos direitos parentais vai de encontro à nova tendência de uma sociedade igualitária e, neste contexto, a guarda compartilhada seria uma ferramenta de reorganização das afinidades estabelecidas entre pais e filhos no interior da família desunida, abrandando o traumatismo ocasionado pela ausência de um dos pais.

Verifica-se que este modelo de guarda possibilita uma nova reorganização no contexto familiar, com objetivo de não acarretar danos para bem estar físico e psicológico para a criança, dando continuidade aos laços afetivos com ambos os genitores.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça busca priorizar o interesse da criança, partindo do pressuposto de que não é indispensável haver convívio amigável entre os pais separados para que se dê o compartilhamento da guarda. Cabe ao juiz da causa estabelecer as regras e determinar as eventuais punições em caso de descumprimento do que houver sido acertado.

Transcreve-se a seguir o entendimento da desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, constatadas o interesse da criança:

ACÇÃO CAUTELAR AJUIZADA PELO GENITOR OBJETIVANDO O DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA ANTECEDENTE PARA OBTER A GUARDA PROVISÓRIA DA FILHA MENOR COM 5 ANOS DE IDADE QUE MORA COM A MÃE DESDE QUE NASCEU. GUARDA COMPARTILHADA QUE DEVE SER MANTIDA MUITO EMBORA A CRIANÇA VA MORAR COM MÃE, EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO, APÓS DECISÃO JUDICIAL AUTORIZATÓRIA, NA ACÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA, PROMOVIDA PELA GENITORA EM FACE DO GENITOR, MANTIDA POR ESTE ÓRGÃO JULGADOR EM OUTRO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTUDO SOCIAL REALIZADO E CONCLUSIVO PELA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA INFANTE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS AO DESENVOLVIMENTO DO SER HUMANO EM FASE DE CRESCIMENTO. VANTAGEM À CRIANÇA EVIDENTE NOS AUTOS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. DECISÃO AGRAVADA QUE FOI BASEADA NA REAL CONDIÇÃO DA MENOR. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE DA CRIANÇA EM RELAÇÃO AOS ADULTOS. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. O fato de a criança ir morar com a mãe em outro Estado, não implica, necessariamente, em

alteração do regime de guarda, devendo ser mantida na modalidade compartilhada, pelo menos até o julgamento do mérito da ação de modificação de guarda promovida pela genitora. Não deve ser concedida a tutela de urgência ao genitor que objetiva a guarda provisória exclusiva da filha, se o estudo social demonstra a inexistência de prejuízos à criança com a alteração de domicílio, especialmente pelo fato de que esta convive com a mãe desde o nascimento. A segurança e bem-estar da criança devem ser objeto de tutela por parte do Estado, pautadas as decisões judiciais prevendo-se o impacto social, especialmente no cotidiano do inocente ser humano ainda em fase de desenvolvimento, cujos interesses devem prevalecer em relação aos dos pais. (TJ-SC - AI: 40092623320188240000 Joinville 4009262-33.2018.8.24.0000, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 28/05/2019, Terceira Câmara de Direito Civil).

Diante disso, a guarda compartilhada poderá permanecer sendo exercida, mesmo com o aumento da distância física entre os genitores e a criança. A saudade dos entes queridos é um fator natural da vida, ou seja, não haverá um bloqueio de convivência, apenas será preciso uma nova adaptação, o que é bastante comum nos dias de hoje, onde a tecnologia trás frequentes meios de comunicação, inclusive contato visual por meios de aplicativos.

É de suma importância a exclusão de atritos, a convivência harmoniosa induz o crescimento sadio dos filhos, a formação deles como indivíduos de bem, desta forma, determinando com cada um dos genitores um vínculo afetivo, os filhos saberão preservar a identidade e entender as razões que levaram ao rompimento dos genitores.

Para Lôbo(2004, p.138), quando há o desempenho compartilhado da responsabilidade parental:

[...] favorece e estimula contatos emocionais mais diretos e profundos entre pais e filhos e propicia, na prática, o exercício da responsabilidade parental e a correta formação psíquica da criança e do adolescente. Assim, a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão, sendo educada num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade, com vistas a prepará-la para viver uma vida individual na sociedade.

A valorização da afetividade no âmbito interno da família colabora, mais uma vez, que o patrimônio não é mais o seu valor fundamental, e sim a pessoa humana. Neste contexto, ganha espaço o diálogo e uma considerável melhoria na relação afetiva entre pais e filhos, o que se visa, atualmente, é estabelecer a corresponsabilidade parental, uma parceria que tende a reaproximação, na ruptura, com a finalidade de proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza que lhe submete a desunião.

Faz necessário, o compartilhamento da guarda, que todos os aspectos da criação e educação dos filhos sejam discutidos e decididos por ambos os genitores. Sendo que a criação e a educação dos filhos não traduzem apenas a contribuição financeira para o sustento do menor, mas também, a manutenção moral e emocional do menor, que se dá com a troca de opiniões, relatos de fatos e experiências que trarão o amadurecimento desejável para o ser humano em formação.

6 CONCLUSÃO

Ao longo do tempo, a entidade familiar passou por avanços e mudanças significativas, desde a estrutura familiar representada por pais e filhos, o qual era predominante a figura paterna. Na contemporaneidade, o simples companheirismo passa a ser base familiar, com a conquistas de direitos e espaços as mulheres remetem o princípio de igualdade em relação aos homens, fruto de conquistas.

A vida moderna traz influencias a família, como conseqüências de tantas mudanças, surge as dificuldades, destacando entre elas, a convivência, relações matrimoniais e laços afetivos, a complexidade desta dissolução surge com os filhos, pois o rompimento dos pais, afetam diretamente o cotidiano de todos integrantes da família.

As influências culturais e sociais do âmbito familiar, quando ocorre a dissolução do matrimônio, com filhos, logo o cenário é pautado pela a disputa da guarda dos filhos. É neste contexto de disputa que surge a guarda compartilhada, considera este modelo de guarda a possibilidade de manter a proximidade de pais e filhos preservando os vínculos afetivos, fato fundamental para o desenvolvimento emocional da criança, visando que tais benefícios não favorecem somente a prole, mas abrange também os pais que deixam de vive em regime de conjugal, dando uma oportunidade com a este modelo de guarda, para que a parentalidade prevaleça, dando a ambos o direito de ser responsáveis igualmente pelos os filhos.

A guarda compartilhada visa impedir que aspectos em relação ao bem estar psicossocial da criança seja preservado, diante a dissolução do casamento dos pais, tem como objetivo conscientizar os genitores que houve a ruptura familiar para cônjuges, porém não para os filhos, trazendo à tona a sociedade, que a ruptura familiar cada vez mais frequente na contemporaneidade, aconteça somente entre os cônjuges, não conflitando os direitos inerentes dos filhos, que tem o direito de uma convivência harmoniosa com os pais mesmo na condição de separados.

Quando há harmonia na relação dos genitores a guarda compartilhada torna o modelo mais adequado e recomendado, uma vez que propicia ambos os pais com convívio pleno e atuante no desenvolvimento dos filhos, assegurando ao menor os seus direitos e interesses dentre eles a de uma família estruturada.

Todo o exposto, demonstrou as vantagens e desvantagens do modelo de guarda compartilhada, considerando o melhor interesse da criança, de acordo com o contexto familiar a viabilidade da guarda compartilhada dependerá de cada caso específico, visando a prevalência de uma convivência harmônica com os genitores, caso contrário, não atenda às necessidades da criança, este modelo é desaconselhável.

Enfatizando os benefícios que a guarda compartilhada deve proporcionar a criança desde a formação social, educacional e amparo afetivos são indispensáveis para a criança, principalmente o amparo psicológico afim de proporcionar o verdadeiro bem estar ao menor.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Leis e Decretos. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03/out/2020.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03/out/2020.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03/out/2020.

_____. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão guarda compartilhada e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03/out/2020.

CARLES; F.D.; CALDAS; G.A. Guarda compartilhada: um novo direito? Seus aspectos e problemática no atual direito da família. Fortaleza, 2010. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br>> Acesso em: 09/out/2020.

DIAS, M. B. Manual dos Direitos das Famílias. 4. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007.

_____. Manual de direito das famílias. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

FIUZA; K.A.; FIUZA NETO, P.C. Aspectos jurídicos e psicológicos da guarda compartilhada. 2007. Disponível em <<http://www.uniaraxa.edu.br>> Acesso em: 09/out/2020.

GRISARD FILHO, W. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

LÔBO, P. Direito civil: Famílias. 4. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

_____. A repersonalização das famílias. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, ano VI, nº24, jun/jul 2004.

MOTA, S. A guarda compartilhada aplicabilidade o direito. Revista Brasileira de Direito de Família. São Paulo, 2005.

OSORIO, C. L. Casais e terapias uma visão contemporânea. Porto Alegre: Artmed, 2002.

OSORIO, L. C.; VALLE, M. E. Manual de Terapia de familiar. Porto Alegre: Editora Artmed, 2009.

_____. Manual de Terapia de familiar. Vol. 2. Porto Alegre: Editora Artmed, 2011.

_____. Terapias de famílias novas tendências. Porto Alegre: Editora Artmed,2002.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. Procedimentos de Metodologia Científica. 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

ROSA, C. P. Nova Lei da guarda compartilhada. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SILVA, A. M. M. A lei sobre a guarda compartilhada. 2 ed. São Paulo:J.H, Minuzo,2008.

TOMIZAWA.G.; MOREIRA, J.A. Destituição do Poder Familiar: Punição ou garantia de direitos.Paraná,2013.Disponível em <<http://www.anima-opet.com.br>> Acesso em: 09/out/2020.

DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E A ATUAL ONDA MIGRATÓRIA NA FRONTEIRA BRASIL-VENEZUELA

Paula Natiele da Silva Mendes¹
Josiane Brugnera Ghidorsi²
Igor Muzeka³
Iria Catarina Queiroz Baptista⁴

RESUMO

Este artigo científico tem como objetivo analisar como o Brasil lida com a vertente dos direitos dos refugiados e como lida com a grande onda migratória atual. Esse é um tema presente na nossa atualidade e de grande relevância para o cenário atual que vivenciamos. A Venezuela vem enfrentando a vertente de uma longa crise política, econômica e social, crise essa que reflete totalmente na sua população. Os venezuelanos buscam por abrigo em outros países em decorrência da falta de alimentos, água e meios básicos de sobrevivência. Com essa onda migratória, o Brasil precisou se adaptar a maneiras de fornecer suporte aos refugiados.

Palavras chave: Direitos. Refugiados. Brasil. Venezuela.

ABSTRACT

This article aims to analyse how Brazil deals with the refugee's rights and with the great current migratory wave. This is a present theme in our update, and of great relevance to the current scenario that we experience. Venezuela is facing a major political crisis, which fully reflects on its population. The Venezuelans search for shelters in other countries, a result of a lack food, water and basic means of survival. With this big migratory wave, Brazil had needed to adapt means to give support for the refugees.

Keywords: Rights. Refugies. Brazil. Venezuela.

¹ Acadêmica do Curso de Direito, 10ª Fase do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professora Mestra do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho apresenta como tema: O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E A ATUAL ONDA MIGRATÓRIO BRASIL-VENEZUELA.

A Venezuela vem enfrentando a vertente de uma longa crise política, econômica e social, crise essa que reflete totalmente na sua população. Os venezuelanos buscam por abrigo em outros países em decorrência da falta de alimentos, água e meios básicos de sobrevivência.

Tem como objetivo geral analisar como o Brasil tem lidado com a grande onda migratória que tem aumentado cada dia mais, mostrando brevemente a evolução histórica do refúgio, além de explicar os aspectos mais relevantes da nova Lei de Migração com correlação à Lei de Refúgio.

Tem como objetivo específico a abordagem e a evolução histórica do refúgio, conceituando brevemente a diferença entre refúgio e asilo, ainda citando a relação dos direitos humanos com a vertente do instituto.

Justifica-se a escolha do presente tema, Direito Internacional dos refugiados e a atual onda migratória na fronteira Brasil-Venezuela, com o objetivo deste estudo analisar como o Brasil lida com a vertente dos direitos dos refugiados, a forma como incorpora os tratados e convenções de direito internacional em seu ordenamento jurídico, e como lida com a grande onda migratória atual.

Os venezuelanos buscam por abrigo em outros países em decorrência da falta de alimentos, água e meios básicos de sobrevivência. Com essa onda migratória, o Brasil precisou se adaptar a maneiras de fornecer suporte aos refugiados e mostrar que não é questão de deixar essas pessoas penduradas no governo para o resto da vida, mas sim, que estão sendo assistidas para terem um recomeço de vida de forma que sejam autossuficientes e possam caminhar com os seus próprios recursos.

Na primeira seção será feita uma abordagem breve do conceito de refúgio e asilo, discorrendo sobre sua parte histórica mostrando sua evolução com o passar dos anos.

Na seção seguinte irá ser abordado os direitos humanos e toda sua trajetória com o decorrer dos anos. Na sequência, foi tratado de refúgio e a nova lei estrangeira com todas suas modificações, extradição e entre outros.

A última seção trata da crise vivida na Venezuela e quais as medidas adotadas pelo Brasil com o grande fluxo de imigrantes vindo do país vizinho.

A metodologia tem uma grande relevância em qualquer tipo de pesquisa, e é claro que essa etapa é para alcançar o foco proposto. E mais do que lógico que não se pode construir sem uma boa e adequada metodologia. Então em tantas fontes de pesquisas, para esse estudo, foi realizado uma pesquisa bibliográfica, diversas literaturas relativas ao assunto em estudo, artigos dissertativos, monografias e teses. E foi por esses meios que esse trabalho busca mostrar como é tratado o instituto do refúgio no Brasil e os tipos de medidas tomadas referente à fronteira Brasil-Venezuela.

2 BREVE CONCEITUAÇÃO E HISTÓRICO DE REFÚGIO E ASILO

Inicialmente deve se conceituar a diferença entre asilo e refúgio, uma vez que

são institutos semelhantes entre si, mas diferentes em alguns pontos.

O asilo além de resguardado por normas internacionais, também está previsto na Constituição Federal de 1988 no artigo 4º, inciso X, onde prevê a concessão de asilo político.

Título I – Dos Princípios Fundamentais

[...]

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

X – concessão de asilo político. (BRASIL, 1988, s.p)

O asilo político elenca algumas diferenças como: normalmente ser empregado em casos de perseguição política ou por ideologias, ou ainda, motivado pela perseguição por crimes políticos.

Conforme o preceito constitucional, asilo político é um princípio fundamental nas relações internacionais, tornando assim o Brasil um país propício à pessoas que buscam por esse direito.

Em vias de elucidação, o teórico Rezek (2002, p.206-207) cita:

[...] asilo político é o acolhimento, pelo estado, de estrangeiros perseguidos alhures - geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial – por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes relacionados à segurança do estado [...]

Contextualizando, o instituto do refúgio decorre do abalo da estrutura de um certo país ou região, gerando inúmeras vítimas de perseguições que têm seus direitos humanos ameaçados.

O instituto do refúgio no Brasil é regido pela Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, onde seu artigo 1º conceitua refugiado no Brasil. Conforme disposto na legislação:

Artigo 1º - Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (BRASIL, 1997, s.p)

Como visto acima, a Lei 9.474 considera refugiada toda pessoa, que, temendo pela sua vida ou proteção, é obrigado a deixar seu país de origem para buscar refúgio em um diferente estado.

Fica claro que ambos os institutos têm o objetivo de resguardar os direitos de pessoas vítimas de algum tipo de perseguição, mesmo o instituto do refúgio tendo

alcance maior, os dois institutos podem ser considerados semelhantes pela função que exercem.

O instituto do refúgio é muito antigo, ao longo dos anos a situação foi evoluindo, porém sempre sem uma regulamentação internacional. A primeira vez que ocorreu uma regulamentação foi com a Liga das Nações, organismo internacional que existiu após a Primeira Guerra Mundial, mas que não tratava ainda dos problemas dos refugiados.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento das Nações Unidas é que foi diretamente enfrentado esse problema. Na reunião de 1950, quando foi aprovada a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados.

Foi em 1951 votado a primeira convenção que trazia a primeira definição sobre esse tema, que de acordo com a definição, falava que refugiado seria toda pessoa que sai do seu país de origem e vai para outro país por sofrer algum tipo de perseguição do cunho ideológico, político, racial, religioso entre outros. Obrigando-se a sair de seu país, pelo mesmo não oferecer condições de proteger ou até mesmo por ser o causador da perseguição.

Essa definição era limitada a duas restrições: o fator geográfico, que se limitava somente às pessoas que passaram a ser refugiadas por motivos ocorridos na Europa, e o fator temporal, que se aplicava a acontecimentos antes de 1º de janeiro de 1951.

Como cita Barreto (2010, p.15):

A convenção de 51, entretanto, estava limitada no espaço e no tempo, pois somente se aplicava aos refugiados que passaram a ter tal condição como resultado dos acontecimentos ocorridos na Europa (reserva geográfica) antes de 1.º de janeiro de 1951 (reserva temporal).

Com o passar dos anos, observou-se que essa situação não ocorria diretamente pelas causas motivadoras da Segunda Guerra Mundial, não estando limitado a um tempo ou a um local, ficando notório a necessidade de remover os dois fatores da convenção de 51. Foi então em 1967 editado o protocolo de Nova York removendo as palavras “como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1.º de janeiro de 1951”, e acrescentando “O presente Protocolo será aplicado pelos Estados-partes sem nenhuma limitação geográfica [...]”. (MAZZUOLI, 2011, p.736).

Observa-se que o instituto do refúgio sempre existiu, mas não foi sempre que essas pessoas foram protegidas, foi apenas no século XX que foi ganha a efetiva proteção pela comunidade internacional. Foram eventos como a Segunda Guerra Mundial e a Revolução Russa que ocasionaram a criação de entidades para os refugiados.

Nessa vertente, corrobora Barreto (2010, p.14):

[...] o fim da Primeira Guerra Mundial, a revolução Russa, e a ruína do império Otomano colocaram o mundo diante de movimentos massivos de pessoas com cerca de 1,5 milhões de deslocados e refugiados. Naquela época, a comunidade internacional teve de enfrentar o problema de definir a condição jurídica dos refugiados, organizar o reassentamento ou repatriação e realizar atividades de socorro e proteção [...]

Nessa trilha, registra-se que com a Segunda Guerra Mundial o movimento de refugiados tomou proporções jamais vistas, gerando assim a necessidade de prestar

apoio a essas pessoas.

A obtenção da lei 9.474 e o CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados) órgão que delibera sobre as solicitações de reconhecimento da condição de refúgio no Brasil, não se deram de maneira fácil dependendo de diversos empreendimentos e iniciativas para que o Brasil fosse um país internacionalmente reconhecido como um país dedicado a causas humanitárias.

2.1 Direitos humanos

Após a Segunda Guerra Mundial ocorreu um fluxo gigantesco de refugiados por todo mundo, causando assim uma grande preocupação à comunidade internacional, que buscou como saída a criação de institutos que estabelecem e resguardam a condição dos refugiados.

Após as duas grandes guerras do século XX, os líderes mundiais preocuparam-se em criar normas limitrofes e positivadas que resguardassem os direitos da pessoa humana fazendo que essas normas fossem ratificadas por todos os líderes mundiais.

Nesse entendimento, comenta o doutrinador constitucionalista e sociólogo Dalmo de Abreu Dallari (1998, p.72):

Preocupados não somente com a afirmação dos Direitos, como também com sua aplicação prática, os autores da Declaração não se limitaram a fazer a enumeração desses Direitos. Indicaram, com pormenores, algumas exigências que devem ser atendidas para que a dignidade humana seja respeitada, para que as pessoas convivam em harmonia, para que uns homens não sejam explorados e humilhados por outros, para que nas relações entre as pessoas exista justiça, sem a qual não poderá haver paz.

Originou-se então em 10 de dezembro um marco importantíssimo na história dos direitos humanos, foi em 1948 celebrado na Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que estabelecia pela primeira vez a proteção universal dos direitos humanos.

A criação desse documento foi em decorrência da crueldade vivenciada na Segunda Guerra Mundial, que por consequência desse movimento, milhares de pessoas inocentes morreram. É possível notar no preâmbulo da declaração, que ela visa o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, buscando assim uma visão onde os seres humanos sejam livres e libertos do terror e da miséria. O princípio básico dessa Declaração está logo no início.

Traz em seu artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, s.p): “Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

O artigo supracitado traz o princípio básico da declaração, e é baseado nesse princípio que se proíbe a escravidão, a discriminação, a tortura e qualquer tipo de violência. Tendo em foco garantir uma vida digna às pessoas e dando proteção aos seus direitos básicos. Fazendo com que os líderes mundiais tenham comprometimento em respeitar a dignidade humana.

O instituto do refúgio é um instituto de caráter humanitário, a proteção de refugiados é uma questão fundamental de direitos humanos. As normas constitucionais referentes ao tema refúgio estão alicerçadas desde o primeiro artigo da constituição federal de 1988 que traz o princípio da dignidade da pessoa humana, “que vai pautar toda a proteção dos direitos humanos no Brasil” (JUBILUT, 2007, p.180).

A dignidade da pessoa humana é denominada por várias passagens na Constituição Federal, como no artigo 5º e incisos a seguir que tratam sobre a inviolabilidade da liberdade, inviolabilidade da vida, da não submissão a tortura entre outros.

A constituição Federal traz no título II os direitos e garantias fundamentais expostos no artigo 5º e incisos a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação:[...] (BRASIL, 1988, s.p)

A dignidade da pessoa humana está elencada como princípio matriz da constituição, constituindo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tendo como, garantir direitos fundamentais assegurando aos indivíduos esses direitos.

Nesse contexto de dignidade da pessoa humana manifesta-se o STF:

[...] o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo [...]. (HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466)

Se tem por dignidade da pessoa humana um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegura os indivíduos contra todo tipo de atos deteriorantes e desumanos, oferecendo condições existenciais mínimas para sua sobrevivência.

Segundo estudiosos, se dá a definição de direitos humanos: o direito que protege os interesses dos mais fragilizados, protegendo sempre os mais necessitados.

De acordo com Flávia Piovesan (2013, p.57):

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordrepublic* em defesa de interesses superiores, da realização da justiça.

Quando a pessoa adquire o status de refugiada, ela necessariamente passa a necessitar de proteção e de resguardo dos seus direitos.

A lei 9.474/97 que versa sobre os refugiados, em viés ao direito humanitário, declara que “a expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição” (art. 37, Estatuto do Refugiado – BRASIL, 1997, s.p).

É importante destacar que o reconhecimento dos direitos humanos só foi possível por movimentos e pela mobilização da sociedade civil.

Igualmente contextualizando, corrobora Piovesan (2013, p.57b):

É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.

Cumprir registrar que, a mobilização da sociedade civil é um dos fatores históricos que influenciaram para o surgimento dos direitos humanos, mas não foi o único responsável para o surgimento desses fatores, mas sim, houve um conjunto de fatores influenciadores

Neste turno em complemento, cita-se o teórico Alexandre de Moraes (1997, p.19):

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Os direitos humanos são resultados de inúmeros aspectos, tanto culturais, políticos, religiosos e até resultados de mobilizações sociais, com o intuito de proteger os direitos das pessoas necessitadas e em situação de vulnerabilidade.

A relação entre os direitos humanos e o instituto do refúgio, embora a definição desses direitos não seja a mais objetiva, é notável que ela se refere às pessoas em estados precários que necessitam de auxílio e suporte, geralmente estão passando por situações que ferem diretamente seus direitos básicos, passando por situações deploráveis, fugindo de guerras e de graves violações de seus direitos.

Os direitos humanos procuram de alguma forma, resguardar o direito a um suporte para refugiados encontrarem abrigo em outro local para um recomeço de vida

digno que não viole seus direitos, mas que os amparem para um novo recomeço de vida.

3 REFÚGIO E A NOVA LEI MIGRAÇÃO 13.445/17

Passou a produzir efeitos no Brasil a partir de novembro de 2017 a nova lei de migração que tem como objetivo tratar o tema imigração, em acordo com os princípios e direitos fundamentais estabelecidos na constituição de 1988, revogando totalmente o estatuto do estrangeiro (BRASIL, 1980).

A nova Lei de Migração traz em seu corpo a flexibilidade de uma Nova República Brasileira, sendo mais liberal e democrática em relação ao tema migração. Tendo a constituição de 1988 como o grande marco legal.

Pelas palavras de Barroso (2013, p.268): “Nesse ambiente de redemocratização do país, a Constituição de 1988 foi capaz de permitir a saída de um regime autocrático e intolerante para um Estado democrático de direito.”

A Nova Lei de Migração e a constituição Federal de 1988 designam ao imigrante os direitos coletivos, difusos, individuais e sociais, não fazendo acepção de pessoas, fazendo com que todos em território nacional sejam tratados de forma igualitária, acautelando o princípio da isonomia, citado no artigo 5º da constituição de 1988.

Ao elencar os aspectos positivos dessa lei de Migração, devemos inicialmente falar sobre a nova terminologia que a lei adotou ao se referir ao termo “estrangeiro”. Em seu artigo primeiro ela traz as seguintes categorias:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - (VETADO);

II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;

III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;

IV - residente fronteiriço: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho;

V - visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro. (BRASIL,2017, s.p)

É notório o grande avanço da legislação com essa nova lei de Migração, no Estatuto do Estrangeiro não se via falar sobre residente fronteiriço, e nem se referia aos emigrantes. Neste viés, cita-se aos olhos de Oliveira (2017, p.174) em complemento:

Entre as conquistas obtidas com a nova lei, destacam-se os dispositivos previstos nos artigos 3º e 4º, mas já no artigo 1º, ao definir as categorias

associadas aos diversos tipos de mobilidade, a Lei n. 13.445 cria as categorias migrante, já com a modulação do tempo de permanência – temporários ou permanentes; emigrante, demonstrando a preocupação com os brasileiros residentes no exterior; visitante, para os casos de curtíssima duração; e estabelece a definição de apátrida, facilitando a acolhida de um número crescente de pessoas que vêm perdendo sua nacionalidade.

Na seção II da Lei de Migração se encontra no artigo 3º, inciso I, a política migratória regida pelo princípio da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos. Aqui ficam claros que a lei traz o repúdio à xenofobia, ao racismo e qualquer outro tipo de discriminação. Segundo Moraes (2017, p.36):

Ainda citando os princípios da Nova Lei de Migração, o artigo 3º atenta ao ‘repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e quaisquer formas de discriminação’. Considerando a história brasileira e o Decreto-Lei nº 7.967/1945, anteriormente citado, é um considerável avanço na política de migrações o foco às discriminações sofridas pelos imigrantes nos países de destino.

Destaca-se as conquistas obtidas com a nova lei, nº 13.445/17 onde assegurou em seu art. 3º e 4º a política migratória de imigrantes e emigrantes brasileiros regendo-as por princípios, diretrizes, território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança entre outros direitos. Em seu art. 1º rege os deveres do migrante, regula a sua entrada, estada no País e estabelece princípios para as políticas públicas para o emigrante.

Nem sempre os migrantes são bem recepcionados em outros países, na maioria das vezes as pessoas recebiam os imigrantes com a visão de ameaça fazendo assim surgir a xenofobia.

Nesse viés ainda, o artigo 3º inciso III traz o combate à criminalização do migrante, ele deixa de ser uma ameaça nacional e passa a ser uma pessoa de direitos, dando por exemplo, acesso ao judiciário.

O artigo 4º da Lei de Migração, por sua vez, trata em seu caput sobre a garantia ao migrante em condição de igualdade com os brasileiros. “Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:[...]” (BRASIL, 2017, s.p)

O artigo 4º da Lei traz as garantias, e frisa a questão da igualdade entre migrantes e brasileiros, mostrando que o Brasil é um país propício a receber migrantes, diferente de outros países o Brasil zela em prestar apoio às pessoas que necessitam de apoio e auxílio, preservando os direitos básicos do ser humano.

A lei 13.445/17 não revogou totalmente a Lei 9.474/97 que é a lei que respalda os direitos dos refugiados. A nova lei vem com um amplo contexto para flexibilizar e desburocratizar a entrada de pessoas que realmente necessitam desse status de refúgio, ampliando e definindo o termo migração. Dando respaldo o mais breve possível às pessoas, que na maioria das vezes, chegam fragilizadas por terem saído dos seus países de origem por perseguição política, ideológica, por raça ou crença. Encaixando-se assim no status de refugiado.

Como assim define a Declaração de Cartagena de 1984 (s.p):

[...] a definição, ou o conceito de refugiado, recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiado as pessoas que tenham fugido de seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Segundo a Declaração de Cartagena de 1984, define o conceito de refugiado pessoas que tenham fugido de seus países, porque suas vidas e as condições em que viviam eram desumanas, tendo sua liberdade e seguranças ameaçadas.

Entretanto, a lei é específica ao se referir às pessoas que não necessitam da proteção e do benefício de refugiado, a lei institui um rol de incisos que são denominados cláusulas de exclusão.

Assim escreve Rocco (2017, p.154):

A lei brasileira que dispõe sobre a implementação do Estatuto dos Refugiados inclui em seu texto a maior parte dos dispositivos da Convenção de 51 com relação às cláusulas de exclusão, reafirmando a existência de três grupos que, muito embora preencham os requisitos para o reconhecimento da condição de refúgio, não são beneficiados pelo instituto: os indivíduos que já desfrutam, os que não necessitam e os que não merecem a proteção internacional.

A Lei é extremamente rigorosa contra alguns crimes específicos, impedindo de ingressar no país aqueles que “tenham cometido crimes contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas” (BRASIL, 1997, s.p). Além de se atentar realmente às pessoas que de fato necessitam usufruir dessa proteção, resguardando o máximo as pessoas que buscam por esse direito

3.1 Do procedimento da determinação da condição de refugiado

A Lei 9.474 traz todo o procedimento para a solicitar o refúgio, visando em ser pleno e certificando que o procedimento seja simples.

Como nos define Leão (2017, p.216) “Preservando o ideal de Cartagena, a legislação brasileira adota a simplicidade no procedimento, garantindo ao solicitante acesso pleno ao pedido de refúgio”.

Para iniciar o procedimento é necessário que o solicitante esteja em território nacional, seguindo as ideias da convenção de 51, não sendo necessário portar documentos pessoais ou passaporte.

Como assegura no entendimento de Leão (2017, p.217):

A lei pátria sobre o refúgio reza que todo estrangeiro deverá adentrar o território nacional para iniciar o procedimento. Nesse caso, contem-

plando a Convenção de 1951, a lei brasileira prevê que não há necessidade de o estrangeiro portar passaporte ou qualquer outro documento de identificação, bem como não é necessário visto emitido pelas entidades consulares no exterior.

O ingresso irregular não constitui impedimento para a solicitação do refúgio às autoridades competentes. O indivíduo que adentrar o território nacional pode solicitar o status de refugiado a qualquer momento, preservando a celeridade do processo e facilitando a burocracia para pessoas sofridas que chegam em estados devastadores na maioria das vezes

De acordo com Leão (2017, p.217, grifos do autor):

Na verdade, o artigo 7º da Lei 7.474/97 prevê que “o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes”. Aqui, a expressão ingresso irregular deve ser interpretada no sentido mais amplo. Não só a entrada sem documentação pessoal como passaporte e visto, mas também sem passar por qualquer controle migratório na fronteira.

O solicitante ingressando no território nacional deverá expressar sua vontade de solicitar a condição de refugiado de forma informal a qual posteriormente será transformada em um procedimento formal. Fazendo essa solicitação ao órgão competente, neste caso, à Polícia Federal.

Nesse viés Jubilut explana (2007, p.197, grifos do autor):

O procedimento para o reconhecimento do status de refugiado inicia-se com a entrada do solicitante no Brasil e o pedido de refúgio perante um funcionário da Polícia Federal. Este órgão lavra, então, um termo de declaração. Este termo traz as razões pelas quais se está solicitando refúgio e as circunstâncias da entrada do solicitante no Brasil, além dos dados pessoais básicos dos solicitantes, tais como sua qualificação civil, e a existência ou não de cônjuges e descendentes.

Jubilut traz em seu conceito que o reconhecimento do status de refugiado se entabula com a entrada do mesmo no Brasil. Após isso, é lavrado um termo de declaração perante a Polícia Federal, no qual constará as razões de estar solicitando refúgio e seus dados pessoais básicos.

Após a solicitação o solicitante receberá um protocolo provisório que autoriza a sua estada em território nacional até que o pedido seja julgado.

Artigo 21 da lei 9.474/97– Recebida a solicitação de refúgio, o Departamento de Polícia Federal emitirá protocolo em favor do solicitante e de seu grupo familiar que se encontre em território nacional, o qual autorizará a estada até a decisão final do processo. (BRASIL, 1997, s.p)

Nesse contexto, o refugiado é encaminhado para os Centros de Acolhida aos Refugiados dos Convênios Cáritas/ACNUR, onde se analisa o pedido de refúgio. Nessa fase é realizado uma série de etapas.

Como explica Jubilut (2007, p.197, grifos do autor):

[...] inicia-se com o preenchimento de um questionário pelo refugiado, seguindo-se uma entrevista com advogados. Neste momento é elaborado um Parecer de Elegibilidade. Esse parecer se baseia tanto no questionário de solicitação de refúgio preenchido no momento da chegada do solicitante quanto na entrevista realizada por eles com os refugiados e tem por função estabelecer a posição das Cáritas em relação à solicitação.

Após a entrada no Brasil, depois de todos os requisitos, não obstante, é marcada uma entrevista com advogados, para a elaboração de um Parecer de Elegibilidade, reforçando os questionários prestados no momento da entrada no país.

O próximo passo para a concessão do refúgio é realizado pelo CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados), que tem a função de declarar o reconhecimento.

Conforme o Doutor Leão (2017, p.221) assinala:

Devidamente documentado e instruído o pedido, o próximo passo na solicitação é a entrevista com o CONARE. A regra é que a entrevista seja feita pessoalmente por um oficial devidamente treinado e com habilidades específicas para lidar com a particularidade da situação de um solicitante.

É importante salientar que o procedimento de solicitação é completamente confidencial, sendo tudo feito de forma sigilosa para melhor amparar os refugiados.

3.2 Da extradição

Extradição é um ato pelo qual um indivíduo é entregue por um Estado soberano a outro.

Valério de Oliveira Mazzuoli conceitua a extradição como “ato pelo qual um Estado entrega à justiça repressiva de outro, a pedido deste indivíduo, neste último, processado ou condenado criminalmente e lá refugiado, para que possa assim ser julgado ou cumprir a pena que lhe foi imposta.” (2007, p.603)

O instituto de extradição nada mais é do que um dever recíproco entre os Estados soberanos, uma cooperação penal entre dois Estados na repressão internacional de crimes

Ensina-nos Valério de Oliveira Mazzuoli (2007, p.604):

A matéria é o instituto do Direito Processual Criminal Internacional que visa à realização de Assistência Jurídica mútua, em matéria penal, por meio da cooperação entre Estados (princípio do *punireaut declare*) e da aplicação judicial internacional do princípio da territorialidade.

O Brasil adota um sistema misto de extradição, se dá por três etapas: a primeira administrativa, a segunda judicial, e a terceira a efetiva entrega.

O instituto de extradição em nosso ordenamento jurídico é regido atualmente pela Lei 13.445 de 2007, Lei de Migração, que trata em seu capítulo VIII, seção I, que se refere à extradição. Segundo o Art. 81 da lei 13.445 tem a seguinte definição:

Art. 81. A extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso. (BRASIL, 2017, s.p).

Na mesma Lei citada acima, observa-se que ela traz como base que não se extradita pessoa que for beneficiada de refúgio ou asilo territorial, norma que resguarda pessoas que foram ou possam estar sendo vítimas de perseguições.

Seguindo esse viés, a Lei 13.445 protege essas pessoas caso se mostre presente os requisitos para a concessão de refúgio. Conforme Art. 82, inciso IX: “Art. 82. Não se concederá a extradição quando: [...] IX - o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial.” (BRASIL, 2017, s.p)

Sendo assim, a Lei procura garantir ao refugiado ou ao solicitante a proteção em território nacional, e que irá se manter seguro até que se prove ao contrário, mesmo que não se tenha proferido a decisão do seu pedido.

4 DA CRISE VIVIDA NA VENEZUELA

A crise econômica e política vivenciada atualmente na Venezuela tem gerado uma grande onda migratória ao Brasil, sendo que entre eles, encontram-se refugiados que buscam no Brasil uma qualidade de vida melhor e digna para um recomeço de vida. Segundo informou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), o Brasil tem em território nacional cerca de 43 mil pessoas que são reconhecidas como refugiadas.

O Comitê Nacional para os Refugiados classifica a Venezuela como em situação de “grave e generalizada violação de direitos humanos”, o que dá celeridade para aprovar os pedidos de reconhecimento de refúgio. No mês de setembro desse ano, foi apontado pela ONU crimes contra a humanidade na Venezuela.

Grande parte da economia da Venezuela se encontra no petróleo, produto de grande abundância no país, mas que vem sofrendo grandes oscilações, sendo esse o principal motivo da crise no país.

Outro fato relevante para o atual cenário da crise é que a Venezuela não produz produtos de necessidades básicas, devendo ser importados de outros países, gerando uma incapacidade de se importar produtos, e conseqüentemente, gerando uma grande inflação.

Conforme Santos e Vasconcelos (2016, p.12) pontua:

[...] a falta de alimentos básicos e essenciais afeta diretamente a população venezuelana. As principais imagens da crise que são mostradas nos noticiários são as das filas em torno dos supermercados. A espera pode chegar a várias horas para comprar uma quantidade limitada de produtos da cesta básica. Tal espera também não é garantia da compra dos itens necessários, pois a escassez é um dos grandes problemas da Venezuela atual juntamente com a inflação [...]

Como pode ser visto, a situação econômica presente na Venezuela é precária, não apenas a inflação, mas também a quantidade limitada de produtos são fatores que

pesam na decisão para tentar a sorte em outro país.

A violência está aumentando cada vez mais no país, a falta de meios básicos de sobrevivência desencadeia inúmeros problemas, sendo a fome, a violência e a miséria vivenciada, alguns dos motivos para essas pessoas procurarem um recomeço de vida adequado.

Entretanto, não é apenas uma crise econômica que se enfrenta, mas também política, o país está politicamente dividido entre apoiadores do atual partido e a oposição que espera pelo fim dos 18 anos de um mesmo partido.

A crise econômica se une à crise política, uma dando força à outra, e vice-versa, contribuindo cada vez mais para o aprofundamento da crise e dificultando muito a saída dessa situação.

Observa-se o entendimento de Heloisa Vasconcelos (2018, s.p):

[...]as crises econômica e política se unem quando uma dá forças para a outra. Enquanto o governo prioriza a manutenção do poder, a oposição se faz valer da recessão para obter ganhos políticos. Maduro acusa os líderes oposicionistas de cooptar empresários para reter os seus produtos e agravar o desabastecimento dos supermercados[...]

Conforme o supra entendimento, evidencia-se o fato das pessoas não terem acesso a meios básicos de sobrevivência, como por exemplo, alimentação e até mesmo água adequada para seu próprio consumo, faz com que eles busquem refúgio em outros países.

O conjunto de fatores ocorridos na Venezuela é o que acaba por gerar uma crise político-econômica. A deterioração da indústria foi devastadora para a economia do país, a Venezuela é um país que depende totalmente do petróleo.

Nesse contexto, pontua José Toro Hardy em sua matéria eletrônica publicada em 13/11/2020 (s.p):

[...]A deterioração da indústria foi devastadora para a economia do país. A Venezuela é um país petrolífero, altamente dependente da receita da commodity — basicamente uma combinação de quanto petróleo é produzido e a que preço é vendido. A queda acentuada do nível de produção, já mencionada, soma-se à baixa dos preços. O governo não revela mais a qual preço se vende o petróleo venezuelano. De fato, o presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Diosdado Cabello, disse que desde outubro do ano passado o país não recebe receitas “formais” do petróleo. [...]

Como bem definiu Alejandro Werner, diretor para Hemisfério Ocidental do FMI, em relatório apresentado em abril de 2020, a Venezuela vive um retrocesso gigantesco: “O que aconteceu na Venezuela é um desastre macroeconômico e social que nunca se viu na região”.

Sendo esse sofrimento que levou mais de 5 milhões de pessoas buscarem um país que oferecesse condições básicas de sobrevivência.

4.1 As medidas adotadas pelo Brasil

O Brasil, como país alvo de refugiados venezuelanos, tem o encargo de abrigar e prestar auxílio para quem ingresse no país procurando refúgio, fazendo jus aos diversos tratados de direitos humanos o qual é signatário, tendo a obrigação de prestar assistência a essas pessoas.

De acordo com agências da ONU, em matéria publicada no site do governo, o número de refugiados ultrapassa 4 milhões de pessoas que deixam a Venezuela em busca de outro país, o Brasil está como o quinto destino procurado por eles. Sendo no território nacional, a porta de entrada em Roraima.

Conforme informe do governo Brasileiro (BRASIL,2018, s.p):

Nesse cenário, os primeiros a sofrerem o impacto desse fluxo migratório no Brasil são os moradores de Pacaraima. No início, a população reagiu bem, mas com o aumento do fluxo, mesmo com o suporte do pároco local, a sociedade parou de apoiar a vinda dos vizinhos. Eles chegam ali de diversas formas: por meios de transportes pagos, caronas e até a pé. E dali partem na mesma pegada. Muitos chegam a andar mais de 200 km até Boa Vista, às margens da Rodovia 174.

Com o cenário atual, os primeiros a sofrerem o impacto da onda migratória são os moradores de Pacaraima. O grande número de refugiados chegando em Roraima logo deixou de ser visto com bons olhos, a sociedade parou de ver o grande fluxo de pessoas como benéfica e isso acarretou por desenvolver a xenofobia, fazendo com que os imigrantes não fossem bem-vindos.

Segundo a lei nº 13.445/17 em seu Art. 3º, II é assegurado o direito de prevenção à xenofobia contra pessoas de outra nacionalidade. “Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação.” (BRASIL, 2017, s.p) Para garantir um atendimento humanitário, o governo federal criou em 2018 a Operação Acolhida. Uma força-tarefa humanitária coordenada pelo governo federal, que recebe apoio de agências da ONU e mais de cem entidades da sociedade civil.

A Operação Controle foi criada com o objetivo de aumentar a segurança na fronteira Brasil-Venezuela, intensificando a triagem e o controle dos refugiados, direcionando-os para os centros de acolhimento e prestando auxílio para o deslocamento para outros lugares do país.

Como explica Valdes e A. Silva em sua matéria eletrônica publicada em 31/09/2018 (s.p):

[...] Ganha destaque nessas linhas a interiorização, que é uma das etapas do processo de acolhimento dos migrantes venezuelanos, levados a diversos estados do País para serem integrados à sociedade local. A interiorização está sob a responsabilidade de um subcomitê específico, que trabalha com a Casa Civil e a Organização Internacional para as Migrações (OIM), órgão da ONU. [...]

O Brasil, mediante ao atual cenário de migração na fronteira, criou a Lei 13.684, de 21 de junho de 2018, que estabelece medidas emergenciais aos migrantes e

refugiados venezuelanos, reconhecendo a crise emergencial e criando o Comitê Federal de Assistência Emergencial.

O Brasil trabalha para atenuar os impactos na fronteira, mesmo não sendo soluções duráveis, mas pode trazer efeitos a curto prazo de suma importância.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A objetividade do presente trabalho versou nos viés dos refugiados e à aplicabilidade da legislação de forma em que os mesmos pudessem ter a quem recorrer, referindo-se às suas necessidades. Sendo um assunto deveras importante a ser discutido, tanto no presente e amplamente para o futuro.

Com o passar dos anos a humanidade passou por diversos conflitos, como guerras e perseguições. Tudo isso fez soma para que os indivíduos precisassem sair do seu país (ou local no qual sofriam as citadas ações) e procurassem auxílio em outros países, que garantissem sua proteção.

Com base neste, surgiu o Instituto de Refúgio, baseando-se em ajudar os refugiados, e zelando por seus direitos básicos.

Um breve estudo sobre os aspectos da Lei 13.445/17 foi usado como base, demonstrando como o direito dos migrantes está em linha tênue aos direitos humanos, além de ter sido posto em ênfase os motivos pelos quais ocasionaram o grande fluxo migratório.

Anteriormente citado, vários fatores contribuíram para que os refugiados saíssem de seus países e buscassem refúgio em países diferentes (como a pobreza, escassez de comida e água) mas podemos também dizer que outros fatores além destes fizeram isto ocorrer.

Justamente por serem negros (aberta exceções) os mesmos sofriam diversas perseguições ligadas ao seu tom de pele, sua religião e até podemos citar a xenofobia neste caso, a soma de todos os fatores, incluindo a crise venezuelana, contribuíram para este.

Fazendo uma reflexão acerca do devido tema, estas pessoas além de perderem basicamente tudo, mudam-se para outro país e precisam reconstruir uma nova vida, atender a outros costumes e mesmo assim ainda sofrem sendo tratados com indiferença e sofrendo crimes como a xenofobia.

Ante o exposto, conclui-se que mesmo o Brasil sendo considerado um dos países com melhores políticas para refugiados, com a atual Lei de Migração trazendo mudanças benéficas, o Brasil não está totalmente preparado para um fluxo gigantesco de migrantes. Mesmo tendo em foco dar o melhor suporte a essas pessoas, o território brasileiro ainda não está preparado.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: íntegra. 1948. Disponível em: <https://institutolegado.org>. Acesso em 26/nov/2020.

BARRETO, L. P. T. F. Breves comentários à Lei brasileira de Refúgio. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.) **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAUMAN, Z. **O medo dos refugiados**. 2018. Disponível em: <https://www.fronteiras.com>. Acesso em 26/nov/2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14/nov/2020.

_____. **Lei nº 9.474/97, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 19/nov/2020.

_____. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14/nov/2020.

_____. **Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14/nov/2020.

_____. **Especial Venezuelanos**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br>. Acesso em: 19/nov/2020.

_____. Governo do Brasil. **Especial Venezuelanos**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br>. Acesso em: 19/nov/2020.

_____. **Operação Acolhida**. Disponível em: <https://www.gov.br>. Acesso em: 19/nov/2020.

DALLARI, D. A. **Direitos Humanos e cidadania**. 1ª ed. São Paulo: Moderna, 1998.

Declaração de Cartagena. **Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários**. 1984. Disponível em: <https://www.acnur.org>. Acesso em: 29/nov/2020.

Estatuto dos Refugiados. **Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas**. 1951. Disponível em: <https://www.acnur.org>. Acesso em: 29/nov/2020.

HARDY, J. T. **A maldição do petróleo**. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br>. Acesso em: 19/nov/2020.

JUBILUT, L. L. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LEÃO, F. R.R. Do Procedimento de Determinação da Condição de Refugiado: da solicitação até a decisão pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE). In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G G. (Orgs.). **Refúgio no Brasil**: Comentários à Lei 9.474/97. São Paulo: QuartierLatin/ACNUR, 2017.

LESSA, L. M.; OBREGON, M. F. Q. **A eficácia da Lei 13.455 de 2017 (a nova Lei de Migração) em relação ao Estatuto do Estrangeiro**. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 14/nov/2020.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

MORAES, M. W. **Fronteiras e Descasos**: Uma análise acerca dos entraves normativos à efetivação dos direitos fundamentais ao imigrante na nova lei de migração. 2017. 56 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017, p. 36. Disponível em: <http://repositorio.ufsm.br>. Acesso em: 29/nov/2020.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, J. F. **Direito internacional público**: curso elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCCO, M. R. Artigo 3º da Lei 9.474/97: Clausulas de Exclusão). In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G G. (Orgs.). **Refúgio no Brasil**: Comentários à Lei 9.474/97. São Paulo: QuartierLatin/ACNUR, 2017.

SANTOS, F.N.Z.P.; VASCONCELOS, T.M. **Venezuelanos no Brasil**: da crise econômica para a crise política e midiática. 2016. Disponível em: <http://www.encontro2016.rj.anpuh.org>. Acesso em: 14/nov/2020.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

VALDES, L. C.; SILVA, F. C. A. **Processo de interiorização de migrantes Venezuelanos no Brasil**. 2018. Disponível em: <http://www.defesanet.com.br>. Acesso em: 13/nov/2020.

NORMAS PARA COLABORADORES

A Revista **EXEQUATUR**, revista jurídica do Centro Universitário UNIFACVEST, terá como regras editoriais para a apresentação de artigos as seguintes:

1. Os artigos deverão ser inéditos (não publicados em periódicos de circulação nacional);
2. Os artigos deverão ser entregues num envelope fechado, em três vias, e o nome do autor deverá ser omitido (*blind review*) para a apreciação e análise do Conselho Editorial;
3. Acompanhará o envelope com os artigos, um envelope lacrado, com o título do trabalho e um breve Curriculum Vitae, contendo: nome completo, titulações, atividades profissionais em desenvolvimento, instituição de origem, projetos de pesquisa e extensão desenvolvidos, publicações recentes (últimos 5 anos), endereço completo com endereço eletrônico;
4. Dados técnicos: os artigos deverão conter de 5 a 15 páginas, incluindo texto, referências e ilustrações;
5. A apresentação do artigo¹ deve seguir as normas apresentadas no livro: Procedimentos de metodologia científica², referendados pela ABNT³.
6. O endereçamento para correspondência é: Revista EXEQUATUR. Att. Coordenação de Direito da UNIFACVEST. Av. Mal. Floriano, 947. Lages – SC
7. Os autores receberão, no período de até 35 dias documento informando sobre a análise pelo Conselho Editorial Externo e pelos revisores;
8. Os autores deverão anexar declaração autorizando a UNIFACVEST e a PAPERVEST Editora a publicar os artigos sem quaisquer custos para os autores, bem como desenvolver publicidade na mídia sobre a publicação;
9. A periodicidade de circulação da revista será semestral e os artigos serão recebidos até 30 dias antes do fechamento da edição.

Cordialmente,

Renato Rodrigues

Editor

Pró-reitoria de Pesquisa e Extensão

¹ O padrão estético e metodológico para a construção de um artigo científico aparece no livro de metodologia da UNIFACVEST, nas páginas: (p. 54-79).

² RODRIGUES, R. ; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de metodologia científica**. 9. ed. Lages, SC: Paper-vest, 2020.

³ Associação Brasileira de Normas Técnicas.



Publicação da Papervest Editora
Av. Marechal Floriano, 947 - CEP: 88503-190
Fone: (49) 3225-4114 - Lages / SC
www.unifacvest.edu.br